

REVISTA
Judiciária,
DO PARANÁ

ISSN 2316-4212

REVISTA
Judiciária,
DO PARANÁ

Diretor

Joatan Marcos de Carvalho

Editor

Luiz Fernando de Queiroz

18

www.revistajudiciaria.com.br

Revista Judiciária do Paraná – Ano XIV – n. 18 – Novembro 2019

Versão digital: www.revistajudiciaria.com.br

Periodicidade: Semestral (novembro e maio)

Realização: Associação dos Magistrados do Paraná – Amapar

EDITOR RESPONSÁVEL

Luiz Fernando de Queiroz

COORDENAÇÃO DE CONTEÚDO

Geison de Oliveira Rodrigues

Pollyana Elizabethe Pissaia

REVISÃO

Dulce de Queiroz Piacentini

Noeli do Carmo Faria

PRODUÇÃO GRÁFICA

Jéssica Regina Petersen

DIAGRAMAÇÃO

Josiane C. L. Martins

ESTAGIÁRIO

Henrique Junior Choinski

CAPA

Priory

Edição, Publicação e Distribuição

EDITORA BONIJURIS LTDA.

Rua Mal. Deodoro, 344 – 3º andar

80010-010 Curitiba, PR, Brasil

41 3323-4020 / 0800-645-4020

sac@bonijuris.com.br

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

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

Semestral

ISSN 2316-4212

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

CDD (20. ed.) 347.8162

CDU (2. ed.) 347.96(816.2)

1ª tiragem: 1.500 exemplares

REVISTA JUDICIÁRIA DO PARANÁ

CONSELHO EXECUTIVO

PRESIDENTE Geraldo Dutra de Andrade Neto

DIRETOR Joatan Marcos de Carvalho

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

EDITOR RESPONSÁVEL Luiz Fernando de Queiroz

CONSELHO EDITORIAL

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

APOIO INSTITUCIONAL

Associação dos Condomínios Garantidos do Brasil – **ACGB**

Associação dos Magistrados do Trabalho – **AMATRA**

(www.amatra9.org.br)

Associação Paranaense dos Juízes Federais – **APAJUFE**

(www.apajufe.com.br)

Escola da Magistratura do Paraná – **EMAP**

(www.emap.com.br)

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

(www.esmafe.com.br)

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

(www.ematra9.org.br)

Escola Judicial da América Latina – **EJAL**

(www.ejal.org)

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

(www.redlaj.net)

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

(www.tjpr.jus.br)

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ – AMAPAR

DIRETORIA

PRESIDENTE

Geraldo Dutra de Andrade Neto

1º VICE-PRESIDENTE

Wellington Emanuel Coimbra de Moura

2º VICE-PRESIDENTE

Helio Cesar Engelhardt

3º VICE-PRESIDENTE

Luiz Eduardo Asperti Nardi

4º VICE-PRESIDENTE

José Candido Sobrinho

5º VICE-PRESIDENTE

Antonio Lopes de Noronha

6º VICE-PRESIDENTE

Jeane Carla Furlan

1º SECRETÁRIO

Márcio José Tokars

2º SECRETÁRIO

Mario Nini Azzolini

1º TESOUREIRO

Ricardo Henrique Ferreira Jentszsch

2º TESOUREIRO

Romero Tadeu Machado

DIRETORES EXECUTIVOS

Eduardo Casagrande Sarrão, Roberto

Antonio Massaro, Guilherme de Paula

Rezende, Rodrigo Fernandes Lima

Dalledone, Marco Vinicius Schiebel,

Marcel Guimarães Rotoli de Macedo, José

Laurindo de Souza Netto, Edison Luiz

Trevisan, Astrid Maranhão de Carvalho

Ruthes, Frederico Mendes Júnior, Antonio

Lopes de Noronha Filho, Mario Luiz

Ramidoff, Fernando Bueno da Graça

APOIO E VALORIZAÇÃO AO MAGISTRADO

Jederson Suzin,

Alarico Francisco R. de Oliveira Junior,

Antonio Evangelista de Souza Netto,

Beatriz Fruet de Moares, Luciano Souza

Gomes, Jailton Juan Carlos Tontini, Vitor

Toffoli, Fernanda Monteiro Sanches

DEPARTAMENTOS

SEGURANÇA – DIRETOR

José Orlando Cerqueira Bremer

SEGURANÇA – MEMBRO

Ferdinando Scremin Neto

SEGURANÇA – VICE-DIRETOR

Fernando Bardelli Silva Fischer

BOAS PRÁTICAS – DIRETORA

Bruna Richa Cavalcanti de Albuquerque

BOAS PRÁTICAS – VICE-DIRETOR

Marcelo Quentin

BOAS PRÁTICAS – MEMBRO

Marcelo Marcos Cardozo

APOSENTADOS – DIRETOR

João Maria de Jesus Campos Araújo

APOSENTADOS – VICE-DIRETOR

Antonio Ivair Reinaldin

ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

Diego Santos Teixeira, Bruno Régio

Pegoraro

ASSUNTOS LEGISLATIVOS – DIRETOR

Marcelo Pimentel Bertasso

ASSUNTOS LEGISLATIVOS

Glauco Alessandro de Oliveira, Adriano

Scussiatto Eyng, Rafael Altoé, Pedro

Roderjan Rezende, Marcel Ferreira

dos Santos, Marcelo Furlanetto da

Fonseca, Osvaldo Canela Junior, Raphael

Wasserman, João Guilherme Barbosa Elias

ASSUNTOS PREVIDENCIÁRIOS

Marco Antonio da Cunha Araújo

ARTICULAÇÃO POLÍTICA

Anderson Ricardo Fogaça

COMUNICAÇÃO SOCIAL – DIRETORES

Rogério Ribas, Marcelo Pimentel Bertasso

CONVÊNIO

Ricardo Augusto Reis de Macedo

CULTURAL – DIRETOR

Ramon de Medeiros Nogueira

CULTURAL – MEMBRO

Rafaela Zarpelon

POLÍTICAS PARA MULHER – DIRETORA

Fernanda Karam de Chueiri Sanches

COMISSÃO ESTUDOS NCPP E CP – PRESIDENTE

Daniel Ribeiro Surdi de Avelar

COMISSÃO ESTUDOS NCPP E CP – VICE-PRESIDENTE

Leonardo Bechara Stancioli

RECURSOS HUMANOS – DIRETORA

Luciana Benassi Gomes Carvalho

RECURSOS HUMANOS – VICE-DIRETORA

Adriana Benini

COMENDA ALCESTERIBAS DE MACEDO – PRESIDENTES

Eduardo Casagrande Sarrão

Marcos Antonio de Souza Lima

COMISSÃO MEDALHA ANTONIO FRANCO FERREIRA DA COSTA – PRESIDENTES

Marcos Antonio de Souza Lima

Eduardo Casagrande Sarrão

COMISSÃO LOCAÇÃO

Marco Antonio da Cunha Araújo, Francisco

Carlos Jorge, João Maris de Jesus Campos

Araújo

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

Ivanise Maria Tratz Martins, Sergio Luiz

Kreuz, Luciana Assad Luppi Ballalai, Fábio

Ribeiro Brandão, Noeli Salete Tavares

Reback, Mario Luiz Ramidoff, Carlos

Eduardo Mattioli Kockanny, Rodrigo

Rodrigues Dias

DIVULGAÇÃO E REVISTA

Joatan Marcos de Carvalho

DIVULGAÇÃO E REVISTA – MEMBROS

Alberto Junior Veloso, Clayton de

Albuquerque Maranhão, Rosana

Andrighetto de Carvalho, Rogerio de Vidal

Cunha

ESPORTES

Davi Pinto de Almeida

ATLETISMO

Fernanda Karam de Chueiri Sanches

ESPORTE FEMININO - DIRETORA

Cristine Lopes

ESPORTE FEMININO - VICE-DIRETORA

Julia Maria Tesseroli de Paula Rezende

INFORMÁTICA

Antonio Sergio B. David Hernandes

INTEGRAÇÃO – CURITIBA, RMC E LITORAL

Sigret Heloyna R. de Camargo Vianna

INTEGRAÇÃO – INTERIOR

Rafaela Zarpelon

JURÍDICO

Antonio Mansano Neto

DIREITOS HUMANOS

Mayra dos Santos Zavattaro

MEMÓRIA E ARQUIVO

Chloris Elaine Justen de Oliveira

MOTOCICLISMO

Edgard Fernando Barbosa

MÚTUA

Themis de Almeida Furquim Côrtes

OBRAS – DIRETOR

Luiz Carlos Bellinetti

OUIDORIA

Thiago Bertuol de Oliveira

PATRIMÔNIO

Francisco Carlos Jorge

PENSIONISTA

Marília de Oliveira Viel

PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO

Roberto Luiz Santos Negrão

RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Flavia da Costa Viana

SERSOCIAL – DIRETOR

Joel Pugsley

SERSOCIAL – MEMBROS

Andre Carias de Araujo, José Luiz

Dosciatti, Gilberto Ferreira, Raul Luiz

Gutmann

SOCIAL – DIRETORA

Nilce Regina Lima

SOCIAL – VICE-DIRETORA

Vanessa Jamus Marchi

SOCIAL – MEMBROS

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

FUTEBOL – DIRETOR

Eduardo Ressetti P. Marques Vianna

SEDES

FOZ DO IGUAÇU – DIRETOR

Rodrigo Luiz Giacomini

FOZ DO IGUAÇU – VICE-DIRETOR

Wendel Fernando Brunieri

GUARATUBA – DIRETOR

João Maria de Jesus Campos Araujo

GUARATUBA – VICE-DIRETOR

Marcos Antonio da Cunha Araújo

LONDRINA – DIRETOR

Leonardo Delfino Cesar

CONSELHO FISCAL

PRESIDENTE

Marcos Antonio de Souza Lima

MEMBROS

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

COMISSÃO DE PRERROGATIVAS

PRESIDENTE

Carlos Eduardo Mattioli Kockanny

GMF

PRESIDENTE

Diego Santos Teixeira

FUTEBOL – VICE-DIRETOR

Bruno Henrique Golon

TÊNIS – DIRETOR

Antonio Franco Ferreira da Costa Neto

TÊNIS – VICE-DIRETOR

Arthur Cezar Rocha Cazella Junior

MARINGÁ – DIRETOR

Antonio Mansano Neto

MARINGÁ – VICE-DIRETOR

José Camacho Santos

PIRAQUARA – DIRETOR

Anderson Ricardo Fogaça

PIRAQUARA – VICE-DIRETOR

Lorni Zaniolo

PONTA GROSSA – DIRETOR

Helio César Engelhardt

PONTA GROSSA – VICE-DIRETOR

Gilberto Romero Periotto

SUPLENTES

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

MEMBROS DA COMISSÃO

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

MEMBROS DA COMISSÃO

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

EMAP

DIRETOR GERAL

Clayton de Albuquerque Maranhão

SUPERVISOR PEDAGÓGICO

Rafaela Mattioli Somma

COORD. GERAL DE CURSOS

Abelar Baptista Pereira Filho

COORD. CURSO EXTERNO E EAD

Mario Augusto Quintero Celegato

MEMBROS DA COORD. CURSO EXTERNO E EAD

Danielle Nogueira Mota Comar

Marcelo Quentin

Antonio Evangelista de Souza Netto

CURITIBA – DIRETOR

Eduardo Novacki

CURITIBA – VICE-DIRETOR

Fábio Ribeiro Brandão

CASCADEL – DIRETOR

Phellipe Muller

CASCADEL – VICE-DIRETOR

Pedro Ivo Lins Moreira

FOZ DO IGUAÇU – DIRETOR

Wendel Fernando Brunieri

FOZ DO IGUAÇU – VICE-DIRETOR

Rogério de Vidal Cunha

LONDRINA – DIRETOR

José Ricardo Alvarez Vianna

LONDRINA – VICE-DIRETOR

Marcos Caires Luz

MARINGÁ – DIRETOR

Marcel Ferreira dos Santos

MARINGÁ – VICE-DIRETOR

Rafael Altoé

PONTA GROSSA – DIRETOR

Helio Cesar Engelhardt

PONTA GROSSA – VICE-DIRETOR

Gilberto Romero Perieto

JUDICEMED

PRESIDENTE

Geraldo Dutra de Andrade Neto

VICE-PRESIDENTE

Luciano Carrasco Falavinha Souza

DIRETOR FINANCEIRO

Luís Carlos Xavier

DIRETOR ADMINISTRATIVO

Jederson Suzin

CONSELHO FISCAL – PRESIDENTE

Stewart Camargo Filho

CONSELHO FISCAL – MEMBROS

Rui Antonio Cruz, Sigurd Roberto

Bengtsson, Luciana Luchtenberg Torres

Dagostim

CONSELHO GESTOR

Nilson Mizuta, Hayton Lee Swain Filho,

Shiroshi Yendo, Antonio Loyola Vieira

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ

www.amapar.com.br

Rua Alberto Folloni, 541/543 – Juvevê

CEP: 80.540-000 – Curitiba – Paraná

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

ENVIO DE ARTIGOS PARA A REVISTA

www.revistajudiciaria.com.br

APRESENTAÇÃO

A Revista Judiciária do Paraná chega à décima oitava edição plenamente consolidada, já que desde seu quarto número, ou seja, desde novembro de 2012, vem mantendo rigorosa regularidade em sua publicação. Soma-se a isto a qualidade editorial, o cuidadoso controle de qualidade e o esmero na apresentação dos textos que são oferecidos aos seus leitores. A Associação dos Magistrados do Paraná e a Editora Bonijuris acreditam na relevância da manutenção de um canal de comunicação doutrinário e jurisprudencial de alto nível à disposição dos membros da Magistratura e da comunidade jurídica. Trata-se de manter a possibilidade de veiculação de saberes desvinculados de formatos e estilos compatíveis com as publicações oficiais; que se prestem a incubação de novas ideias e à defesa de posições epistemologicamente relevantes. A insistência em continuar a oferecer a Revista Judiciária do Paraná em meio físico, tradicional, impressa em papel, prende-se à sua tradição de mais de quarenta anos e à garantia e segurança de sua imutabilidade, além de atender a um razoável número de leitores que ainda a preferem neste formato. Lembramos, entretanto, que a nossa revista é também ofertada em meio digital e que, a partir deste número, somente os associados que solicitarem continuarão a receber os exemplares em meio físico; os demais receberão a informação da publicação e poderão ter acesso a todos os números pelo nosso site www.revistajudiciaria.com.br. Recordamos que, muito embora ainda não tenhamos tido uma resposta, prosseguimos com gestões junto à Capes, no sentido de recebermos uma qualificação mais adequada e compatível com o status da nossa revista. Comunicamos também que, a pedido dos nossos autores e leitores, estamos implementando a seleção dos artigos por *blind review*, como forma de qualificarmos ainda mais

a nossa revista. Por fim, resta-nos agradecer a todos os nossos leitores, aos nossos autores, ao presidente Geraldo Dutra de Andrade Neto (Amapar), ao editor Luiz Fernando de Queiroz (Bonijuris) e a todos aqueles que direta e indiretamente contribuem com a nossa publicação, especialmente os incansáveis amigos da Amapar e da Bonijuris.

Boa leitura.

Joatan Marcos de Carvalho

Diretor

SUMÁRIO

ANÁLISE

1. Dos limites do poder geral de efetivação no CPC/2015: apreensão de passaporte, suspensão da carteira nacional de habilitação e cancelamento de cartões de crédito como forma de coerção no processo civil 17
Alexandre Ceribelli Lóis

DOCTRINA

2. Reflexões sobre a Justiça de Transição 41
Denise Antunes
3. Os 30 anos da Constituição e o direito administrativo: segredos, avanços e uma esperança 57
Francisco Zardo
4. A impenhorabilidade da pequena propriedade rural no Brasil 81
Gamaliel Seme Scaff
5. Honorários advocatícios e multa moratória no cumprimento de sentença: da necessária distinção entre o mero depósito e o efetivo pagamento voluntário 105
João Felipe Casco Miranda
Poliana Cavaglieri Saldanha dos Anjos
Wellington Eduardo Lüdke
6. O crime de falso testemunho 115
Mauro Bley Pereira Junior
7. Tipologia de casos e técnicas decisórias 125
Tiago Gagliano Pinto Alberto
8. Da legalidade da concessão de desconto pelas concessionárias de energia elétrica integrantes da administração pública indireta para a realização de acordos judiciais e extrajudiciais 151
Renata Caroline Talevida Costa

9. Direito real de laje: análise econômica e função social 161
Jamile Maria Gondek Provensi
Mário Luiz Ramidoff
10. Parcela variável por atraso das transmissoras: incentivo regulatório
ou penalidade? 179
Rejane Mara Sampaio D’Almeida

EM DESTAQUE

11. Novo Código de Processo Civil à luz de alguns princípios constitucionais .. 203
Accácio Cambi

JURISPRUDÊNCIA

12. Ementário do TJPR 241
Administrativo, 241
Civil, 245
Criminal, 250
Processo civil, 256
Tributário, 262
13. Acórdãos do TJPR 266
Administrativo, 266
Relator: Des. **Renato Braga Bettega**
Civil, 275
Relator: Des. **Abraham Lincoln Calixto**
Criminal, 284
Relator: Des. **Rui Bacellar Filho**
Processo Civil, 295
Relatora: Des. **Angela Maria Machado Costa**
Tributário, 301
Relator: Des. **Fernando Swain Ganem**

ANÁLISE

Dos limites do poder geral de efetivação no CPC/2015: apreensão de passaporte, suspensão da carteira nacional de habilitação e cancelamento de cartões de crédito como forma de coerção no processo civil

Alexandre Ceribelli Lóis¹

Pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina (UEL)

Resumo: Objetiva-se trazer a lume reflexões acerca do poder geral de efetivação, previsto no inciso IV do artigo 139 do novo Código de Processo Civil, especificamente no que se refere às medidas instrumentais coercitivas atípicas quando aplicadas em obrigação de pagar quantia. Apresenta-se caso concreto em que há apreensão de passaporte, suspensão de carteira nacional de habilitação e cancelamento de cartões de crédito do devedor. A partir do método científico dedutivo, visita-se a temática, contrapondo-se a busca pela efetividade e os limites da aplicação das medidas coercitivas atípicas em casos concretos. Conclui-se pela formação de premissas para a utilização do referido poder pelo juiz, a saber: uso como *ultima ratio*, caráter estritamente coercitivo, à luz dos princípios que regem o estado democrático de direito, e emprego da ponderação como instrumento hermenêutico no caso concreto.

1. Introdução

O DIREITO VIVE TEMPOS DE MUDANÇA. Desde os movimentos constitucionalistas surgidos na revolução francesa, o gradual fortalecimento das constituições em todo o mundo e a evolução do constitucionalismo contemporâneo – chamado de neoconstitucionalismo² por parte da doutrina –, observa-se substancial alteração na forma de subsumir-se a norma ao caso concreto, como evolução ao modelo positivista³ de outrora. A decisão judicial assume proporções importantes nesse contexto, passando a objeto central de estudo da ciência jurídica (MONTEIRO, 2004, p. 86).

Outra temática que ganha relevo no estudo do direito, notadamente na dogmática processual civil, é a efetividade, elevada a *status* de direito subjetivo. Passa-se, pois, a analisar a jurisdição sob a ótica do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (MARINONI, 2008, p. 120), em resposta ao discurso vulgar, senso comum, do “ganha, mas não leva”, pontualmente proclamado nas últimas décadas no universo jurídico.

No campo dos instrumentos da execução, conforme doutrina de Luiz Guilherme MARINONI (2008, p. 120),

na época do Estado liberal clássico, vigorava no processo civil o chamado princípio da tipicidade das formas executivas, que tinha o significado de impedir a utilização, por parte das partes e do juiz, de meios executivos não expressamente previstos na lei [...] com o passar do tempo, tornou-se necessário munir os litigantes e o juiz de uma maior latitude de poder, seja para permitir que os jurisdicionados pudessem utilizar o processo de acordo com as novas situações de direito material e com as realidades concretas, seja para dar ao juiz a efetiva possibilidade de tutelá-las [...] chegou-se naturalmente à necessidade de uma norma processual destinada a dar aos jurisdicionados e ao juiz o poder de identificar, ainda que dentro de sua moldura, os instrumentos processuais adequados à tutela dos direitos.

Em reforço à busca pela efetividade, segundo Cândido Rangel DINAMARCO (2009, p. 31),

executar é dar efetividade e execução é efetivação. A execução forçada, a ser realizada por obra dos juízes e com vista a produzir a satisfação de um direito, tem lugar quando esse resultado prático não é realizado espontaneamente por aquele que em primeiro lugar deveria fazê-lo, ou seja, pelo obrigado.

Observa-se, pois, o aumento de legislações impregnadas de “cláusulas gerais”, as quais oferecem ao exegeta maior abertura na aplicação do direito conforme as peculiaridades do caso que se apresenta⁴. Assenta-se, casuisticamente, a melhor solução, o mais próximo do ideal de justiça, ao menos no campo teórico. Consideram-se verdadeiras molduras, através das quais se vislumbram como possíveis diversas soluções para os mais variados casos.

No campo da atipicidade dos meios executivos, destaca-se o crescimento da importância dos princípios⁵, seja como norte para a tomada da decisão mais acertada no encaixe do caso concreto na moldura oferecida pela norma aberta, seja como filtro em relação aos limites na atuação do Estado-juiz, sob o paradigma da tutela jurisdicional efetiva.

Objetiva-se, através dos princípios, aproximar da nitidez a linha tênue que separa, de um lado, a efetividade enquanto direito fundamental e, de outro, os tradicionais direitos fundamentais individuais conquistados desde a revolução francesa e proclamados pela Constituição da República de 1988, objeto de estudo mais aprofundado do direito constitucional. Citam-se, como exemplo, os princípios da dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, razoabilidade, contraditório, ampla defesa, entre outros, todos atuando diretamente, tanto na seara da aplicação das medidas executivas quanto no controle dos limites destas.

O Código de Processo Civil de 2015, diploma produzido à luz da Constituição da República de 1988, sob influência do paradigma do direito constitucional contemporâneo, traz no capítulo I do título IV do livro II, intitulado “dos poderes e dos deveres e da responsabilidade do juiz”, especificamente no inciso IV do artigo 139⁶, norma jurídica que embasa o modelo de “atipicidade dos meios executivos”. Oportuniza-se espécie de “carta coringa” ao juiz no que tange à efetivação do direito material pela via executiva, com objetivo de concretização das decisões

judiciais. Inclui-se, como novidade, a possibilidade de adoção de medidas coercitivas em ações que tenham por objeto prestação pecuniária⁷. Sobre o tema, José Miguel Garcia MEDINA (2017, p. 207) leciona que

chama a atenção neste inciso IV do art. 139, ademais, a expressa referência às “ações que tenham por objeto prestação pecuniária”, que convida o intérprete a abandonar (de vez, com mais de dez anos de atraso) o modelo “condenação/execução”, que, até o advento da Lei 11.232/2005, caracterizou o padrão executivo do CPC de 1973 para aquelas prestações e suas consequentes “obrigações de pagar quantia”. Até porque, com relação às demais modalidades obrigacionais, de fazer, de não fazer e de entrega de coisa, esta atipicidade já é conhecida pelo direito processual civil brasileiro desde o início da década de 1990. Primeiro com o art. 84 da Lei 8.078/1990 (Código do Consumidor) e depois, de forma generalizada, pela introdução do art. 461 no CPC de 1973 pela Lei 8.952/1994 e, por fim, com o art. 461-A daquele Código, fruto da Lei 10.444/2002.

Após o início da vigência do Código de Processo Civil de 2015, começam a emergir, paulatinamente, julgados nos quais os magistrados se utilizam de medidas coercitivas em ações que tenham por objeto prestação pecuniária, ponto este que exige maior atenção, especialmente quanto à “importância de serem bem fixados os limites – e os objetivos – do poder do juiz que está previsto no inciso IV do artigo 139” (CÂMARA, 2018, p. 110).

Observa-se decisão paradigma, em que há utilização de tais instrumentos de coerção, com base no poder geral de efetivação do juiz, e que resulta na determinação de apreensão do passaporte, suspensão da carteira nacional de habilitação e dos cartões de crédito da parte obrigada até o efetivo pagamento da dívida⁸:

O dispositivo legal mencionado trouxe para a execução pecuniária possibilidades antes não previstas no Código de Processo Civil/1973 [...] A novidade trazida pelo Novo Código de Processo Civil no artigo supra citado amplia os poderes do juiz, buscando dar efetividade

à medida, garantindo o resultado buscado pelo exequente. Assim, a lei estabelece que compete ao juiz, na qualidade de presidente do processo, determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. Dessa forma, a nova lei processual civil adotou o padrão da atipicidade das medidas executivas também para as obrigações de pagar, ampliando as possibilidades ao juiz que conduz o processo, para alcançar o resultado objetivado na ação executiva [...]. O caso tratado nos autos se insere dentre as hipóteses em que é cabível a aplicação do art. 139, inciso IV, do Código de Processo Civil. *Isso porque o processo tramita desde 2013 sem que qualquer valor tenha sido pago ao exequente. Todas as medidas executivas cabíveis foram tomadas, sendo que o executado não paga a dívida, não indica bens à penhora, não faz proposta de acordo e sequer cumpre de forma adequada as ordens judiciais, frustrando a execução. Se o executado não tem como solver a presente dívida, também não recursos para viagens internacionais, ou para manter um veículo, ou mesmo manter um cartão de crédito. Se porém, mantiver tais atividades, poderá quitar a dívida, razão pela qual a medida coercitiva poderá se mostrar efetiva.* Assim, como medida coercitiva objetivando a efetivação da presente execução, defiro o pedido formulado pelo exequente, e suspendo a Carteira Nacional de Habilitação do executado M. A. S., determinando, ainda, a apreensão de seu passaporte, até o pagamento da presente dívida. Oficie-se ao Departamento Estadual de Trânsito e à Delegacia da Polícia Federal. Determino, ainda, o cancelamento dos cartões de crédito do executado até o pagamento da presente dívida. Oficie-se às empresas operadoras de cartão de crédito Mastercard, Visa, Elo, Amex e Hipercard, para cancelar os cartões do executado [...]. (sem grifo no original)

Nota-se, portanto, a utilização de três medidas de coerção que implicam o obrigado: (a) proibição, em regra, de deixar o país; (b) impedimento, ao menos em tese, de dirigir veículos em geral; (c) limitação à utilização de crédito para compras em geral.

Passa-se, pois, a analisar: a utilização de medidas coercitivas como ferramentas para efetivação das decisões judiciais; o poder geral de efetivação e a atipicidade das medidas coercitivas em obrigação de pagar quantia; princípios, ponderação e limites da utilização de tais medidas.

2. Das medidas coercitivas como ferramentas para efetivação das decisões judiciais

As decisões judiciais – como ordens emanadas pelo Estado-juiz –, diante da substancial força simbólica que lhes é imanente, deveriam ser espontaneamente cumpridas pelas partes devedoras, ao menos numa perspectiva teórica, abstrata e ideal⁹. Porém, é senso comum, no dia a dia dos milhares de processos judiciais de natureza civil que tramitam no Brasil, que o ideal teórico e a realidade caminham em sentidos diferentes, sendo, portanto, imprescindível que o magistrado possua ferramentas a seu alcance no sentido de proporcionar a efetividade e a consequente realização dos *escopos*¹⁰ do processo civil, fazendo com que este atinja, de fato, seus objetivos como técnica de solução de conflitos.

Na seara das ferramentas disponíveis para o cumprimento de decisões emanadas pelo Estado-juiz, dentro do modelo dos meios executivos no processo civil pátrio, vislumbra-se possível uma divisão em duas ordens, denominadas *medidas (ou meios) de sub-rogação* e *medidas (ou meios) de coerção*, que proporcionam ao credor o bem a que tem direito (DINAMARCO, 2009, p. 50).

Os *meios de sub-rogação* são aqueles utilizados de forma que o estado substitua a vontade do devedor, “fazendo com que o direito seja realizado independentemente do adimplemento. Fala-se, nesse caso, de execução forçada, isto é, de realização forçada do direito, exatamente por ser alheia à vontade do devedor” (MARINONI e ARENHART, 2008, p. 70). Através da aplicação de tais medidas, “mesmo que o executado não concorde com tal satisfação, o juiz terá à sua disposição determinados atos materiais que, ao substituir a vontade do executado, geram a satisfação do direito” (NEVES, 2016, p. 968). Cita-se, como exemplo, notadamente no que tange aos meios (de sub-rogação) atípi-

cos autorizados pelo inciso IV do artigo 139 do CPC/2015, a “realização por terceiro de tarefa que o réu se obrigara a fazer, o desfazimento por terceiro de obra que não poderia ter sido feita, o lacre de equipamento poluente, diante da inércia do réu em instalar filtros” (TALAMINI, 2018, p. 33), “a determinação de sequestro de verba pública para o pagamento de medicamentos e impedir o parcelamento de subsídios de servidor público” (FREIRE, 2017, p. 223), entre outros atos materiais em geral que são praticados independentemente de concordância ou resistência do executado (NEVES, 2016, p. 969).

De outro lado, denominam-se *medidas de coerção*, como segunda ordem dos meios executivos, aquelas destinadas a pressionar o devedor para que, de per si, cumpra a prestação. Conforme lições de Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 51), os meios de coerção

consistem em pressões sobre a vontade do obrigado, para que cumpra. Mediante eles o Estado-juiz procura persuadir o inadimplente, impondo-lhe situações tão onerosas e inconvenientes que em algum momento seja para ele mais vantajoso cumprir do que permanecer no inadimplemento. Trata-se, por esse aspecto, de verdadeiras *coaçoões*, no sentido em que esse vocábulo é empregado na lei civil, porque infundem no espírito do obrigado o fundado temor de um insuportável, ou ao menos muito indesejável, agravamento (CC, art. 151); como ocorre todas as vezes em que alguém decide sob pressões dessa ordem, a decisão de pagar não se forma de modo inteiramente livre, porque a verdadeira vontade era não pagar. Essa é, contudo, uma coerção de absoluta legitimidade ética e jurídica, uma vez que se destina a remover uma conduta antiética e se realiza com o objeto de dar efetividade a um valor muito elevado, que é o acesso à justiça.

O emprego de tais meios de coerção não constitui, tecnicamente, atividade executiva propriamente dita – ao contrário das medidas de sub-rogação, que possuem como característica a virtude de fazer atuar praticamente a norma jurídica concreta, satisfazendo o credor, independentemente da colaboração do devedor, inclusive contra sua vontade –,

pois em vez de prescindir-se da vontade do devedor, o que se procura é influenciá-lo psicologicamente para que se disponha a realizá-la ele próprio (MOREIRA, 1997, p. 218).

A doutrina clássica também categoriza as duas formas acima referidas – *medidas de sub-rogação e medidas de coerção* –, respectivamente, como de *execução direta e execução indireta* (MARINONI e ARENHART, 2008, p. 70), ambas, frise-se, com natureza jurídica instrumental, como ferramentas para efetivação das decisões.

A dogmática processualista clássica, que influenciou a produção do Código Civil de 1973, considerava fundamental a tipicidade dos meios executivos, privilegiando, à época, a segurança jurídica. Segundo ensinamentos de Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio Cruz ARENHART (2008, p. 50), o antigo código

outorgou o mínimo de poder ao juiz. Isto porque a grande preocupação da doutrina à época era a de proteger a esfera jurídica de liberdade do cidadão contra a possibilidade de arbítrio do Estado e, por consequência, contra o uso indevido do poder jurisdicional. Por esta razão, visando garantir a liberdade do executado, tal doutrina desenvolveu a ideia de que a esfera jurídica do devedor apenas poderia ser invadida mediante os meios de execução previamente definidos pelo legislador [...] Chiovenda – reputado o fundador da escola processual italiana clássica –, em conferência proferida no início do século passado, e sugestivamente intitulada de “Le forme nella difesa giudiziale del diritto”, discorreu sobre a “estreita ligação entre a liberdade individual e o rigor das formas processuais”, sublinhando a necessidade das formas como garantia contra a possibilidade de arbítrio do juiz, sendo que Vittorio Denti – talvez o mais importante processualista italiano das últimas décadas – fez questão de relacionar esta conferência de Chiovenda com a limitação do poder do juiz aos meios de execução previamente previstos em lei¹¹.

A dogmática processualista, sobretudo diante das necessidades surgidas no decorrer das décadas – *e.g.* a já citada ausência de efetividade, que acaba gerando o pensamento vulgar do “ganha, mas não leva” –,

passa a admitir meios executivos que não são necessariamente os previstos no *códex*, ampliando, assim, os poderes do juiz.

O Código de Defesa do Consumidor, no artigo 84, § 5º, e os artigos 461, §§ 4º e 5º, e 461-A, § 3º, do Código de Processo Civil de 1973, com redações do ano de 2002, são exemplos do surgimento das medidas executivas atípicas no processo civil pátrio, porém, ao menos *prima facie*, somente quanto às ações que possuíam por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, e de entregar coisa.

A nova perspectiva no campo da execução, com a possibilidade de utilização de medidas atípicas pelo juiz na busca pela concretude do direito material, se de um lado propicia maiores possibilidades nesse sentido, de outro gera certa tensão na doutrina em decorrência da abertura de possibilidades criativas pelo magistrado em casos concretos sem a fixação de limites legais pré-estabelecidos. De acordo com José Miguel Garcia MEDINA (2011, p. 283),

aparentemente, este seria o sistema perfeito, pois, ao se permitir ao juiz tomar as medidas que julgasse mais apropriadas ao caso concreto, se estaria realizando verdadeiramente o direito de acesso à Justiça consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Por outro lado, a ausência de limites precisos à atividade realizada pelos juízes pode ocasionar o surgimento de critérios absolutamente díspares em relação à fixação da medida executiva cabível, bem como em relação à forma de aplicação desta medida. Para evitar o mau uso dos diversos mecanismos executivos, é de todo conveniente que o ordenamento jurídico estabeleça alguns limites ideais à realização da atividade judicial consistente na aplicação de tais mecanismos executivos.

Ressalta, ainda, parcela da doutrina que “essa liberdade concedida ao juiz naturalmente aumenta sua responsabilidade, não sendo admissível que a utilize para contrariar a lei ou mesmo princípios do direito” (NEVES, 2016, p. 987).

Conclui-se, assim, que até o advento do Código de Processo Civil de 2015, estavam legalmente instituídos no direito pátrio os meios exe-

cutivos atípicos em relação à obrigação de fazer, não fazer, e entregar coisa, restando, até então, uma lacuna em relação às ações de pagar quantia.

3. Poder geral de efetivação e a atipicidade das medidas coercitivas em obrigação de pagar quantia

Traz-se a lume a novidade estampada no inciso IV do artigo 139 do novo CPC, segundo o qual incumbe ao juiz determinar todas as medidas – indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias – necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nos processos que tenham por objeto o cumprimento de prestação pecuniária.

Nota-se que tais medidas podem ser aplicadas seja qual for a natureza da obrigação – inclusive em relação à obrigação de pagar quantia (esta é a novidade!) –, tanto no procedimento destinado ao cumprimento das sentenças como na execução fundada em título extrajudicial (CÂMARA, 2018, p. 110).

O referido dispositivo, sem correspondência exata no Código de Processo Civil de 1973, possui certa relação com o vetusto parágrafo 5º do artigo 461, e parágrafo 3º do artigo 461-A, ambos acrescentados *a posteriori* no antigo *codex*, além do artigo 84, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor, que se referiam a decisões que tivessem por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, ou entrega de coisa. Logo, segundo eles, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderia o magistrado, mesmo de ofício, determinar as medidas necessárias (de execução direta ou indireta), a exemplo da imposição de multa por tempo de atraso – que são as astreintes (ato de execução por coerção) –, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva (atos de execução por sub-rogação), inclusive com requisição de força policial em caso de necessidade (FUX e NEVES, 2015, p. 366).

Da leitura e interpretação sistemática dos dispositivos do antigo código – e do referido § 5º do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor –, enumeram-se os seguintes fatos: (a) os referidos dispositivos

já traziam, de fato, um modelo de atipicidade dos meios executivos no direito processual pátrio; (b) era exemplificativo o rol de medidas numeradas nestes artigos, por serem precedidas do termo “tais como”; (c) tais medidas eram aplicáveis apenas às obrigações de fazer ou não fazer, ou entrega de coisa; (d) tratavam-se de medidas instrumentais, e não de sanções impostas ao devedor.

Desse modo, “na vigência do CPC/1973, parecia não ser possível a execução indireta por meio da aplicação das astreintes para pressionar o executado a cumprir a obrigação de pagar quantia certa” (NEVES, 2016, p. 970), tampouco utilização de outras medidas atípicas nesse sentido.

Ressalta-se que o novo dispositivo, que implementa sob nova perspectiva o poder geral de efetivação, em modelo de cláusula aberta, campo fértil para a consagração da atipicidade dos meios executivos, traz em sua redação que “o juiz dirigirá o processo incumbindo-lhe determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. Sublinham-se, pois, dois trechos do referido dispositivo: (a) “medidas coercitivas”; e (b) “ações que tenham por objeto prestação pecuniária”; forma-se a base legal do modelo de atipicidade das medidas coercitivas em obrigação de pagar quantia.

Abre-se, portanto, um universo de possibilidades para a atuação do juiz em casos concretos, na seara da execução, que possuam por objeto prestação pecuniária; amplia-se o número de ferramentas de coerção possíveis na busca pela tutela jurisdicional efetiva.

4. Apreensão de passaporte, suspensão da carteira nacional de habilitação e cancelamento de cartões de crédito: princípios, ponderação, limites e premissas

O novel Código de Processo Civil de 2015 trouxe nova roupagem ao chamado, por parte da doutrina, direito processual constitucional¹², marcado pela estreita aproximação entre processo e lei maior¹³, pois foi “construído a partir de um modelo estabelecido pela Constituição

da República” (CÂMARA, 2018, p. 7), incluindo a previsão, em seus primeiros artigos, de uma série de normas principiológicas que devem balizar as relações processuais.

Destaca-se, nessa seara, o artigo 8º do novo CPC, segundo o qual, “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”¹⁴.

Vislumbra-se a possibilidade de aplicação de técnica hermenêutica para solução de casos que envolvam conflito entre direitos fundamentais, qual seja, a “ponderação”

A importância do referido artigo – de alta carga principiológica, reflexo direto da Constituição da República – está em oferecer, ao hermenêuta aplicador do direito, especialmente no que tange aos termos “fins sociais e às exigências do bem comum”, “dignidade da pessoa humana”, “proporcionalidade” e “razoabilidade”, base não somente para aplicação do poder geral de efetivação, mas também balizas para os limites deste, sobretudo sob a ótica dos princípios como padrões a serem observados no sentido de verdadeiras exigências de justiça ou equidade no caso concreto (DWORKIN, 2002, p. 36 apud GOMES, 2008, p. 218).

Conforme doutrina de Cassio Scarpinella BUENO, em que pese à desnecessidade funcional do conteúdo do primeiro artigo do novo diploma processual – o qual impõe que o “processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República”¹⁵ –, isso diante da força normativa da Constituição, reconhece-se a relevância deste para fins didáticos ou educacionais, por enfatizar a importância de a perspectiva constitucional exercer influência na compreensão da interpretação e da aplicação das normas processuais civis (2018, p. 101).

Nesse sentido, induz-se que o poder geral de efetivação, construído sob o modelo de cláusulas abertas, conforme o artigo 139, IV, do CPC/2015, deve ser utilizado à luz dos princípios basilares orientadores do estado democrático de direito, especialmente diante da indissolúvel

Nesse sentido, induz-se que o poder geral de efetivação, construído sob o modelo de cláusulas abertas, conforme o artigo 139, IV, do CPC/2015, deve ser utilizado à luz dos princípios basilares orientadores do estado democrático de direito, especialmente diante da indissolúvel

aproximação entre o processo e Constituição. E é a dogmática constitucional, fundamentalmente, que examina a fundo os princípios basilares orientadores do estado democrático de direito, notadamente no que tange à temática dos direitos e garantias fundamentais, que é enraizada no vetor máximo da dignidade da pessoa humana, conforme lições de Uadi Lammêgo BULOS (2014, p. 534):

Os direitos e garantias fundamentais, em regra, são relativos, e não absolutos. Esse é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Embasado no princípio da convivência entre liberdades, a Corte concluiu que nenhuma prerrogativa pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e aos direitos e garantias fundamentais, as quais sofrem limitações de ordem ético-jurídica. Essas limitações visam, de um lado, tutelar a integridade do interesse social e, de outro, assegurar a convivência harmônica das liberdades, para que não haja colisões ou atritos entre elas. Evita-se, assim, que um direito ou garantia seja exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, [...] (porém), inegavelmente, há situações em que um direito ou garantia fundamental é absoluto, devendo ser exercido de maneira irrestrita [...] nesse particular, resta ao Poder Judiciário empreender uma interpretação constitucional conformadora ou harmonizante das normas assecuratórias de liberdades públicas, de modo a evitar contradições entre bens e princípios jurídicos consagrados pelo Texto de 1988. A relatividade dos direitos fundamentais é, em grande parte, um problema de interpretação. Cada caso é único. Não é preciso sacrificar um direito fundamental em relação a outro; basta que se reduza, proporcionalmente, o âmbito de alcance dos interesses em disputa, mediante a técnica da ponderação de valores.

Além do emprego dos princípios, vislumbra-se a possibilidade de aplicação de técnica hermenêutica para solução de casos que envolvam conflito entre direitos fundamentais, qual seja, a “ponderação”. No sentido de conceituar e desenvolver raciocínio lógico-jurídico em relação à referida técnica, Ana Paula de BARCELLOS (2008, p. 55) leciona que

a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para casos difíceis (do inglês “*hard cases*”), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado. A estrutura geral da subsunção pode ser descrita da seguinte forma: premissa maior – enunciado normativo – incidindo sobre a premissa menor – fatos – e produzindo como consequência a aplicação da norma ao caso concreto. O que ocorre comumente nos casos difíceis, porém, é que convivem, postulando aplicação, diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias. A subsunção não tem instrumentos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes; sua lógica tentará isolar uma única norma para o caso. Quando se trabalha com a Constituição, no entanto, não é possível simplesmente escolher uma norma em detrimento das demais: o princípio da unidade, pelo qual todas as disposições constitucionais têm a mesma hierarquia e devem ser interpretadas de forma harmônica, não admite essa solução. Situação semelhante ocorre com muitas normas infraconstitucionais que, refletindo os conflitos internos da Constituição, encontram suporte lógico e axiológico em algumas normas constitucionais mas parecem afrontar outras [...] é possível encontrar decisões judiciais empregando um raciocínio equiparável ao que se tem entendido por ponderação para, *e.g.*, definir o sentido de conceitos jurídicos indeterminados e decidir o confronto entre regras que se chocam diante de um caso concreto e entre princípios e regras, dentro do sistema constitucional e fora dele. Antes mesmo que o debate acadêmico pudesse refletir organizadamente sobre os riscos e as potencialidades do seu emprego, os órgãos jurisdicionais já incorporaram as possibilidades da ponderação como instrumento em seu arsenal hermenêutico.

Observa-se ser possível, portanto, a utilização da ponderação na seara da aplicação do poder geral de efetivação pelo juiz, sobretudo nos casos em que se vislumbra, de um lado, direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e, de outro, direitos fundamentais do obrigado, como é o

exemplo das restrições que o impeçam de sair do país, de dirigir veículos e de possuir cartões de crédito, especialmente se houver indícios de que o devedor frauda a execução, ao sonegar a possibilidade de cumprimento.

No caso paradigma acima citado, há determinação, pelo magistrado, como forma de pressão, de apreensão de passaporte, suspensão da carteira nacional de habilitação e cancelamento dos cartões de crédito do devedor. São três medidas que atingem a esfera de liberdade¹⁶ do devedor, com objetivo de compeli-lo a cumprir a obrigação de pagar quantia.

Indaga-se, pois, no campo das possibilidades em tese: e se o devedor não tem, de fato, meios para cumprir a obrigação, e por isso não indica bens à penhora e não faz proposta de acordo? Quais os elementos de prova, presentes nos autos, que indicam a possibilidade de cumprimento da obrigação pelo obrigado? Respeitam-se os princípios basilares no caso? A técnica da ponderação é utilizada? Em caso positivo, é utilizada com razoabilidade e proporcionalidade? O silogismo que fundamenta o julgado – “*se o executado não tem como solver a presente dívida, também não (tem) recursos para viagens internacionais, ou para manter um veículo, ou mesmo manter um cartão de crédito*” – está correto? As medidas têm natureza jurídica de pressão ou sanção ao devedor? E se este necessita realizar viagem internacional a trabalho? E se precisar dirigir veículo de terceiro por motivo de trabalho ou familiar? E se o devedor utiliza o cartão de crédito para alimentar sua família? São perguntas que surgem no campo do abstrato, sobretudo da análise da fundamentação utilizada no caso concreto, e que está acima reproduzida em suas partes essenciais, com a intenção de provocar reflexão.

A apreensão de passaporte, por exemplo, é aceito com moderação até mesmo na seara processual penal, enquanto medida cautelar alternativa à prisão, com objetivo de conveniência ou necessidade para a investigação ou instrução criminal, conforme a doutrina de Nestor TÁVORA e Rosmar Rodrigues ALENCAR:

Não é preciso sacrificar um direito fundamental em relação a outro; basta que se reduza, proporcionalmente, o âmbito de alcance dos interesses em disputa, mediante a técnica da ponderação de valores

Como se depreende, a vedação não pode ser arbitrária. Em regra, o acusado deve responder ao processo em liberdade provisória, comumente com a imposição de obrigações. A limitação deve ser justificada pela necessidade de produção indiciária/probatória, seja na fase preliminar, seja na processual. Para que a medida não seja ineficaz, o juízo encaminhará comunicação aos órgãos de fiscalização, com fito de se certificar que o agente não está se ausentando da sua sede jurisdicional. Nas grandes comarcas, a imposição dessa cautelar e de efetividade duvidosa. Caso se trate de proibição de ausentar-se do país, a decretação da cautelar será comunicada às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. (2017, p. 1.043)

Diante da linha principiológica do Código de Processo Civil de 2015, especialmente quanto à fundamentação das decisões¹⁷, o poder geral de efetivação implica ônus argumentativo diferenciado ao magistrado (FREIRE et al., 2018, p. 224), exigindo-se, portanto, que sejam detalhadas as razões da utilização de cada meio de coerção, demonstrando-se a ponderação e o raciocínio lógico-jurídico empregados.

Propõe-se, assim, além da fundamentação racional necessária, algumas premissas que devem embasar a aplicação de medidas coercitivas atípicas em ações que tenham prestação pecuniária, à luz do Código de Processo Civil 2015 e da Constituição da República de 1988, a exemplo da apreensão de passaporte, suspensão da carteira nacional de habilitação e cancelamento dos cartões de crédito do obrigado.

Como primeira premissa, considera-se que as referidas medidas coercitivas somente podem ser aplicadas como *ultima ratio*, de forma excepcional e subsidiária, em casos nos quais houver indícios suficientes de que o devedor tem condições de pagar e está a se utilizar de subterfúgios para não cumprimento da obrigação.

A segunda premissa é relativa à natureza jurídica das medidas no caso concreto, conforme explana Alexandre Freitas CÂMARA (2018, p. 110), para quem “a aplicação dessas medidas não pode ser vista como uma punição ao devedor inadimplente”. Assim, a utilização deve se dar

genuína e essencialmente como meio de pressão, não sendo possível sua utilização com caráter sancionatório ao devedor.

Em terceiro lugar, quando da excepcional aplicação de tais medidas, deve o magistrado fazer uso, *a priori*, dos princípios que balizam o estado democrático de direito desenvolvidos pela dogmática constitucional: dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, razoabilidade, ampla defesa, contraditório, entre outros, pois “a melhor interpretação do preceito normativo não é a de buscar um juízo criativo ilimitado e despreocupado com as restrições normativo-constitucionais” (FREIRE et al., 2018, p. 224).

Por fim, como quarta premissa, conclui-se que deve o juiz se utilizar da “ponderação”, como instrumento hermenêutico no caso concreto, sopesando-se eventuais conflitos de princípios e direitos fundamentais do credor e do devedor, usando provas e indícios presentes nos autos, pondo-se a realizar espécie de trabalho artesanal na busca pela justiça do caso concreto – especialmente se houver indícios de que o devedor fraudula a execução, ao sonegar a possibilidade de cumprimento –, notadamente porque “quando razão e sensibilidade se encontram, o Direito opera (a) Justiça” (ALVAREZ VIANNA, 2011, p. 57, *apud* BITTAR, Eduardo C. B. e ALMEIDA, Guilherme Assis de, 2005, p. 699).

Através de tais premissas, vislumbra-se como mais segura e racional a aplicação dos meios executivos atípicos pelo magistrado, mormente em ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

5. Conclusão

Conclui-se pela necessidade de cautela na utilização do poder geral de efetivação pelo juiz, no modelo de atipicidade dos meios executivos. Antes da aplicação, medidas como apreensão de passaporte, suspensão da carteira nacional de habilitação e cancelamento de cartões de crédito, como meios coercitivos em ações que tenham por objeto prestação pecuniária, devem ser especialmente analisadas.

Propõe-se o estabelecimento de premissas, a atuar como filtros e limites, no que tange à utilização dos referidos meios de coerção, quais

sejam: (a) uso somente como *ultima ratio*; (b) manutenção do caráter estritamente coercitivo, vedando-se seu emprego como sanção ao devedor; (c) utilização dos princípios que regem o estado democrático de direito quando da aplicação; e (d) emprego da “ponderação” pelo magistrado, como instrumento hermenêutico no caso concreto.

Não se vislumbra como possível que a adoção de tais medidas se torne a regra no dia a dia do judiciário brasileiro, principalmente na era da sobrecarga de trabalho, juízes com papel gerencial de produção em série e automatização de procedimentos. A questão é artesanal e exige prudência do magistrado.

O inciso IV do artigo 139 do CPC/2015 oferece infinitas possibilidades, podendo o juiz criar soluções em cada caso concreto, a depender dos elementos que sejam nestes demonstrados. É um trunfo para o magistrado na busca pela efetividade, verdadeiro remédio contra os males da falta de efetividade. E, como tal, deve ser usado pontualmente, quando estritamente necessário e em doses adequadas.

Notas

1. Alexandre Ceribelli Lóis. Pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina (UEL), graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL) e em Comunicação Social pelas Faculdades Integradas Alcântara Machado (FIAM).
2. Uadi Lammêgo BULOS critica a expressão, pois considera “neoconstitucionalismo” o “constitucionalismo contemporâneo com outro nome”, ao designar a evolução de certos aspectos provenientes da cultura constitucional contemporânea. (2014, p. 80)
3. Sérgio Alves GOMES cita Gustav RADBRUCH e sua visão sobre o positivismo jurídico em texto publicado em 1945: “Ordens são ordens, é a lei do soldado. A lei é a lei, diz o jurista. No entanto, ao passo que para o soldado a obrigação e o dever de obediência cessam quando ele souber que a ordem recebida visa a prática de um crime, o jurista, desde que há cerca de cem anos desapareceram os últimos jusnaturalistas, não conhece exceções deste gênero à validade das leis nem ao preceito de obediência que os cidadãos lhe devem. A lei vale por ser lei, e é lei sempre que, como na generalidade dos casos, tiver do seu lado a força para se fazer impor. Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos ‘positivismo’, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias,

mais cruéis e mais criminosas. Torna equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro”. (1974, p. 415 apud 2008, p. 134)

4. Sobressai-se, assim, o papel do “novo juiz”, conforme exposto por Sergio Alves GOMES, “[...] um juiz que mantenha os olhos abertos aos novos tempos, tempos estes que, se, por um lado, apontam para muitos riscos, por outro, são também de renovação e de esperança. Este ‘novo juiz’ caracteriza-se não em razão da idade mas da mentalidade, isto é, do pensamento que orienta suas ações. Trata-se do juiz-intérprete preocupado com a concretização dos valores constitucionais, por meio da efetividade dos direitos humanos e fundamentais [...]”. (2008, p. 363)
5. Tratados aqui de forma genérica, *lato sensu*, sem se descurar do estudo mais aprofundado da teoria dos princípios, como tão bem exposta, entre outros, na doutrina de Humberto Ávila, em sua Teoria dos Princípios, obra clássica da ciência jurídica brasileira.
6. “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.”
7. O Código de Processo Civil de 1973 já disponibilizava, especialmente após reformas, de instrumentos semelhantes no que tange à obrigação de fazer ou não fazer, e de entregar coisa, conforme previsão nos artigos 461, §§ 4º e 5º, e 461-A, § 3º, do antigo diploma processual, mas a possibilidade da utilização destes em execução por quantia certa – ou, mais que isso, em ações que tenham por objeto prestação pecuniária, porque aplicáveis as medidas em quaisquer espécies de execução/cumprimento –, é novidade do CPC/2015.
8. TJ/SP – Processo nº: 4001386-13.2013.8.26.0011 – Execução de Título Extrajudicial – em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160906-07.pdf>, acessado em 24 de agosto de 2018.
9. Considerando-se, pois, o ideal ético do pensamento kantiano e sua teoria do imperativo categórico, segundo a qual “uma conduta seria valiosa no campo moral quando a sua motivação consistisse apenas no reconhecimento ao bem”; ou seja, segundo a referida teoria de Emmanuel Kant as pessoas deveriam atuar de forma que a máxima de seus atos valessem como princípio de uma legislação universal. (NADER, 2007, p. 145)
10. *Escopos* do processo civil, sob a ótica da doutrina de Cândido Rangel Dinamarco, do processo civil de resultados, que considera os objetivos máximos a serem por este atingidos, dividindo-os em (escopo de) *pacificação, educação e políticos* (DINAMARCO, 2013, p. 129).
11. Vittorio Denti, Il processo di cognizione nella storia delle riforme. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, p. 808 e ss.
12. Isso conforme os ensinamentos de Cândido Rangel DINAMARCO, segundo o qual “também é dos tempos modernos a ênfase ao estudo da ordem processual a

- partir dos princípios, garantias e disposições de diversas naturezas que sobre ela projeta a Constituição”. (2013, p. 55)
13. Segundo DINAMARCO, “na realidade, a doutrina brasileira nunca foi indiferente às ligações entre o processo e o plano constitucional, dado que já no século XIX um prestigioso processualista propunha o exame do processo civil em correlação com a preservação dos direitos individuais (João Mendes Júnior)”. (2013, p. 288)
 14. Art. 8º do CPC/2015.
 15. Art. 1º do CPC/2015.
 16. Direito fundamental de primeira dimensão, conforme doutrina constitucionalista de Zulmar FACHIN, que, citando Paulo BONAVIDES, explana que “são direitos civis e políticos, que passaram a ser objeto das preocupações de estudiosos a partir do século XVIII. Ensina Paulo Bonavides que ‘os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço característico [...]’(…)”. (2007, p. 563 apud 2012, p. 224)
 17. Nesse sentido, sublinham-se os §§ 1º ao 3º do artigo 489 do CPC/2015: “§ 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 juiz 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.

Referências

- ALVAREZ VIANNA, José Ricardo. *Revista Direito Vivo – Escola da Magistratura do Paraná*. v. 4. n. 4. Anual. Londrina: Idealiza, 2011.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional*:

- ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 17 jan. 1973, republicado em 27 jul. 2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/civil_03/LEIS/L5869impresao.htm#art1220>. Acesso em 25 ago.2018.
- _____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 21 ago.2018.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: volume único. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 3, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. *Instituições de direito processual civil*. v. 1. 7. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2013.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FREIRE, Alexandre et al. Art. 139. In: STRECK, Lenio; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- FUX, Luiz (coord.); NEVES, Daniel Amorim Assumpção (org.). *Novo código de processo civil: comparado. Lei 13.105/15*. 2. ed. rev. São Paulo: Método, 2015.
- GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*, v. 1. Teoria geral do processo. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil – v. 3. Execução*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro*. 5. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o Código de Processo Civil 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Temas de filosofia do direito: decisão, argumentação e ensino*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. Rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

- NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 5. ed. Tradução de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1974.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Comarca de São Paulo. Foro regional XI. Pinheiros. 2ª Vara Cível. *Processo 400138613.2013.8.26.0011 – Execução de Título Extrajudicial*, fls. 258/260. São Paulo, 25 de agosto de 2016. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160906-07.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2018.
- TALAMINI, Eduardo. *Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência, nas diferentes modalidades de execução*. In: MINAMI, Marcos Youji e _____ (Coord.). *Medidas executivas atípicas*. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Grandes temas do novo CPC – v. 11*. Salvador: Juspodivm, 2018.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

DOCTRINA

Reflexões sobre a Justiça de Transição

Denise Antunes¹

Juíza de Direito Substituta em Segundo Grau no TJPR

*“Blackbird singing in the dead of night
Take these broken wings and learn to fly
All your life
You were only waiting for this moment to arise
Blackbird singing in the dead of night
Take these sunken eyes and learn to see
All your life
You were only waiting for this moment to be free
Blackbird fly, blackbird fly
Into the light of the dark black night”
Blackbird/The Beatles*

OS PAÍSES LATINO-AMERICANOS, MAIS ESPECIFICAMENTE O BRASIL, a Argentina, o Chile e o Uruguai, passaram pelos chamados “anos de chumbo”, período ditatorial, de regimes autoritários, que governavam pelo uso da força, nas décadas de 1960, 70 e 80.

Embora a história desses países seja semelhante em muitos aspectos, a reflexão aqui proposta é que no Brasil o caminho escolhido pós-ditadura deixou a desejar no que diz respeito a cumprir com as etapas devidas pela justiça que trata do assunto, bem como a dar conhecimento pleno aos seus cidadãos sobre esse período de violação de direitos, e assim ter a chance de reconstruir um espaço mais democrático. O enfrentamento dessa parte da nossa história, e a tomada de condutas concretas, é tão importante que se pode afirmar que disso também depende nossa democracia. E juntamente com

esse pensamento existem muitas declarações no sentido de que os preceitos da “justiça transicional” não foram todos absorvidos pela nossa sociedade após ter passado pelo período degradante e triste da ditadura, de 1964 a 1985.

O professor gaúcho José Carlos Moreira da Silva Filho, ex-vice-presidente da Comissão de Anistia, em recente entrevista², mais uma vez trouxe à tona seu ensinamento no sentido de o que faltou, no caso brasileiro, foi uma depuração, também conhecida por Justiça de Transição, necessária por causa do longo período autoritário que o Brasil viveu. Disse o professor que “*faltou representar no plano simbólico e no plano público o repúdio que o Brasil deve ter às práticas autoritárias do passado*”. Tal fator, por curial, autoriza certa celebração por aqueles que desconhecem a história e que chegaram até a desacreditá-la.

Moreira comenta que faltou julgar os torturadores, faltou uma reforma ampla na administração pública, que impedisse que pessoas que tomaram parte nesses crimes contra a humanidade, do judiciário, do legislativo, do executivo, do sistema de segurança pública do país, continuassem trabalhando e transmitindo os seus valores para os novos funcionários públicos que passaram a se formar ali. Essa cultura não foi combatida. Houve um bloqueio, um medo, que também foi cultivado pela visão quase que monolítica das forças armadas brasileiras, que se negam a se retratar, a fazerem a sua *mea culpa*. O autor também reconhece que não foram todos: “porque há militares que são constrangidos por essa história, eu mesmo já conversei com muitos. Assim como na ditadura centenas de militares foram perseguidos porque não concordavam com aquilo. Então, é complicado a gente não fazer essa reforma cultural, sob o ponto de vista da cultura política, nas instituições públicas, no sistema de ensino. Se a gente não enfrentar essa história como ela deve ser enfrentada, vamos estar sempre fazendo isso.”

Em entrevista dada pelo filho de Vladimir Herzog (jornalista assassinado pela ditadura militar em outubro de 1975)³, Ivo Herzog, em maio de 2018, quando questionado sobre o fato de muitas pessoas, mesmo com todas as evidências, ainda insistirem em dizer que a

ditadura e o próprio relatório da Comissão da Verdade não existem, respondeu que “o Brasil tem essa coisa de insistir em virar a página da ditadura mas sem escrevê-la antes. Antes de virar a página a gente precisa ter o conteúdo para escrever o que a gente quer virar. Temos de andar para a frente, mas tem de levar junto o passado para entender o presente e não repetir os erros de ontem. É a maneira de construir uma nação”. Vale destacar trecho da entrevista:

P. Entre 1974 e 1975 veem-se comunicações dos EUA para o Brasil com certos questionamentos sobre desrespeito a direitos humanos e práticas de torturas no país.

R. Não eram bem questionamentos, era mais preocupação. Mas não vi uma condenação do governo americano. O que aconteceu – e por isso fiz a carta a Aloysio Nunes [o ministro de Relações Exteriores] – é que há trechos que estão censurados dos documentos, provavelmente porque envolvem mais o governo norte-americano. Liberou-se uma narrativa sobre personagens brasileiros. Mas não tem nenhuma sobre a atuação de personagens dos EUA. *Quero saber o que ainda está escondido.* Temos de ver o que está sob censura. *Se a gente consegue recuperar a nossa história, o governo brasileiro deveria ter acesso a essas informações.*

P. O caso do seu pai chegou à Corte Interamericana no ano passado. O relatório de agora mudaria de alguma forma o teor do que estava na corte?

R. Acho que não mudaria. A sentença está para sair nos próximos dias, semana que vem, talvez. Está pronta, não é pública, está sendo traduzida para o português, inclusive. Está na marca do pênalti. *(entrevista de maio de 2018)*

P. Nesse processo está sendo acusado o Estado brasileiro. O general Ernesto Geisel.

R. O Brasil está cometendo um crime, que continua cometendo. Os crimes de lesa-humanidade não são prescritíveis. Não podem deixar de ser investigados por nenhuma lei de Anistia. Se a família Herzog tenta abrir uma ação como tentamos, tribunais brasileiros devolvem dizendo que o crime prescreveu e que a lei de

Anistia [de 1979] não permite que se investigue. Isso está errado. Uma parte do julgamento que está na corte diz muito respeito a isso, e *sobre políticas de repetição, memória...*

A importância da Justiça de Transição está então, na visão jurídica, em uma gama de ações, dispositivos e estudos que exsurgem para dar conta e encontrar modos de lidar com os conflitos internos ocorridos num país, com a violação sistemática de direitos humanos e violência massiva contra grupos sociais ou indivíduos.

O Brasil tem essa coisa de insistir em virar a página da ditadura mas sem escrevê-la antes. Antes de virar a página a gente precisa ter o conteúdo para escrever o que a gente quer virar

Dentro da seara da Justiça de Transição, e de acordo com os fatores diferenciados de cada país, sabe-se que tal instituto visa: (a) estimular o *julgamento* daqueles que praticaram os crimes e foram os responsáveis pelas graves violações de direitos humanos; (b) estabelecer a *verdade* sobre os fatos ocorridos no período; (c) dar prioridade em registrar, reconhecer, e dar *visibilidade à memória* como construção imprescindível da história do país; (d) oferecer *reparações* às vítimas; e (e) implementar a *reforma das instituições* que participaram

direta ou indiretamente das violações cometidas.

Ainda e dentro do estudo da matéria, fica muito claro para o acadêmico interessado no tema que os objetivos específicos do aprofundamento estão nos direitos humanos, posto que esses objetivos visam, primeiro, desenvolver a capacidade de empatia para com as vítimas de graves violações de direitos humanos e desconstruir preconceitos que possam existir sobre as pessoas que lutaram contra regimes autoritários; em segundo plano, dar conhecimento dos principais mecanismos justransicionais; terceiro, compreender o testemunho como componente essencial da memória como categoria epistêmica; e em quarto lugar, identificar as relações entre os déficits de justiça transicional e a crise da democracia contemporânea.

Aliás, e acerca de um dos objetivos específicos, foi partindo do ensinamento do filósofo alemão Walter Benjamin (1892-1940) que surgiu o legado e a primazia da *memória* neste contexto, não se olvidando que tanto a obra de Benjamin como a sua biografia (marcada pela perseguição nazista e pelo seu fim trágico que culminou no suicídio para não se entregar a Hitler) influenciam a história e muitos estudiosos se valem de seus ensinamentos para restabelecer uma *memória dos vencidos* e, no caso do Brasil, para se buscar uma política profícua contra o “esquecimento” oficial. Frisa-se, pois, que “Benjamin deu forma a um modo de se pensar a história que corresponde a uma nova necessidade nascida no século 20”.

De percepção ímpar, Benjamin, na década de 1930, já comentava que “antes da vinda de um fascismo sempre há um fracasso de uma revolução da esquerda”, e nos ensinava que a memória não poderia ser dissociada da condição do humano para ser resgatada em sua humanidade, que deve medir-se com a barbárie, o sofrimento e a morte que estão nos porões da civilização. Por mais impossível que seja descrevê-los, a sua rememoração é o critério ético e ontológico.

Na obra⁴ do professor Moreira da Silva sobre o filósofo alemão, consta:

Percebe-se nos escritos de Benjamin uma atenção ao singular de cada momento e de cada pessoa, na tentativa de contraposição à voragem da história como progresso, que mergulha o singular no esquecimento e projeta o presente em uma repetição, evitando que ele se transforme em momento político, de ação, fruto do conhecimento de um passado renovado. É preciso não confundir o empenho de Benjamin em prol de uma história dos vencidos, dos excluídos e das vítimas com a tentativa de reescrever os livros de história, ou seja, com a apresentação de uma outra versão da história que agora conte a epopeia dos escravos, camponeses, proletários, mortos, desaparecidos, conquistados e perseguidos. Não se trata, assim, ao contrário do que pensaram muitos marxistas inclusive, de apresentar uma história alternativa que, ao

final das contas, teria as mesmas características da história linear: uma concatenação causal entre os fatos apresentados e um desenrolar contínuo. Uma tal pretensão perde o essencial e incorre no mesmo erro da história do progresso.

Não é toa que historiadores sempre fazem um paralelo da figura de Benjamin com a figura de um poeta melancólico, pois para Benjamin, comenta o historiador Silvio Medeiros, a historicidade, como os homens a fazem, é sempre marcada por rupturas, e não por um movimento contínuo e linear. A história realiza-se em movimentos que, a princípio, poderiam ser diferentes, ou seja, a concepção benjaminiana de tempo perdido não se encontra no passado, mas no “futuro”, isto é, nos sonhos, nos desejos, nas aspirações do não realizado, daquilo que não chegou a se concretizar, mas que ainda se encontra voltado para o porvir, qual uma utopia retrospectiva⁵.

Com o passar dos tempos e a aplicação das regras em distintos países, começou a se colocar em funcionamento a Justiça de Transição, diante da experiência então vivenciada, surgindo normas e jurisprudência para a formulação do direito internacional e para a efetivação da memória, ou seja, o *direito à verdade* foi sendo desenvolvido como um direito costumeiro.

No início dos anos 1990, surge o conceito de Justiça de Transição. As experiências da Comissão da Verdade sobre os desaparecidos estabelecida na Argentina nos anos 1980 e da Comissão da Verdade e Reconciliação da África do Sul são de extrema valia e levadas em consideração no meio internacional.

Menção deve ser feita à adoção dos *Princípios Joinet* de luta contra a impunidade de 1997, e em 1998 restou elaborado o “*Estatuto de Roma*” quando foi então criada a Corte Penal Internacional, organização voltada para o julgamento de crimes de guerra, crimes de lesa humanidade e genocídios.

A ONU é um dos órgãos determinantes nos processos de Justiça de Transição, sendo que alguns informes sistematizam e constituem o núcleo dos parâmetros para a sua realização: o “*Princípios Joinet*”⁶ (1997 – referido acima) e o “*Conjunto de princípios atualizados pra a*

luta contra a impunidade” (2005) – ambos da Comissão de Direitos Humanos da ONU – são documentos que visam a garantia dos direitos humanos e a luta contra a impunidade; o documento “*O direito de restituição, indenização e reabilitação das vítimas de graves violações de direitos humanos e das liberdades fundamentais*”, de Theo Van Boven (2006), é tido como um marco dos princípios da discussão das reparações; e “*O Estado de Direito e a Justiça de Transição em sociedades em conflito ou pós-conflito*” (2004), do Conselho de Segurança da ONU, é o documento mais importante como parâmetro para a realização da Justiça de Transição.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem sido um dos órgãos mais influentes e ativos nos processos da Justiça de Transição.

No Brasil, alerte-se que o quadro começou a melhorar após a Lei 10.559/02, com que se instituiu a Comissão de Anistia no âmbito do Ministério da Justiça.

A partir de todo esse arcabouço de regras e de respaldo de sérias organizações para a realização da Justiça de Transição, é importante frisar que é dever constante e contínuo do Estado manter o processo em trâmite, aberto, e lhe dar publicidade o quanto mais possível. Então, se num primeiro momento o Estado brasileiro não cumpre seu dever de aplicar as regras devidas, por outro lado também (e como consequência do primeiro) o povo desconhece o que aconteceu, perdendo-se na história de seu país, e com isso deixando escapar pelos vãos dos dedos os benefícios da democracia.

Há de se levar em conta que dentro desse assunto a responsabilidade do Estado é constante – os danos praticados na esfera pública não é algo que estanque com o encerramento de um governo. Não interessa quem está no governo do país ou no poder, essa responsabilidade permanece sempre.

A defesa dos direitos humanos, o repúdio a violações de direitos fundamentais pelos quais o estado deve zelar, não é uma questão de direita nem de esquerda, é uma questão que está acima dessa polarização política

Nessa lógica, nos ensina o professor José Carlos Moreira da Silva Junior, na entrevista já referida aqui:

A defesa dos direitos humanos, o repúdio a violações de direitos fundamentais pelos quais o estado deve zelar, não é uma questão de direita, nem de esquerda, é uma questão que está acima dessa polarização política. Quando muitos colocam essa questão básica, civilizatória, em segundo plano, por interesses políticos, por querem tirar determinado partido político do poder, não interessa como, porque querem aprovar reformas econômicas que são extremamente antipopulares nas suas consequências, que conseguem muitas vezes não serem apresentadas como são, porque são devidamente cosmetizadas.

Essas preocupações são sérias, tanto que a escritora e documentarista brasileira Eliane Brum registra, em um de seus excelentes artigos⁷ que trata da ditadura, que lamentavelmente a Comissão da Verdade (quando a ação que questionava a aplicação da Lei de Anistia para torturadores do regime foi uma oportunidade recente de mudar esse rumo) pouco mobilizou a população, e até mesmo cita o Supremo Tribunal Federal quando decidiu não rever a Lei de Anistia. Antes de finalizar lembra que

um dos dois votos favoráveis ao pedido de revisão da Lei de Anistia proposto pela OAB foi do ministro Carlos Ayres Britto. Ele afirmou, em 2010: Um torturador não comete crime político. Um torturador é um monstro, é um desnaturado, é um tarado. Um torturador é aquele que experimenta o mais intenso dos prazeres diante do mais intenso sofrimento alheio perpetrado por ele. É uma espécie de cascavel de ferocidade tal que morde ao som dos próprios chocalhos. Não se pode ter condescendência com torturador. A humanidade tem o dever de odiar seus ofensores porque o perdão coletivo é falta de memória e de vergonha.

Realmente, o desconhecimento do povo brasileiro quanto ao assunto é imenso, sendo que sempre se escutam críticas quanto às indenizações concedidas pelo governo, e ainda que algumas sejam procedentes há de se comentar aqui que o processo de indenizações a anistiados políticos é anterior aos governos de Lula e Dilma, pois teve início em 2001, durante o governo Fernando Henrique Cardoso, e o maior montante delas foi decidido nos primeiros anos. Segundo os dados contidos na mídia, foram deferidos 63% dos requerimentos de indenizações e negados 37%, num total aproximado de 40 mil, sendo que a maioria das indenizações são pagas a militares (segundo dados, foram 12 mil solicitações de militares contra quase 9 mil de integrantes de movimentos sindicais, tida como a segunda categoria mais numerosa⁸).

Tão necessário é o conhecimento e a memória sempre reabastecida desses fatos que é preciso elaborar o que se viveu e fazer *marca*, um signo, do vivido, para que haja uma memória visual e constante. Como lembra Eliane Brum⁹, num país isso se faz com investigação dos crimes, julgamento e punição dos responsáveis, promovendo memória, debate e reflexão, e é assim que se estabelece no imaginário da população que tortura e assassinato não serão tolerados – e que o cidadão pode contar com a justiça numa democracia. É também isso que empresta valor ao regime democrático – e que aponta a sua diferença para uma tirania. É nessa lógica que Brum lembra do exemplo da Alemanha, e relata que em Berlim ou outras cidades alemãs pode-se contar com um itinerário de monumentos e museus que sempre mantêm viva a memória do nazismo e do extermínio de seis milhões de judeus, ciganos, homossexuais e pessoas com algum tipo de deficiência. Comenta a escritora:

Cada alemão que nasce hoje, mais de 70 anos depois do final da Segunda Guerra, sabe que esse horror aconteceu ao dar seus primeiros passos na rua e topar com os monumentos. E vai precisar pensar sobre isso, porque é também este o legado de ser alemão. Ser alemão é estar num dos países com melhor qualidade de vida da Europa e é também compartilhar desta memória. Responsa-

bilidade é isso: não se pode pegar só uma parte do pacote. Não se vai a futuro nenhum negando o passado. É também para isso que se faz *marca do vivido*. Marcas no julgamento dos criminosos, marcas no ensino dentro das escolas e no debate em todos os espaços, marcas físicas, como o Memorial do Holocausto no coração de Berlim. A céu aberto e ocupando 19 mil metros quadrados de área nobre, bem perto do Portão de Brandemburgo, a escultura nos desestabiliza com a força de seus 2.711 blocos de concreto de diferentes tamanhos, projetada para produzir o sentimento perturbador causado por um sistema supostamente ordenado que perdeu o contato com a razão humana.

Vivendo em uma época recente num país que passou por um período de ditadura militar, tem-se muito forte na memória os horrores ocorridos durante esses períodos envoltos em desgraças, sofrimentos, privações imotivadas de liberdade, perdas, mortes, enfim, tudo que há de pior para o ser humano e para o estado democrático de direito.

Parafraseando ainda Eliane Brum, quando relata torturas sofridas em uma outra coluna escrita para o jornal ‘*El país*’¹⁰, esse período tenebroso deve ser lembrado, pois “é a memória do inominável que precisa ser nomeado para que cada um deles possa viver, para que o crime de Estado não se repita”.

Notadamente, a reflexão aqui posta é no sentido de que o *direito a memória e verdade* deve ser priorizado em países que passaram por tal experiência nefasta, pois é primordial manter esse passado na memória, deixando sempre muito vivo na cabeça de toda a população os horrores cometidos. Primeiro para que não haja negação de um passado tão marcante (como se costuma infelizmente ver), e para que não haja uma espécie de distorção de valores do então ocorrido, tornando os carrascos em heróis. E em segundo, mas não menos importante, para que os preceitos da Justiça de Transição sejam aplicados em sua completude.

Cabe lembrar sempre que “o objetivo de fazer marca do vivido não é promover penitência ou versões de punição bíblica. Não é de

culpa que se trata. E sim de responsabilidade coletiva. As marcas servem exatamente para evitar a repetição”¹¹.

No Brasil, a aplicação da Justiça de Transição foi efetuada de forma tardia, pois existem muitas máculas desse período de exceção ainda pendentes, e a cultura da impunidade gera uma gama de crimes ainda provenientes da não consolidação da justiça de transição e da democracia. Existiu uma certa resistência em mostrar o que de fato aconteceu no passado, e isso só vem ratificar o atual quadro de violência na sociedade (v.g. torturas, ocorrência de crimes bárbaros, condutas de autoritarismo, sistema penitenciário desastroso).

O estado democrático de direito também está afetado por esse trauma social: a reparação às vítimas humanas não restou suficiente (posto que voltada apenas ao aspecto econômico), não tendo havido uma atenção aos demais direitos humanos violados, seja por causa da forma tardia com que a questão foi enfrentada, seja por causa da ‘forma’ de resolução que foi dada.

Não obstante, para não me estender e atender ao propósito da reflexão, a importância da Justiça de Transição deve ser sempre ressaltada pelos juristas, filósofos e estudiosos para aprimorar cada vez mais o estudo que deve ser feito na sociedade acerca das opressões do passado, achando meios de sempre relembrar a população dos fatos ocorridos e também higienizar e acalantar a mente daqueles que passaram por esses períodos de exceção, de ditadura, de tortura.

Por certo, a reflexão maior segue então no mesmo sentido dito no início. Voltando à documentarista Elaine Brum, ela, sempre com muita precisão, mais uma vez comenta que o “Brasil retomou a democracia sem lidar com os mortos e os desaparecidos do período de

No Brasil, a aplicação da Justiça de Transição foi efetuada de forma tardia, pois existem muitas máculas desse período de exceção ainda pendentes, e a cultura da impunidade gera uma gama de crimes ainda provenientes da não consolidação da justiça de transição e da democracia

exceção. Seguiu adiante sem lidar com o trauma. Um país que para retomar a democracia precisa esconder os esqueletos no armário é um país com uma democracia deformada. E uma democracia deformada está aberta a mais deformações. O que se infiltra no imaginário da população é que a vida humana vale pouco qualquer que seja o regime. E este não é um dado qualquer na atual crise”.

Buscar e lutar pelo *direito à verdade e a memória* deve ser levado em paralelo com a ação voltada às reformas das instituições, deixando-as mais democráticas. A democracia, pois, é o fim maior a ser zelado pela Justiça de Transição, posto que sem ela entende-se ser inviável a paz numa nação.

Notas

1. Denise Antunes. Graduada em Direito na UEPG, Ponta Grossa (1989). Pós-Graduada ‘latu sensu’ no *III Curso de Aperfeiçoamento em Direito de Família e Posse e Propriedade*, realizado pela Faculdade de Direito de Curitiba. Pós-Graduada ‘latu sensu’ no *IX Curso de Preparação para Ingresso na Magistratura* realizado pela EMAP, na sede de Curitiba, em 1992. Ingressou na magistratura paranaense em 1992. Professora da Escola de Magistratura (EMAP) de Ponta Grossa (Prática Processual Civil), no ano de 1995, e em Curitiba (Prática Processual Civil), nos anos de 2005-2009. Representante do TJPR como integrante do *Comitê Executivo Estadual do Fórum Nacional de Saúde* criado pelo CNJ, no período de abril de 2011 a maio de 2013. Pós-Graduada ‘latu sensu’ no Curso de Direitos Humanos (“*Fundamentos Críticos: Los Derechos Humanos como procesos de lucha por la dignidad – IX Edición*”), realizado pela *Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, Espanha*, de Jan/Fev/2019.
2. Entrevista concedida a Luiz Eduardo Gomes do site Sul 21. *José Carlos Moreira: Uma democracia sem memória é como um Titanic desgovernado*. Publicada em março de 2019. Disponível em: <https://www.sul21.com.br/ultimas-noticias/politica/2019/08/jose-carlos-moreira-uma-democracia-sem-memoria-e-como-um-titanic-desgovernado/>. Acesso em: março de 2019.
3. JIMENÉZ, Carla. *Ivo Herzog: O Brasil insiste em virar a página da ditadura, mas sem escrevê-la antes*. Site *El País*. 24/8/2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/05/21/politica/1526935775_966311.html. Acesso em jan./2019. Da matéria que antecede a entrevista: O jornalista ocupava o

cargo de diretor de jornalismo da TV Cultura à época em que foi assassinado. Por tratar-se de um canal público, a contratação de Herzog, naquele mesmo ano de 1975, precisou ser endossada pelo Serviço Nacional de Informação (SNI), centro de inteligência criado pelos militares em 1964, justamente para controlar os inimigos do Governo. Chamado para ser interrogado num momento em que jornalistas eram alvo de perseguição do regime, Herzog apresentou-se espontaneamente no dia 25 de outubro na sede do DOI-CODI. Nunca mais voltou. Foi morto ali, aos 38 anos. Tão cruel quanto a sua execução, foi a farsa montada. Tão cruel quanto a sua execução, foi a farsa montada pelos militares, que simularam um suicídio de Herzog. O jornalista foi fotografado enforcado com um cinto. A foto, toscamente montada, circulou o mundo, e expôs a perversidade que o Brasil vivia àquela altura. Ao menos 89 pessoas foram mortas a partir de abril de 1974, (...) A família do jornalista Vladimir Herzog, assassinado pela ditadura militar em outubro de 1975, foi obrigada a conviver, por 38 anos, com uma mentira oficial humilhante que só viria a ser corrigida em 2013. Foi somente em março daquele ano que a viúva Clarice Herzog, e os filhos Ivo e André receberam a certidão de óbito corrigida com a verdadeira causa da morte do pai: lesões e maus-tratos sofridos durante interrogatório nas dependências do segundo Exército DOI-CODI, em São Paulo, onde ocorreram as principais execuções da ditadura. Na certidão anterior, a versão maquiada pelo Governo militar sugeria o suicídio, ou “enforcamento por asfixia mecânica”. Era apenas mais uma mentira diabólica que a ditadura militar (1964-1985) produziu e amarrou de modo a manter uma versão fantasiosa sobre esse período da história brasileira. (...) O caso de Herzog, no entanto, é apenas uma peça de um quebra-cabeça que parece, agora, ainda mais incompleto, diante do recente relatório da CIA que veio a público há poucos dias. O documento, revelado pelo *Bureau of Public Affairs* do Departamento de Estado dos Estados Unidos, revelou que o general Ernesto Geisel, o quarto presidente militar da ditadura, que assumiu em 1974, endossava a execução de “subversivos” pelo regime. Até então, a história brasileira retratava o general, que governou até 1979, como a figura decisiva para a abertura do país à democracia, e que integrava a ala ponderada do regime, um contraponto à ala radical dos militares que defendiam matar seus opositores. Os novos documentos, porém, revelam que Geisel não era tão moderado como se acreditava. Ao contrário, ele tomou a decisão, em abril de 1974, de manter essa política de execuções no seu Governo, ainda que com alguma ressalva. (...) Segundo os documentos da inteligência dos EUA, ele orientou que apenas subversivos perigosos fossem executados no seu Governo. Vladimir Herzog, porém, não seguia esse perfil.

4. MOREIRA, José Carlos Filho. *O anjo da história e a memória das vítimas: o caso da ditadura militar no Brasil*. p. 159.

5. MEDEIROS, Silvio. História, tempo e memória em Walter Benjamin. Site *Recanto das Letras*. 09/11/2016. Disponível em:
6. Os Princípios *Joinet* estabelecem assim que ao “direito inalienável” de cada povo de conhecer a verdade, corresponde o “dever de memória do Estado”, que visa “preservar a memória coletiva do esquecimento, especialmente para prevenir o desenvolvimento de teses negacionistas ou revisionistas”. <<https://www.recantodasletras.com.br/artigos/286167>>. Acesso em jul./2019. No mesmo sentido, os Estados são incumbidos da obrigação de garantir a preservação dos arquivos, empreender a persecução penal e estabelecer procedimentos extrajudiciários como as comissões de verdade, a condição que elas completem e não substituam a ação das autoridades judiciárias (ONU, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 1999 e E/CN.4/2005/102/Add.1, 2005).
7. BRUM, Eliane. *A Lava Jato como purgação e maldição*. Publicação 26/6/2017. Site *El país*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/06/26/opinion/1498488947_331660.html>. Acesso em jan.2019.
8. Matéria publicada no site *Brasil 247*. Depois da família Santa Cruz, Bolsonaro ataca a memória de milhares de mortos, torturados, presos e perseguidos pela ditadura. 04/8/2019. Disponível em: <https://www.brasil247.com/poder/depois-da-familia-santa-cruz-bolsonaro-ataca-a-memoria-de-milhares-de-mortos-torturados-presos-e-perseguidos-pela-ditadura>
9. BRUM, Eliane. *A Lava Jato como purgação e maldição*. Publicação 26/6/2017. Site *El País*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/06/26/opinion/1498488947_331660.html>. Acesso em jan.2019.
10. BRUM, Eliane. Aos que defendem a volta da ditadura. Site *El País*, São Paulo, dez/2014. Matéria extraída da internet. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2014/12/08/opinion/1418042130_286849.html. Acesso em jan/2019.
11. BRUM, Eliane. *A Lava Jato como purgação e maldição*. Publicação 26/6/2017. Site *El País*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/06/26/opinion/1498488947_331660.html>. Acesso em jan.2019.

Referências

- BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, Crimes da ditadura militar – relatório sobre as atividades de persecução penal desenvolvidas pelo MPF em matéria de graves violações a DH cometidas por agentes do Estado durante o regime de exceção. Brasília: MPF, 2017.
- BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório / Comissão Nacional da Verdade. Brasília: CNV, 2014.

- BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Direito à verdade e à memória. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.
- BOVEN, Theo Van. “O direito de restituição, indenização e reabilitação das vítimas de graves violações de direitos humanos e das liberdades fundamentais”. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição* n. 3 (jan/jun -2010) – págs. 354-425: <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/2010revistaanistia03.pdf>>
- BRUM, Eliane. *Aos que defendem a volta da ditadura*. Site El país, São Paulo, dez/2014. Matéria extraída da internet. Disponível em: <https://brasil.el-pais.com/brasil/2014/12/08/opinion/1418042130_286849.html>. Acesso em jan/2019.
- _____. *A Lava Jato como purgação e maldição*. Publicação 26.6.2017. Site *El País*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/06/26/opinion/1498488947_331660.html>. Acesso em jan.2019.
- JIMENÉZ, Carla. Ivo Herzog: O Brasil insiste em virar a página da ditadura, mas sem escrevê-la antes. Site *El País*. 24/8/2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/05/21/politica/1526935775_966311.html>. Acesso em jan/2019.
- MEDEIROS, Silvio. História, tempo e memória em Walter Benjamin. Site *Recanto das Letras*. 09/11/2016. Disponível em: <<https://www.recantodasletras.com.br/artigos/286167>>. Acesso em jul./2019
- MELLO, Pudente José Silveira. *O movimento sindical e a justiça de transição no Brasil. O direito à reparação dos trabalhadores que enfrentaram a ditadura militar*. Tese de Doutorado entregue em out/2015. *Universidad Pablo de Olavide Universidad Internacional de Andalucía*. Sevilha, Espanha.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – Conselho de Segurança. O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito. Relatório do Secretário Geral S/2004/616. In: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, n. 1, p.320-351, jan.-jun. 2009. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/2009_revistaanistia01.pdf>.
- SELIGMANN-Silva, Márcio. «Walter Benjamin: O legado e a ‘cultura da memória’ na América Latina» (PDF). Campinas. *Jornal da Unicamp*, 2010. <http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp_hoje/ju/agosto2010/ju469pdf/Pag0607.pdf> Acesso em jan/2019.
- SILVA, José Carlos Moreira da. Justiça de transição e usos políticos do Poder Judiciário no Brasil em 2016: um Golpe de Estado Institucional? In: *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, vol. 9, 2018, matéria extraída da internet. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdp/v9n3/2179-8966-rdp-9-3-1284.pdf>>. Acesso em jan/2019

- SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Justiça de Transição – da ditadura civil-militar ao debate justransicional – direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SILVA, José Carlos Moreira da. O Anjo da História e a Memória das Vítimas – o caso da ditadura militar no Brasil. *Revista Veritas*, Porto Alegre, vol. 52, 2008. Disponível em: <<http://www.revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article>>. Acesso em jan/2019.
- SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; PAIXÃO, Cristiano; FONSECA, Livia Gimenes Dias da; RAMPIN, Talita Tatiana Dias (Orgs.). *O direito achado na rua: introdução crítica à Justiça de Transição na América Latina*. Brasília: UnB, 2015.

Os 30 anos da Constituição e o direito administrativo: segredos, avanços e uma esperança

Francisco Zardo¹

Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná

Resumo: O presente artigo é dividido em três partes. Na primeira, a partir da obra *1988: Segredos da Constituinte*, de Luiz Maklouf Carvalho, é abordado o trabalho da Assembleia Nacional Constituinte, seus bastidores, a participação popular, a disputa entre as correntes ideológicas, a influência do governo e seus reflexos no texto aprovado. Na segunda parte são examinados os avanços ocorridos no direito administrativo ao longo dos trinta anos de vigência da Constituição de 1988, tais como a centralidade dos direitos fundamentais, a vedação ao nepotismo, o controle jurisdicional das políticas públicas e o acesso à informação. Na terceira parte são apresentadas algumas ideias para combater a crônica ineficiência do Estado brasileiro.

1. Os segredos da Constituição de 1988

NA OBRA *1988: SEGREDOS DA CONSTITUINTE. OS VINTE MESES QUE AGITARAM E MUDARAM O BRASIL*, o jornalista, escritor e bacharel em direito Luiz Maklouf Carvalho reconstrói, por meio da história oral, os bastidores da Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988)². As 44 entrevistas realizadas pelo experiente e premiado repórter conduzem o leitor a uma viagem no tempo, concebendo para os operadores do

direito um valioso meio de compreensão dos vícios e virtudes do texto constitucional e um instrumento de superação das dificuldades de sua aplicação nos dias atuais.

Como num mosaico, foram ouvidas pessoas de diversas posições e matizes ideológicos: ministros de Estado, constituintes, juristas, funcionários do Congresso Nacional e até lobistas. Entre os entrevistados, destacam-se o então presidente da República, José Sarney; o ministro do Exército, General Leônidas Pires Gonçalves; Bernardo Cabral, ex-presidente do Conselho Federal da OAB (1981/1983), senador (PMDB-AM) e relator da Comissão de Sistematização; Fernando Henrique Cardoso, senador (PMDB-SP) e relator do regimento da Constituinte; Nelson Jobim, deputado federal (PMDB-RS) e líder da bancada; Miguel Reale Junior, assessor do presidente da Constituinte, Ulysses Guimarães; e Mozart Vianna, servidor concursado da Câmara dos Deputados desde 1975.

1.1 A convocação da Assembleia Nacional Constituinte

A eleição de Tancredo Neves para presidente da República em 15 de janeiro de 1985, após mais de 20 anos de regime militar, representou a esperança de fundação de uma *Nova República*. Mas, como observa José Afonso da Silva, “a Nova República só teria legitimidade e durabilidade se se fundamentasse numa Constituição Democrática, ou seja, numa Constituição que emanasse de uma Assembleia Constituinte representativa da soberania popular”³.

Em 27 de novembro de 1985, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 26 convocando a Assembleia Nacional Constituinte, que seria composta pelos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, reunidos, unicameralmente, a partir do dia 1º de fevereiro de 1987. Essa solução foi objeto de crítica pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, pela Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB e pela Central Única dos Trabalhadores – CUT, que desejavam a convocação de uma constituinte exclusiva, isto é, de representantes eleitos exclusivamente para promulgar a nova Constituição. Segundo José Afonso da Silva, a EC 26/85, “na verdade, não estava convocando uma Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, mas apenas se estava estabe-

lecendo um Congresso Constituinte, ou simplesmente dando poderes constituintes originários ao Congresso ordinário”⁴.

Semelhante é a posição de Flávio Bierrenbach, jurista, deputado federal (PMDB/SP) e primeiro relator da emenda constitucional que viria a convocar a Constituinte. Flávio foi destituído da função de relator da emenda na véspera de sua votação porque pretendia realizar um plebiscito para a população decidir qual formato de Constituinte queria. Na visão de Bierrenbach, “quem teria legitimidade para fazer uma nova Constituição para o país seria uma Assembleia Nacional Constituinte, livre, soberana e exclusiva. [...] o Congresso não é um poder Constituinte. O Congresso é um poder constituído”⁵.

Diverso é o pensamento de Miguel Reale Junior, para quem a convocação de uma Constituinte exclusiva não traria repercussões práticas relevantes: “Havia a ideia de que haveria uma pureza se eles fossem eleitos só para fazer a Constituinte. Mas é bobagem. Você acha, por exemplo, que um Paulo Maluf ia deixar de se candidatar à Constituinte? Não ia. Mesmo que fosse para ser só constituinte, ele não ia perder seu eleitorado, não ia deixar na mão os seus redutos. Então, no fundo, o fato de ser Constituinte exclusiva, ou um Congresso Constituinte, não ia trazer modificação na composição.”⁶

1.2 A Comissão Provisória de Estudos Constitucionais

Outra polêmica havida antes mesmo do início dos trabalhos da Assembleia foi a instituição da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, por meio do Decreto 91.450, de 18 de julho de 1985. Composto por 50 membros de livre escolha do chefe do Executivo, este grupo, que ficou conhecido como *Comissão dos Notáveis* ou Comissão Afonso Arinos – em alusão ao seu presidente, Afonso Arinos de Mello Franco –, teria a missão de elaborar um anteprojeto para nortear os trabalhos da Assembleia Nacional. Entre tantos integrantes de grande projeção, destacam-se: Antonio Ermírio de Moraes, Bolivar Lamounier, Cândido Mendes, Celso Furtado, Cristovam Buarque, Evaristo de Moraes filho, Gilberto Freyre, Helio Jaguaribe, Jorge Amado, José Afonso da Silva, Sepúlveda Pertence, Saulo Ramos, Miguel Reale e Paulo Brossard.

Em 18 de setembro de 1986, esta comissão concluiu seu Anteprojeto Constitucional. Contudo, a Assembleia Nacional, presidida por Ulysses Guimarães (PMDB/SP) preferiu “partir do zero”⁷. Segundo o deputado do PMDB gaúcho Antônio Britto, a vitória da democracia evocava o sentimento de “não me traga nada pronto, porque você está manietando, cabrestando, induzindo, reprimindo”. “Hoje, pensando, e não deixa de ser irônico que eu seja um dos que dizem isso, eu acho que o maior erro que se cometeu foi não ter havido um projeto preliminar. Organizaria um pouco o jogo.”⁸

Já para Joaquim Falcão, professor da Fundação Getúlio Vargas e membro da *Comissão dos Notáveis*, foi melhor não se ter adotado o anteprojeto por ela apresentado, “porque aí ela receberia um carimbo de ‘O Projeto do Sarney’”⁹. Apesar disso, diz Falcão, “várias de suas propostas foram incorporadas – porque os constituintes as viram como uma fonte originária de ideias”¹⁰, indicando que acataram o pedido de Afonso Arinos para que ao menos “namorassem escondido com o anteprojeto da comissão que presidira meses antes”¹¹.

1.3 O Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte

O passo seguinte foi a aprovação do regimento interno da Assembleia Nacional Constituinte, que estabeleceria a forma como a Constituição seria elaborada e votada. Como não havia um texto base e todos os parlamentares queriam participar da formulação da nova carta, a solução foi “a criação de 24 subcomissões temáticas que elaborariam textos sobre os temas de sua competência e os entregariam a oito comissões temáticas, cada uma congregando três subcomissões. As comissões redigiriam projetos sobre as suas áreas, os quais seriam, por sua vez, enviados a uma Comissão de Sistematização. Esta última elaboraria o novo projeto, a partir do trabalho das comissões temáticas, que seria submetido ao Plenário da Constituinte, em dois turnos de votação”¹².

O relator da comissão encarregada de elaborar o regimento interno foi o então senador Fernando Henrique Cardoso (PMDB/SP). Po-

rém, a lógica que norteou a estruturação do regimento foi concebida pelo deputado Nelson Jobim (PMDB/RS), que assim justifica o modelo adotado: “Nós tínhamos 559 constituintes. Tiramos os seis membros da mesa, ficaram 553. Aí o Dr. Ulysses disse ‘Os líderes, os cardeais, os caras que têm autoridade vão ser membros da Comissão de Sistematização’, que eu já tinha desenhado. Escolhemos os 49 nomes para essa comissão. Sobraram 504. Eu já tinha feito oito comissões, correspondentes aos oito títulos da Constituição. Cada comissão se subdividiu em três subcomissões. Cada comissão ficou com 63, 21 em cada subcomissão.”¹³

Uma novidade interessante, introduzida no regimento interno da assembleia por iniciativa de Fernando Henrique Cardoso¹⁴, foram as emendas populares, cuja apresentação “dependia da assinatura de 30 mil eleitores e do apoio de três entidades associativas ou de determinadas instituições públicas. Foram apresentadas, no total, 122 emendas populares, reunindo 12.277.323 assinaturas”¹⁵. Segundo Fernando Henrique, aquilo representou “uma abertura para a sociedade. Os representantes iam defender, no Plenário, sem ser parlamentares”¹⁶.

Aliás, como registram Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento, “a participação popular foi uma constante durante os trabalhos da constituinte e se deu também pela presença física nas dependências do Congresso. Estima-se que – afora parlamentares e servidores do legislativo – cerca de 10 mil pessoas transitavam em média, diariamente, pelo Congresso Nacional, representando os mais variados grupos sociais: trabalhadores e empresários, estudantes, aposentados, servidores públicos, índios, sem-terra, donas de casa etc.”¹⁷

Além da participação popular, também foi marcante a força dos lobbies, como registra Oscar Corrêa Junior, deputado federal pelo PFL de Minas Gerais e filho do então ministro do STF Oscar Corrêa: “Não vamos ser românticos. Se há uma coisa que funcionou tanto pra A quanto pra B, C e D foram os lobbies. Pesaram muito.”¹⁸

A participação popular foi uma constante durante os trabalhos da constituinte e se deu também pela presença física nas dependências do Congresso

1.4 O trabalho das comissões e subcomissões

Como o PMDB era o partido com o maior número de parlamentares, coube a ele a maioria das indicações para os postos-chaves das comissões e subcomissões, especialmente o de relator. E como Mário Covas, líder do PMDB, integrava a ala mais progressista do partido, tiveram preferência os constituintes que professavam o mesmo viés ideológico. Na avaliação de Souza Neto e Sarmento, isso “deslocou os trabalhos nessa fase para a esquerda da composição mediana da Assembleia”¹⁹.

As disputas foram intensas e chegaram às vias de fato, como narra o deputado José Lourenço, líder da bancada do PFL e autor do art. 5º, XXII, da Constituição de 1988 (“é garantido o direito de propriedade”): “Eles tinham maioria por um voto. E havia um senador do Mato Grosso, Saldanha Derzi, que me disse, eu como líder do PFL: ‘Deputado, nós não podemos deixar que eles fiquem com o controle da Comissão de Agricultura, porque aí vão entrar todas as emendas da esquerda para fazer reforma agrária’. No dia de uma votação importante eles estavam sem maioria, porque um tinha faltado. Como eu tinha um suplente do PFL, mandei que ele assinasse o livro e ficasse apto para votar. Eles vieram em cima. ‘Não pode!’ O Saldanha Derzi estava com um revólver .38mm, e me passou. Eu encostei no sujeito e disse: ‘Se der mais um passo eu...’”²⁰

Também houve fraudes em votações, como recorda o deputado Marcelo Cordeiro (PMDB/BA) e primeiro secretário da mesa. As filmagens da Câmara dos Deputados registraram parlamentares votando em nome de outros. No entanto, com o assentimento de Ulysses Guimarães, Cordeiro decidiu não divulgar o fato “para preservar a instituição. Porque aí colocava em xeque todas as votações”²¹. “Era mais importante a nação concluir a sua Constituinte do que punir os transgressores.”²²

Concluídos os trabalhos das comissões temáticas e iniciados os da Comissão de Sistematização, seu relator, Bernardo Cabral, apresentou inicialmente um projeto com 501 artigos – apelidado de *Frankstein*²³ – posteriormente reduzido a 305²⁴. O resultado, contudo, desagradou o Governo Sarney, os conservadores e as Forças Armadas.

Discutia-se, por exemplo, se as Forças Armadas teriam competência para intervir na ordem interna (atual redação do art. 142 da Constituição). Bernardo Cabral teria combinado com o ministro do Exército, General Leônidas Pires Gonçalves, que sim, mediante requisição de quaisquer dos três poderes. Mas posteriormente teria alterado o texto. Informado por assessores, Leônidas, segundo relato do então Presidente, José Sarney, teria mandado levarem Cabral ao quartel-general do Exército: “Chegou lá, o Leônidas deu um acocho muito grande nele e disse o seguinte: ‘Você só sai daqui quando a Constituição estiver com o texto que nós combinamos’. Assim o Bernardo mandou fazer.”²⁵ Indagado se a posição contrária à intervenção do Exército na ordem interna teria chance de passar, Leônidas foi enfático: “Não, porque eu não deixaria passar”²⁶.

Superado esse impasse, e após intensos debates, foi concluído o trabalho da Comissão de Sistematização, o qual recebeu tantas emendas que algumas foram parar literalmente no fundo de um armário, como conta o professor Sérgio Ferraz, que assessorava o relator Bernardo Cabral: “Na véspera do último dia de trabalho da Comissão de Sistematização nos reunimos na casa do Bernardo, finalizando a última versão do projeto que seria finalmente levado a Plenário. Depois passamos no apartamento do Fogaça. De repente, chega o senador Humberto Lucena [presidente do Senado] com um pacote de cem, duzentas emendas. ‘Você não pode deixar de considerar essas aqui’, disse para o Bernardo. Ele entrou em desespero, não sabia o que argumentar, e aí me deu uma determinação: ‘Sérgio, encaixa isso no boneco do projeto’. [...] Encaixei, da maneira mais inacreditável. O Fogaça tinha uma estante na sala, com muitos livros. Eu peguei aquele pacote, botei por trás dos livros, e assim foram incorporadas as emendas do senador Humberto Lucena na Constituinte. [...] Solenemente ignoradas. Porque não havia mais tempo.”²⁷

Ao final, a Comissão de Sistematização aprovou a mudança para o regime parlamentarista e a redução do mandato de Sarney de seis para quatro anos contra a vontade dele, que defendia o prazo de cinco anos. Outros pontos controvertidos do texto que seguiria para o plenário eram “a reforma agrária em terras produtivas, as regras sobre proprie-

dade e livre-iniciativa, as limitações ao capital estrangeiro, o imposto sobre grandes fortunas, os instrumentos de democracia participativa e a amplitude dos direitos trabalhistas”²⁸.

Como sintetizou Luís Roberto Barroso, “na elaboração do Projeto da Comissão de Sistematização, prevaleceu a ala mais progressista do PMDB, liderada pelo deputado Mário Covas, que produziu um texto ‘à esquerda do Plenário’: nacionalista, com forte presença do Estado na economia e ampla proteção aos trabalhadores”²⁹.

1.5 A reação do *Centrão* e as votações em Plenário

A reação não tardaria. Pelo regimento interno então vigente, o texto aprovado na Comissão de Sistematização, composta por 93 deputados, somente poderia ser alterado pelo voto da maioria absoluta do plenário, ou seja, por 280 parlamentares. Entendendo que esse sistema conferia um peso desproporcional ao voto dos membros da Comissão de Sistematização em detrimento dos componentes do plenário, um grupo de parlamentares que ficou conhecido como *Centrão* articulou, com o apoio do Governo Sarney, a alteração do regimento. Segundo Nelson Jobim, idealizador do modelo original, “foi uma revolta justa. Eles tinham razão”³⁰.

Como essa alteração trouxe maior equilíbrio de forças no plenário, mesmo porque a coesão do *Centrão* “não era tão sólida nem tão inabalável quanto de princípio se supunha”³¹, a solução foi negociar. Parte dessa negociação teria se dado de modo espúrio, por meio da oferta de concessões de rádio e televisão em troca de votos em assuntos que interessavam ao governo. É o que afirma, por exemplo, o deputado Luiz Alfredo Salomão (PDT/RJ): “O Sarney conseguiu os cinco anos de mandato subornando deputados com canais de rádio e televisão ou com outros favores do governo”³². O fato é confirmado pela deputada Maria de Lourdes Abadia (PFL/DF): “Me ofereceram uma rádio para votar por cinco anos de mandato. [...] O ACM [ministro Antônio Carlos Magalhães, das Comunicações], na casa do Osório Adriano, que na época era o presidente do PFL do Distrito Federal. [...] Diretamente. Não só para mim, mas para outros do PFL, como o [Jofran] Frejat. Eu falei que não

ia votar os cinco anos, porque achava que era muito tempo e que o Brasil estava precisando mudar.”³³

José Sarney nega: “Isso é uma balela. [...] Não precisava usar isso como barganha. Eu quero ver um deputado que tenha dito que eu pedi a ele pra votar em troca de televisão ou de rádio.”³⁴ O deputado Theodoro Mendes (PMDB/SP) reconhece ter ganhado uma rádio, mas nega ter vendido o voto: “Ganhei uma concessão, mas não foi de presente, não vendi voto meu, nem nada”³⁵. Foi nesse contexto que o deputado Roberto Cardoso Alves, o *Robertão*, um dos líderes do *Centrão*, fez a célebre afirmação de que “é dando que se recebe”, numa exótica adaptação da terna Oração de São Francisco de Assis às práticas seculares do Brasil central.

Outra forma de resolver os impasses entre as diversas correntes quanto à redação de algum dispositivo – o chamado “buraco negro”³⁶ – era o recurso a expressões ambíguas, a fim de alcançar a maioria. Um dos exemplos é o descanso semanal remunerado. Segundo Nelson Jobim, “o texto da esquerda queria ‘repouso semanal remunerado *obrigatoriamente* aos domingos’. A direita queria ‘repouso semanal remunerado, na forma de convenção ou contrato coletivo de trabalho’. A direita tinha razão, alguns trabalhos não podiam parar no domingo. E deu-se o impasse. [...] Então eu fiz uma redação, aprovada pela direita e pela esquerda, que está na Constituição: ‘[...] repouso semanal remunerado, *preferencialmente* aos domingos’. [...] Todo mundo aprovou”³⁷.

Outra forma de superar divergências foi constitucionalizar determinado tema, relegando sua regulamentação para norma infraconstitucional, como recorda Mozart Vianna, que foi secretário-geral da Câmara dos Deputados por 24 anos: “Essa foi outra grande jogada. Então a Constituição foi promulgada com 369 dispositivos a serem implementados.”³⁸ O Centro de Documentação e Informação da Câmara indica um número maior. Seriam 380 dispositivos passíveis de regulamentação,

Paira na sociedade brasileira um grande mal-estar em relação às instituições públicas e suas lideranças, o que se atribui especialmente à corrupção, ao desemprego e à falta de saúde e segurança públicas adequadas

dos quais 263 já foram regulamentados. Passadas três décadas desde a promulgação da carta de 1988, 117 de seus preceitos ainda carecem de regulamentação³⁹.

1.6 A promulgação da Constituição

E assim, ao final de 20 meses de efervescência de ideias e ideais, a Assembleia Nacional Constituinte foi concluída e a Constituição foi promulgada. “Não é a Constituição perfeita”, como reconheceu Ulysses Guimarães na sessão do dia 5 de outubro de 1988: “Ela própria, com humildade e realismo, admite ser emendada”⁴⁰.

Até 14 de dezembro de 2017 já eram 99 as emendas constitucionais. Em tom de blague, o ministro Marco Aurélio, do STF, conta que são tantas as alterações que um cidadão entrou na livraria para comprar um exemplar da Constituição e o vendedor respondeu: “Desculpe-me, mas não temos. Não trabalhamos com periódicos”⁴¹.

Embora o número de emendas seja expressivo, muitas delas foram necessárias para adaptar o texto constitucional aos tempos atuais, o que de modo algum deslustra o trabalho do Congresso constituinte. Talvez o segredo da perenidade da carta de 1988, que completou 30 anos, seja justamente a sua mutabilidade e a sua capacidade de adaptação às novas realidades. Como assevera Egon Bockmann Moreira, “a Constituição que hoje temos, felizmente, não é a ‘Constituição de 1988’ ou a ‘CF/88’, mas sim a Constituição do Brasil – um belíssimo diploma que, para se manter vivo, necessita de permanente compreensão reflexiva”⁴².

2. A Constituição de 1988 e os avanços do direito administrativo

Atualmente, paira na sociedade brasileira um grande mal-estar em relação às instituições públicas e suas lideranças, o que se atribui especialmente à corrupção, ao desemprego e à falta de saúde e segurança públicas adequadas. Segundo pesquisa da Fundação Getúlio Vargas, publicada em 2017 sob o título *O Dilema do Brasileiro: entre a descrença no presente e a esperança no futuro*, 51% dos brasileiros deixariam o país

se tivessem oportunidade e 38% dizem que sua vida está pior hoje do que há cinco anos. Ainda assim, 53% acreditam que a vida irá melhorar nos próximos cinco anos e 83% manifestaram esperança no Brasil⁴³.

Talvez, a crença na efetivação dos valores constitucionais seja uma das raízes deste otimismo. Afinal, o Brasil é um país jovem. Começamos verdadeiramente em 1808, com a vinda da família real⁴⁴. Nossa democracia constitucional é ainda mais recente e coincide com o advento da carta de 1988. Ao longo desses quase trinta anos, produzimos avanços notáveis no campo do direito administrativo, o que repercutiu diretamente na vida do cidadão, embora nem sempre se perceba.

O art. 1º, III, da Constituição colocou a dignidade da pessoa humana como *fundamento* do Estado brasileiro. Naturalmente, isso reflete no direito administrativo, que, assim como os demais ramos do direito, necessariamente deve passar por um processo de constitucionalização e de revisão de todos os seus institutos. Se antes o direito administrativo era visto como “o Direito da Administração Pública”⁴⁵, hoje também atua como um direito dos cidadãos⁴⁶, assumindo a *dupla função* de “organizar a *autoridade* do poder e defender a *liberdade* dos cidadãos”⁴⁷.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso afirma que a centralidade da dignidade da pessoa humana altera “a qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais”⁴⁸, tais como a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ou aos regulamentos internos; a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo; a redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado. Marçal Justen Filho sufraga este pensamento, asseverando que, hoje, “o núcleo do direito administrativo reside não no interesse público, mas na promoção dos direitos fundamentais indisponíveis”⁴⁹.

2.1 A consagração do devido processo legal, com direito ao contraditório e à prova também em âmbito administrativo

Uma das grandes novidades positivadas na Constituição de 1988 foi a consagração do direito ao contraditório e da ampla defesa

também no processo administrativo e não apenas no processo judicial. “Aos litigantes, em processo judicial ou *administrativo*, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (CF, art. 5º, LV). O acréscimo se deu por sugestão do advogado Siqueira Castro e por iniciativa do professor Sérgio Ferraz, que era assessor do relator da Comissão de Sistematização, Bernardo Cabral⁵⁰.

É frequente a administração pública adotar medidas unilaterais contrárias aos interesses dos cidadãos, sem a sua prévia oitiva. Ainda mais comum é o cerceamento do direito de defesa e o indeferimento de pedidos de produção de provas em processos administrativos, amparada na inexistência de previsão legal. Quanto ao primeiro aspecto, o Supremo Tribunal Federal decidiu que “o vocábulo *litigante* há de ser compreendido em sentido lato, ou seja a envolver *interesses contrapostos*. [...] O contraditório e a ampla defesa, assegurados constitucionalmente, não estão restritos apenas àqueles processos de natureza administrativa que se mostrem próprios ao campo disciplinar. O dispositivo constitucional não contempla especificidade”⁵¹.

Sobre a ausência de previsão legal como fundamento para o indeferimento de provas, o STF entende que “assiste, ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como *direta emanção da própria garantia constitucional* do ‘due process of law’ (CF, art. 5º, LIV) – *independentemente, portanto, de haver previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado* –, a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV). – Abrangência da cláusula constitucional do ‘due process of law’, que compreende, dentre as diversas prerrogativas de ordem jurídica que a compõem, o direito à prova”⁵².

E prossegue: “O fato de o Poder Público considerar suficientes os elementos de informação produzidos no procedimento administrativo não legitima nem autoriza a adoção, pelo órgão estatal competente, de medidas que, tomadas em detrimento daquele que sofre a persecução administrativa, culminem por frustrar a possibilidade de o próprio interessado produzir as provas que repute indispensáveis à demonstração de suas alegações e que entenda essenciais à condução de sua defesa.”⁵³

2.2 O acesso à informação

Ainda no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, o art. 5º, XXXIII, da Constituição consagrou que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”. Apesar disso, impera em muitos setores da administração pública a cultura do sigilo, do segredo, como se os assuntos do Estado só interessassem aos governantes e aos membros da repartição. E como se a busca de informações por parte do cidadão fosse uma intromissão indevida em temas que não lhe dizem respeito.

Há não muitos anos, antes da repercussão do escândalo dos *Diários Secretos*⁵⁴, na Assembleia Legislativa do Paraná era necessário solicitar por escrito e fundamentadamente o acesso a atos legislativos que deveriam estar publicados em diário oficial disponível a todos e na internet.

Felizmente o art. 5º, XXXIII, foi regulamentado pela Lei 12.527/11, que estabeleceu a “publicidade como preceito geral e o sigilo como exceção” (art. 3º, I). Como consequência, deve haver “divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações” (art. 3º, II). Apesar da clareza destas normas, a cultura do segredo ainda resiste, a ponto de o BNDES ingressar no Supremo Tribunal Federal invocando o sigilo bancário para não prestar informações solicitadas pelo Tribunal de Contas da União sobre operações financeiras realizadas com recursos públicos. Em lúcido julgado, a 1ª Turma denegou a ordem considerando:

4. Operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a Lei Complementar nº 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal. Em tais situações, é prerrogativa constitucional do Tribunal [TCU] o acesso a informações relacionadas a operações financiadas com recursos públicos.

5. O segredo como “alma do negócio” consubstancia a máxima cotidiana inaplicável em casos análogos ao sub judice, tanto mais que, quem contrata com o poder público não pode ter segredos, especialmente se a revelação for necessária para o controle da legitimidade do emprego dos recursos públicos. É que a contratação pública não pode ser feita em esconderijos envernizados por um arcabouço jurídico capaz de impedir o controle social quanto ao emprego das verbas públicas.⁵⁵

Mas o principal avanço produzido pela Lei 12.527/11 é que ela fixa procedimentos e prazos para a solicitação e o fornecimento das informações, estabelecendo, ainda, que a recusa injustificada do agente público pode configurar infração disciplinar e ato de improbidade administrativa (art. 32). A depender da gravidade da conduta, o servidor pode ser condenado à perda do cargo.

2.3 A proibição do nepotismo

A vedação ao nepotismo é outro avanço derivado da Constituição e, em especial, do art. 37, *caput*, que consagra a moralidade com um dos princípios reitores da administração pública. De acordo com a Súmula Vinculante 13, “a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

Este verbete representa uma verdadeira *revolução silenciosa* nos costumes públicos. Não se descarta que, até a edição dessa súmula, possivelmente havia familiares competentes e honestos prestando bons serviços à administração. Mas a proibição do nepotismo, como regra, restabelece o princípio da igualdade de oportunidades, como é próprio dos regimes republicanos, onde as escolhas devem decorrer do mérito

pessoal e não das relações de afeto. O fim do nepotismo coíbe desvios, protecionismo, privilégios e enfraquece a cultura do patrimonialismo, na qual “o espaço público é tido, sem a menor cerimônia, como extensão do privado”⁵⁶.

2.4 O controle judicial de políticas públicas essenciais

Graças à força normativa dos preceitos constitucionais, o Poder Judiciário tem determinado a efetivação de garantias constitucionais em casos nos quais se constata omissão estatal prolongada. É o caso, por exemplo, do atendimento em creche das crianças até cinco anos de idade.

Além do art. 227 da Constituição consagrar, “com absoluta prioridade”, o direito à educação das crianças, o texto constitucional repete em duas outras oportunidades o direito à creche (art. 7º, XXV, e 208, IV). Apesar disso, é frequente a omissão do Poder Executivo em efetivá-lo com o discurso de que não dispõe de recursos suficientes (“a reserva do possível”). O Supremo reagiu vigorosamente a este argumento, asse-

a educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

(...)

A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.⁵⁷

Esse mesmo controle judicial de políticas públicas tem sido exercitado na efetivação do direito à saúde⁵⁸, implantação da defensoria pública⁵⁹ e aprimoramento do sistema penitenciário⁶⁰, entre outros.

2.5 A pavimentação do caminho em direção a uma sociedade livre, justa e solidária

Além dos exemplos acima citados, que constituem passos importantes na construção de uma administração pública transparente, que atue de modo impessoal, respeite os direitos do cidadão e efetive os direitos sociais, outras iniciativas recentes estão contribuindo para pavimentar o caminho em direção a uma sociedade justa, livre e solidária.

No campo dos direitos políticos, tem-se a lei da ficha limpa (Lei Complementar 135/2010), que regulamenta o art. 14, § 9º, da Constituição e estabelece os casos de inelegibilidade, “a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato”. Outra novidade positiva é a Emenda Constitucional 97/2017, que vedou a celebração de coligações eleitorais nas eleições proporcionais (deputados e vereadores) e *cláusulas de barreiras* para partidos políticos. Com isso, espera-se que haja sensível diminuição dos partidos sem programas ou ideologia, que apenas existem para ter acesso ao fundo partidário e ceder seu tempo de rádio e televisão às grandes legendas, em troca de cargos no futuro governo.

Em prol da probidade na relação entre o poder público e o mercado, houve a declaração de inconstitucionalidade do financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas⁶¹ e a edição da Lei 12.846/13, conhecida como *Lei Anticorrupção*, que incentiva as empresas a implantarem programas de integridade, prevenindo a prática de atos ilícitos. A corrupção é um mal tão grave que não pode ser combatido apenas pelos Estados, sobretudo quando, das 100 maiores economias do mundo, 69 são empresas e só 31 são países⁶².

O zelo na aplicação dos recursos públicos é objeto da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000). A eficiência na gestão das empresas estatais, até então dominada por grupos políticos e econômicos, é o objetivo da Lei 13.303/16, que regulamenta o art.

173, § 1º, da Constituição e estabelece o estatuto jurídico das empresas públicas e das sociedades de economia mista. Este diploma veda a utilização das estatais para fins eleitoreiros e impõe critérios técnicos para a nomeação dos seus administradores, os quais não podem estar vinculados a partidos políticos.

Por fim, deve ser saudado o advento da Lei 13.140/15, que possibilita a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público. A judicialização desnecessária, além de impor custos ao erário, asfixia o Poder Judiciário e conduz à eternização dos litígios. Consoante o magistério de Juarez Freitas, “urge ter *predisposição à resolução administrativa dos conflitos*”. Transcendendo o “nefasto fluxo de atitudes adversariais, cumpre, pois, estimular uma gestão pacificadora e ética, atenta à raiz das disputas e capaz de negociação levada a cabo com celeridade e transparência”⁶³.

3. Uma esperança: a superação da crônica ineficiência do Estado brasileiro

Ao contrário do que as linhas acima poderiam sugerir num exame apurado, nem tudo são flores. A primeira parte do presente artigo dedicou-se a demonstrar um pouco do contexto em que fora concebida a nossa Constituição e a segunda, os avanços institucionais havidos desde a sua promulgação. O país caminha na direção certa. E como diz o poema *Mude*, de Edson Marques, “a direção é mais importante que a velocidade”⁶⁴. Mas é preciso apurar o passo.

Para tanto, um problema que deve ser enfrentado com absoluta prioridade, sobretudo porque o país atravessa uma grave crise econômica e fiscal, é a crônica e histórica ineficiência do Estado brasileiro, que alcança, sem exceções, a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios. Basta dizer que as perdas da Petrobras por falhas de planejamento foram muito superiores às decorrentes da prática de crimes em larga escala⁶⁵.

O governo federal gasta com o pagamento de servidores cerca de 39% de sua receita⁶⁶. Nos estados esse percentual sobe para, em média,

59%⁶⁷. Estatísticas do IBGE revelam que a remuneração dos agentes públicos é maior do que a dos profissionais de empresas privadas⁶⁸. Apesar disso, a experiência demonstra que, não raro, há órgãos sem funcionários capazes de, por exemplo, elaborar um edital que atenda as exigências da lei de licitações. Parcerias público-privadas, arrendamentos portuários e licenças ambientais simplesmente não saem do papel porque não há servidores em condições de desenvolver os complexos projetos e estudos que incumbem à administração, lembrando bem-

Urge, pois, dar efetividade às diretrizes da reforma administrativa, iniciada com a Emenda Constitucional 19/98, e que, vinte anos depois, não passam de proclamações otimistas

-humorado o vaticínio de Milton Friedman: “Se você incumbir o governo federal de cuidar do deserto do Saara, em cinco anos faltará areia”⁶⁹.

Na obra *A Quarta Revolução: a corrida global para reinventar o Estado*, os autores John Micklethwait e Adrian Woolridge, da centenária revista inglesa *The Economist*, examinam o passado e o presente de diversos países da América, da Europa e do Oriente. E concluem que uma das formas de consertar o *Leviatã* consiste na instituição de mecanismos de competição no serviço público e no preenchimento dos altos cargos com base no mérito. Para tanto, é

fundamental que o Estado ofereça meios para a qualificação dos seus agentes.

Na China, os servidores públicos devem passar por três meses de treinamento a cada cinco anos. Os cursos da Academia Chinesa de Liderança Executiva são frequentados por mais de 10 mil pessoas por ano. “Os temas variam desde aqueles que são relativamente simples, como a maneira mais conveniente de demolir casas para viabilizar projetos de infraestrutura, até os mais complexos, como o desenvolvimento de sistemas de aposentadoria e pensões mais equitativos”⁷⁰. Apesar das inaceitáveis violações ao princípio democrático, aos direitos humanos e ao meio ambiente, o capitalismo de estado chinês ostenta impressionantes índices de crescimento. E os exemplos não se resumem a este, tendo a

meritocracia produzido bons resultados na Austrália, Cingapura, Finlândia, Inglaterra e Suécia.

Urge, pois, dar efetividade às diretrizes da reforma administrativa, iniciada com a Emenda Constitucional 19/98, e que, vinte anos depois, não passam de proclamações otimistas. Primeiro, regulamentando o art. 37, V, da Constituição, com a definição clara das condições e percentuais mínimos de preenchimento dos cargos em comissão por servidores de carreira. Invariavelmente, tais cargos são destinados a cabos eleitorais. Deve-se, ainda, instituir escolas de governo para formação e aperfeiçoamento na carreira, sendo a participação em seus cursos requisito para a promoção, como determina o art. 39, § 2º, da Constituição. E, por fim, é imperioso implementar a avaliação periódica a que alude o art. 41, § 1º, III, do texto constitucional, de tal forma que o desempenho reiteradamente insatisfatório possa levar mesmo o servidor estável à demissão. Não por acaso, os órgãos que minimamente têm observado tais preceitos (Judiciário, Ministério Público e Polícia Federal) são hoje os principais responsáveis pelo combate à corrupção e pelo aprimoramento da gestão pública.

Somente com a instituição de um regime meritocrático no serviço público, que incentive o aprimoramento dos servidores, avalie o desempenho, premiando a eficiência e sancionando a displicência, poderá ser invertida a equação atual pela qual o Estado exige cada vez mais dos cidadãos por meio de impostos e obrigações, oferecendo cada vez menos.

Notas

1. Francisco Zardo. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Advogado e Sócio do Escritório Professor René Dotti, onde coordena o Núcleo de Direito Administrativo. Conselheiro e Diretor Financeiro do Instituto dos Advogados do Paraná (2019/2021). Coordenador de Direito Público da Escola Superior de Advocacia e Presidente da Comissão de Gestão Pública, Transparência e Controle da OAB/PR. Professor de Direito Administrativo em cursos de pós-graduação.
2. CARVALHO, Luiz Maklouf. 1988: Segredos da Constituinte. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2017.
3. SILVA, José Afonso da. *Constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 83.

4. *Idem*, p. 84.
5. CARVALHO, Luiz Maklouf. 1988: Segredos da Constituinte. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2017. p. 136.
6. CARVALHO, Luiz Maklouf. 1988: Segredos da Constituinte. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2017. p. 298.
7. *Idem*, p. 21.
8. *Idem*, p. 136.
9. CARVALHO, Luiz Maklouf. 1988: Segredos da Constituinte. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2017. p. 294.
10. *Idem*, p. 291.
11. *Idem*, p. 21.
12. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional – teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 163.
13. CARVALHO, Luiz Maklouf. 1988: Segredos da Constituinte. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2017. p. 204. Aos 49 nove membros da Comissão de Sistematização se somariam os 24 relatores das subcomissões, os 8 presidentes e os 8 relatores das Comissões, totalizando 89 membros. Posteriormente o quórum foi ampliado para 93, a fim de que todos os partidos tivessem ao menos uma vaga.
14. *Idem*, p. 127.
15. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional – teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 165.
16. CARVALHO, Luiz Maklouf. 1988: Segredos da Constituinte. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2017. p. 127.
17. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional – teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 167.
18. CARVALHO, Luiz Maklouf. 1988: Segredos da Constituinte. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2017. p. 250.
19. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional – teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 163.
20. CARVALHO, Luiz Maklouf. 1988: Segredos da Constituinte. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2017. p. 182.
21. *Idem*, p. 387.
22. *Idem*, p. 389.
23. *Idem*, p. 23.
24. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional – teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 163.

25. CARVALHO, Luiz Maklouf. 1988: Segredos da Constituinte. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2017. p. 52.
26. *Idem*, p. 65.
27. *Idem*, p. 314.
28. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional – teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 166.
29. BARROSO, Luís Roberto. *Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que chegamos*. In: Temas de Direito Constitucional, Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 17.
30. CARVALHO, Luiz Maklouf. 1988: Segredos da Constituinte. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2017. p. 207.
31. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Paz e Terra, 1989. p. 462.
32. CARVALHO, Luiz Maklouf. 1988: Segredos da Constituinte. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2017. p. 384.
33. CARVALHO, Luiz Maklouf. 1988: Segredos da Constituinte. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2017. p. 272/273.
34. *Idem*, p. 57.
35. *Idem*, p. 424.
36. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional – teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 168.
37. CARVALHO, Luiz Maklouf. 1988: Segredos da Constituinte. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2017. p. 211.
38. *Idem*, p. 332.
39. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/regulamentacao/dispositivos. Acesso em 30/01/2018.
40. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituin-te-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>. Acesso em 30/01/2018.
41. HAIDAR, Rodrigo. Para o ministro Marco Aurélio Mello, Constituição virou periódico. *Último Segundo*, 16 nov. 2009. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/para-o-ministro-marco-aurelio-mello-constituicao-vice-riodico/n1237612438159.html>. Acesso em 30/01/2018.
42. MOREIRA, Egon Bockmann. Os 29 anos da Constituição que não é a de 1988. *Gazeta do Povo*, 10 out. 2017. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/justica/colunistas/egon-bockmann-moreira/os-29-anos-da-constituicao-que-nao-e-a-de-1988-dg3pxpk2482z6dferlmluhrlt>. Acesso em 30/01/2018.
43. RUEDIGER, Marco Aurélio (Coord.). O dilema do brasileiro [recurso eletrônico]: entre a descrença no presente e a esperança no futuro. Rio de Janeiro: FGV, DAPP, 2017. Disponível em: <http://dapp.fgv.br/wp-content/uploads/2017/10/>

- FGV_DAPP_dilema_WEB_PORT_2017-10_25_DV.pdf Acesso em 30/01/2018.
44. Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 480.
 45. OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 281.
 46. ZARDO, Francisco. *Infrações e Sanções em licitações e contratos administrativos: com as alterações da lei anticorrupção (Lei 12.846/2013)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 36.
 47. AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*, vol. I. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 157.
 48. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 399.
 49. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 140.
 50. CARVALHO, Luiz Maklouf. 1988: Segredos da Constituinte. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2017. p. 315.
 51. STF, 2ª Turma, RE nº 199.773/MG, rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 30/4/99.
 52. STF, 2ª Turma, RMS nº 28517 AgR/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ. 02/05/2014.
 53. STF, 2ª Turma, RMS nº 28517 AgR/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ. 02/05/2014.
 54. Diários Secretos. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/especiais/diarios-secretos/>. Acesso em 31/01/2018.
 55. STF, 1ª Turma, MS nº 33340/DF, rel. Min. Luiz Fux, DJ. 03/08/2015.
 56. FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 188.
 57. STF, 2ª Turma, ARE nº 639337 AgR/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJ. 15/09/2011.
 58. STF, 1ª Turma, ARE nº 701353 AgR/RN, rel. Min. Luiz Fux, DJ. 12/09/2016.
 59. STF, 2ª Turma, AI nº 598212 ED/PR, rel. Min. Celso de Mello, DJ. 24/04/2014.
 60. STF, Pleno, ADPF nº 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 19/02/2016.
 61. STF, Pleno, ADI nº 4650/DF, rel. Min. Luiz Fux, DJ. 24/02/2016.
 62. GALINDO, Cristina. Quando as empresas são mais poderosas que os países. *El País*, 08 nov. 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/03/economia/1509714366_037336.html. Acesso em 31/01/2018.
 63. FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 222.
 64. MARQUES, Edson. *Mude*. Disponível em: https://www.pensador.com/autor/edson_marques/. Acesso em 10/04/2018.
 65. LANNOY, Carlos de. Petrobras divulga balanço; perda com corrupção chega a R\$ 6 bilhões. *Jornal da Globo*, 23 abr. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2015/04/petrobras-publica-balanco-e-perdas-totais-chegam-r-508-bilhoes.html>. Acesso em 31/01/2018.
 66. ALVES, Murilo Rodrigues. Governo gasta 39,2% de suas receitas no pagamento de servidores públicos. *O Estado de S. Paulo*, 26 mar. 2016. Disponível em:

- <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,governo-gasta-39-2-de-suas-receitas-no-pagamento-de-servidores-publicos,10000023309>. Acesso em 31/01/2018.
67. FERNANDES, Adriana; TOMAZELL, Idiana. Gasto com pessoal consome 60% da receita dos estados. *O Estado de S. Paulo*, 17 ago. 2017. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,gasto-com-pessoal-consome-60-da-receita-dos-estados,70001939477>. Acesso em 31/01/2018.
68. MÉDIA salarial de servidores públicos a chega a ser dez vezes a do setor privado. *Época Negócios*, 27 nov. 2016. Disponível em: <http://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2016/11/media-salarial-de-servidores-publicos-chega-ser-dez-vezes-do-setor-privado.html>. Acesso em 31/01/2018.
69. FRIEDMAN, Milton. *Apud*: MICKLETHWAIT, John; WOOLRIDGE, Adrian. *A quarta revolução: a corrida global para reinventar o Estado*. São Paulo: Penguin, 2015. p. 85.
70. MICKLETHWAIT, John; WOOLRIDGE, Adrian. *A quarta revolução: a corrida global para reinventar o Estado*. São Paulo: Penguin, 2015. p. 11

Referências

- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*, vol. I. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- ALVES, Murilo Rodrigues. Governo gasta 39,2% de suas receitas no pagamento de servidores públicos. *O Estado de S. Paulo*, 26 mar. 2016. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,governo-gasta-39-2-de-suas-receitas-no-pagamento-de-servidores-publicos,10000023309>>. Acesso em: 31 jan. 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. In: *Temas de Direito Constitucional*, Tomo IV, p. 3-60. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. Brasília: Paz e Terra, 1989.
- CARVALHO, Luiz Maklouf. 1988: *Segredos da Constituinte*. Os vinte meses que agitarão e mudaram o Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2017.
- DIÁRIOS SECRETOS. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/especiais/diarios-secretos/>>. Acesso em: 31 jan. 2018.
- FERNANDES, Adriana; TOMAZELL, Idiana. Gasto com pessoal consome 60% da receita dos estados. *O Estado de S. Paulo*, 17 ago. 2017. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,gasto-com-pessoal-consome-60-dareceita-dos-estados,70001939477>>. Acesso em: 31 jan. 2018.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

- GALINDO, Cristina. Quando as empresas são mais poderosas que os países. *El País*, 08 nov. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/03/economia/1509714366_037336.html>. Acesso em: 31 jan. 2018.
- Haidar, Rodrigo. Para o ministro Marco Aurélio Mello, Constituição virou periódico. *Último Segundo*, 16 nov. 2009. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/para-o-ministro-marco-aureliomelloconstituicao-virou-periodico/n1237612438159.html>>. Acesso em: 30 jan. 2018.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- LANNON, Carlos de. Petrobras divulga balanço; perda com corrupção chega a R\$ 6 bilhões. *Jornal da Globo*, 23 abr. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2015/04/petrobras-publica-balanco-e-perdas-totais-chegam-r-508-bilhoes.html>>. Acesso em: 31 jan. 2018.
- MÉDIA salarial de servidores públicos a chega a ser dez vezes a do setor privado. *Época Negócios*, 27 nov. 2016. Disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2016/11/media-salarial-deservidores-publicos-chega-ser-dez-vezes-do-setor-privado.html>>. Acesso em: 31 jan. 2018.
- MICKLETHWAIT, John; WOOLRIDGE, Adrian. *A quarta revolução: a corrida global para reinventar o Estado*. São Paulo: Penguin, 2015.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Os 29 anos da Constituição que não é a de 1988. *Gazeta do Povo*, 10 out. 2017. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/justica/colonistas/egon-bockmann-moreira/os-29-anos-da-constituicao-que-nao-e-a-de-1988-dg3pxpk2482z6dferlmluhlrt>>. Acesso em 30 jan. 2018.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 281.
- RUEDIGER, Marco Aurélio (Coord.). *O dilema do brasileiro [recurso eletrônico]: entre a descrença no presente e a esperança no futuro*. Rio de Janeiro: FGV, DAPP, 2017. Disponível em: <http://dapp.fgv.br/wpcontent/uploads/2017/10/FGV_DAPP_dilema_WEB_PORT_2017-10-25_DV.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2018.
- SILVA, José Afonso da. *Constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional – teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- ZARDO, Francisco. *Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos: com as alterações da lei anticorrupção (Lei 12.846/2013)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

A impenhorabilidade da pequena propriedade rural no Brasil

Gamaliel Seme Scaff¹

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Resumo: O presente trabalho sustenta a *impenhorabilidade* absoluta da *pequena propriedade rural* no Brasil por força de disposição expressa no inciso XXVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988, em face de dívidas do agricultor familiar, seja decorrente de sua atividade produtiva ou não. Para tanto, mostra o caminho e a fórmula para identificar se uma propriedade rural, aos olhos da lei brasileira, pode ser classificada como pequena e, de consequência, beneficiária da proteção constitucional (*impenhorabilidade*). A partir desse conhecimento, desafia advogados e juízes a darem efetividade à proteção do texto maior à *pequena propriedade rural*.

Introdução

A AGRICULTURA SEMPRE TEVE E TERÁ PAPEL ESTRATÉGICO na economia de qualquer país, independentemente da ideologia que abraça. E se há um aspecto no planeta em que absolutamente todos os homens se assemelham é no trato da terra – independentemente do regime ideológico sob o qual vivam –; é no cultivo desse lindo *jardim suspenso* no espaço, ladeado por esse grande deserto que é a Via Láctea, a espelhar nossa pequenez e grandeza a um só tempo.

As relações econômicas entre nações têm sobrevivido aos extremismos ideológicos que ocuparam cerca de $\frac{3}{4}$ do século 20, extremismos esses que arrefeceram na sua última fração de tempo, cedendo espaço ao desejo de mais liberdade ao homem e a todos os homens. Liberdade com dignidade. Símbolo desse arrefecimento foi a queda do muro de Berlim.

Depois da queda do muro de Berlim, a geopolítica mundial foi definitivamente redesenhada, conforme traços que já vinham se antecipando àquele evento, de sorte que o mundo hoje, do ponto de vista político, está menor e mais parecido. Os homens parecem estar mais próximos, se (re)conhecendo mais, se sentindo mais semelhantes ou, quando não, menos diferentes.

As relações econômicas entre nações têm sobrevivido aos extremismos ideológicos que ocuparam cerca de $\frac{3}{4}$ do século 20

A humanidade vem percebendo paulatinamente que, apesar da diversidade étnica existente no planeta, nossas semelhanças são galaxialmente mais numerosas do que nossas diferenças e que onto-

logicamente o que mais nos afastava uns dos outros era a ignorância para o além de nós.

Diante dessa nova percepção, as nações vêm se comunicando cada vez mais por meio de um comércio livre e salutar, a despeito das diferenças ideológicas que ainda permanecem. Essas relações de comércio também foram afetadas pela *globalização* da economia.

Com efeito, apesar do susto inicial causado em muitas terras pela abertura dos mercados pela *globalização* – e das distorções por ela geradas que ainda demandam reparos –, as economias das nações continuam na busca de um equilíbrio interno-externo.

Nessa direção, vemos o marxismo chinês dando sinais de uma saudável flexibilização rumo à prática gradual de um capitalismo controlado e, na outra ponta ideológica, vemos os Estados Unidos da América assumindo uma atitude de humildade e inteligência ao contrariar dogmas longevos de sua política interna quando praticou intervenção estatal para salvar o sistema financeiro de um colapso

iminente em 2008 ao reconhecer que essa era a única coisa que podia ser feita nas circunstâncias, para evitar consequências ainda mais devastadoras à economia mundial. Como bem sustenta a famosa ética de Aristóteles, a virtude parece estar na mediania.

No Brasil também se tem experimentado o novo, especialmente depois da Constituição de 1988, sem dúvida o mais importante acontecimento político de sua história recente. No dizer do constitucionalista José Afonso da Silva,

se formos ao rigor dos conceitos, teremos que concluir que, a partir da Constituição de 1988, a ordem econômica brasileira, ainda de natureza periférica, terá de empreender a ruptura de sua dependência em relação aos centros capitalistas modernos desenvolvidos. Esta é uma tarefa que a Constituinte, em última análise, confiou à burguesia nacional, na medida em que constitucionalizou uma ordem econômica de base capitalista. Vale dizer, o constituinte de 1988 não rompeu com o sistema capitalista, mas quis que formasse um capitalismo nacional autônomo, isto é, não dependente.²

Esse capitalismo *não dependente* tem seu eixo de rotação firmado nos *princípios fundamentais da república brasileira*³, assentados no art. 3º da Constituição e claramente *direcionados* para alvos preestabelecidos (normas programáticas) de cunho eminentemente social, a saber: [i] para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; [ii] para garantia do desenvolvimento nacional; [iii] para erradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; [iv] para promover o *bem de todos*, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Em suma, a Constituição Brasileira de 1988 se propõe à construção de um *capitalismo humanista* em que o antropocentrismo do capitalismo clássico (liberalismo ou neoliberalismo econômico puro), fortemente orientado pela lei da seleção natural concebida por Charles Darwin – em que só os mais fortes sobrevivem –, cede

lugar para um novo modelo, um modelo melhor em que não mais *um* homem (antropocentrismo), mas *todos* os homens irmanados (humanismo antropofílico) devem estar no centro difuso desse novo modelo. A esse respeito, encontramos a excelente doutrina de Ricardo Sayeg e Wagner Balera, professores eméritos da Pontifícia Universidade Católica na pulsante São Paulo, que assim sintetizam tal pensamento:

Esse estado de coisas representa, sem mais nem menos, a transposição para a economia, e sob a complacência do direito, da lei biológica da seleção natural de Darwin – em que prevalecem no estado de natureza a selvageria e a desumanidade, sobrevivendo o mais apto com o descarte do inapto. [...] Alan Greenspan – ex-presidente do Banco Central dos Estados Unidos da América – é um dos que defenderam tal viés: o mercado destrói, mas reinventa tudo para melhor, incluídos o homem e o planeta. Trata-se do radical fundamentalismo de mercado, cuja fé em si mesmo parecia apta a absorver todos os males. Isto é, no entanto, abominável. O homem – e todos os homens – não pode ser destruído e reinventado. Os destruídos são os mortos e os excluídos, os flagelados pela fome e pela miséria que somam mais de um bilhão de seres humanos, e não é que o mercado os absorva: simplesmente, já que a vida é finita, desaparecem da face da terra. Para os excluídos, em outras palavras, a morte é, via de regra, a única perspectiva de libertação, o que é inaceitável [...] e a melhor resposta é a humanização da economia de mercado, deslocando deontologicamente o capitalismo neoliberal⁴: do seu ser – que corresponde ao estado de natureza, selvagem e desumano – para o dever-ser da concretização multidimensional dos direitos humanos mediante a universal dignificação da pessoa humana.⁵

Jacques Attali, respeitado intelectual francês, fundador e primeiro presidente do Banco Europeu para Reconstrução e Desenvolvimento (Berd), aponta que, “em 1873, Charles Darwin recusa a

dedicatória de *O Capital* que Karl Marx lhe anuncia: essa não é sua área, observa ele, prudentemente”⁶. Ao que parece Karl Marx teria percebido certa correlação entre a obra de ambos, o que confirma a assertiva dos autores paulistas.

Na Espanha, ao que parece, o quadro é de semelhante amadurecimento, segundo doutrina a mestra Nuria Belloso Martín:

Nuestra Constitución, como la francesa, opta por una solución que combina la soberanía popular con la soberanía nacional. El artículo 1.2 CE dice así: “La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”. Asimismo, en este artículo 1 se recoge una importante caracterización de nuestro Estado social y democrático de Derecho: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho”[...] Indica además que este compromiso entre la garantía de la constitución económica realmente existente y la producción de sociabilidad es la que se expresa en la fórmula Estado social, que tiene posteriormente una serie de ramificaciones a lo largo del texto constitucional. Así por ejemplo, el artículo 92 CE contiene un mandato general a los poderes públicos para que actúen en el sentido de remover los obstáculos que impidan el ejercicio real y efectivo de los principios de los principios de libertad e igualdad. Asimismo, la Constitución contiene una referencia a la “función social” de los derechos de propiedad privada y herencia como “delimitación de su contenido” (art. 33.2 CE) y contiene un Capítulo íntegro, el Capítulo III del Título I, que lleva por rúbrica, “De los principios rectores de la política social y económica”. Por último, en el Título VII, especialmente en los artículos 128 y 131 CE, se contienen referencias a la subordinación de toda la riqueza, cualquiera que sea su titularidad, al interés general, previéndose incluso el uso mediante ley de la planificación.⁷

Também Pérez Luño, mencionado no texto citado, traz a seguinte síntese a explicar essa evolução na Espanha:

Es así que hasta llegar a la fórmula de nuestra actual Constitución, Estado social y democrático de Derecho, se ha pasado por diversas vicisitudes y etapas. La primera fue la configuración del Estado liberal. Se presenta una aparente despolitización del Estado para garantizar el *laissez faire*, para asegurar jurídicamente el libre juego de los intereses económicos. El Estado liberal de Derecho funciona como un Estado al servicio de la burguesía, de manera que se reconoce una libertad e igualdad en el plano formal, que no tiene correspondencia en lo social y económico. Sin embargo, tanto el individualismo, como el apoliticismo y neutralidad del Estado liberal de Derecho, no podía satisfacer la exigencia de libertad e igualdad reales de los sectores social y económicamente deprimidos de forma que, las diversas transformaciones socio-económicas dan lugar a una serie de conflictos de clase, hasta llegar al Estado social de Derecho.⁸

E é nesse escopo que a Constituição brasileira estabeleceu no art. 192 que “o sistema financeiro nacional, *estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade*, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram”.

Mas como os governantes sabem que nenhuma nação livre consegue fomentar o seu próprio desenvolvimento sem a imprescindível participação da atividade bancária, sabido também que os banqueiros são eficientes em emprestar e cobrar seus créditos mediante as garantias que tomam, sabido igualmente que, via de regra, o agricultor familiar brasileiro não dispõe de suficientes *recursos próprios* para proteger-se contra as recorrentes vicissitudes que assolam sua produção por fatores climáticos, mercadológicos ou mesmo escassez de crédito (a elevar os juros), o legislador constituinte incluiu no texto constitucional um importantíssimo mecanismo de proteção legal em favor do pequeno agricultor e sua família em face de dívidas contraídas e não pagas, a saber: a *impenhorabilidade da pequena propriedade rural*.

Todavia, não obstante a grandeza da importância desse instituto, verdadeiro direito potestativo do pequeno agricultor familiar brasileiro, causa espanto observar que é enorme a ausência dessa arguição de modo eficaz por parte dos advogados dessa classe de devedores nas execuções que lhes são promovidas. Também juízes de primeiro e segundo grau de jurisdição tendem a replicar esse comportamento de ausência processual nessa matéria.

A razão desse comportamento reside num certo grau de dificuldade identificado na *necessidade de se realizar um silogismo a partir de elementos externos ao processo* – mas disponibilizados à coletividade por órgãos de governo –, obrigando a uma atividade intelectual complementar que não se encontra explicitamente enunciada na norma e sem a qual o conceito que possa ser entendido como *pequena propriedade rural* fica vagando na incerteza das abstrações de cada intelecto. Por certo, é em razão da subjetividade desse conceito no texto constitucional brasileiro que os advogados não arguem tal direito como matéria de defesa com maior frequência, nem os juízes procedem com facilidade ao julgamento dela.

Tornar objetiva a análise do enquadramento de uma propriedade rural – ao fito de saber se pode ser classificada perante a lei como pequena e, portanto, *impenhorável* –, demonstrando a forma de se chegar a essa constatação, lançando alguma luz sobre esse instituto aos olhos de interessados e, por derradeiro, desafiando advogados e julgadores a dar efetividade à proteção do texto maior à *pequena propriedade rural*, é o modesto escopo deste trabalho.

Para se compreender o porquê dessa proteção que o Estado brasileiro estabeleceu na Constituição de 1988 para a *pequena propriedade rural* trabalhada pela família do agricultor, é oportuno conhecer um pouco da história das transformações ocorridas na sociedade brasileira, especialmente a partir da década de 1930.

As nações vêm se comunicando cada vez mais por meio de um comércio livre e salutar, a despeito das diferenças ideológicas que ainda permanecem

Breve retrospectiva histórica

Já nos tempos do descobrimento do Brasil por Pedro Álvares Cabral, no período das grandes navegações, nos idos de 1500, a vocação do país para a agricultura foi destacada na histórica carta de Pero Vaz de Caminha ao trono de Portugal ao registrar: “Nesta terra, em se plantando, tudo dá”.

De fato, a terra brasileira é generosa e onde essa generosidade não é maior, diante da extensão continental do país, a pesquisa científica agropecuária tem oferecido compensações extraordinárias, seja pelo desenvolvimento de sementes adequadas (cultivares) a cada clima e solo, seja pelo planejamento e implantação de técnicas de irrigação no árido e semiárido⁹ brasileiro, seja ainda pela inovação tecnológica de máquinas e equipamentos das empresas instaladas no país a possibilitar em muitos estados da federação¹⁰ a agricultura de escala de cultivares que de outro modo não seriam economicamente viáveis.

Segundo Fernando Curi Peres, na década de 1930, a população brasileira na sua maior parte (80%) ocupava a região rural e apenas 20% as cidades. Mediante políticas estratégicas (mas sob muitos aspectos perversa à população do campo), Getúlio Vargas intencionalmente alterou essa equação com incentivos de qualidade de vida (apenas) para os cidadãos das cidades (direitos trabalhistas e previdenciários)¹¹, financiamentos de casa própria a juros subsidiados, com estruturação de escolas públicas de qualidade, tudo com o objetivo de industrializar o Brasil, atraindo mão de obra para trabalhar nas cidades. Assim, “financiou” a industrialização dos grandes centros urbanos mediante a taxação à exportação da agricultura brasileira, além de controlar o câmbio de modo a favorecer a importação de máquinas e equipamentos voltada a formar e desenvolver o então incipiente parque industrial nacional. Um dos efeitos colaterais nefastos foi o empobrecimento do agricultor brasileiro¹².

No entanto, as pequenas propriedades rurais continuam a existir em grande número, absorvendo mão de obra com uma produção mais voltada para o consumo interno do país. Na verdade, esses movi-

mentos migratórios e as novas tecnologias acabaram por redesenhar o campo brasileiro de sorte que, como afirma Renato M. Buranello,

ocorreu um pequeno aumento na concentração agrária. No entanto, ela, na prática, é uma consequência da modernização do agronegócio, sem a qual não seria possível o aumento na produtividade. De fato, não se pode negar a importância dos pequenos agricultores no cultivo de alimentos típicos no prato dos brasileiros como feijão, legumes e a mandioca. Contudo, são os grandes produtores que dominam as exportações, vitais para o fluxo internacional de capitais.¹³

Se por um lado os grandes agricultores dominam as exportações, por outro são os pequenos agricultores, atores mais frágeis nesse contexto, que ocupam mão de obra em grande número no campo e abastecem de alimentos (em maior proporção) o país.

O pequeno agricultor familiar e a Constituição Federal de 1988

Até o início da década de 1990 – mais precisamente até julho de 1994, quando foi implantado o Plano Real no governo do Presidente Itamar Franco, a partir do qual houve a estabilização da economia com o controle definitivo da inflação –, junto com a inflação elevada, era alto o nível de endividamento das famílias de classe média no Brasil, tanto nas cidades como no campo. Muitos devedores estavam perdendo suas casas nas cidades e suas propriedades nos campos por conta de endividamento com o setor financeiro.

Antes disso, fato novo e revigorador para a vida política nacional no Brasil foi a retomada do processo de redemocratização das instituições no país a partir de 1985 quando, depois de mais de 20 anos de regime militar, tomou posse o primeiro governo civil, Presidente José Sarney, convocando uma Assembleia Nacional Constituinte que resultou na histórica Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 em vigor: a Constituição cidadã¹⁴.

E é na Constituição Federal de 1988 que se encontra estabelecida a *impenhorabilidade* como regra de proteção à *pequena propriedade rural*, desde que trabalhada pela família, com o fito de proteger pequenos agricultores (agricultura familiar) endividados em face das constantes intempéries da economia nacional. Assim está disposto na Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXVI – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

Tendo havido previsão constitucional da impenhorabilidade *apenas* para a *pequena propriedade rural* (não a prevendo para imóveis urbanos), foi a *impenhorabilidade do imóvel urbano* que primeiro chegou aos tribunais do país pela edição da Lei 8.009/90.

A despeito do inestimável avanço social propiciado pela lei que estabeleceu como regra geral a única residência do *devedor urbano* como “bem de família” (Lei 8.009/90) e, portanto, impenhorável, pendia a necessidade de se definir com plenitude que tipo de propriedade rural poderia ser enquadrada como *pequena*¹⁵. Sim, diferentemente da hipótese de um imóvel residencial que se presta como abrigo da família de um devedor, a dispensar qualquer exercício de interpretação, era necessário saber o que poderia ser considerado como *pequena propriedade rural* e mais, “trabalhada pela família”, conforme exigência do texto constitucional.

No Brasil, essa definição deveria vir inexoravelmente atrelada ao conceito de “propriedade familiar rural”, desde há muito tempo fixado no Estatuto da Terra (Lei 4.504/64) no inciso II do art. 4º, nos seguintes termos:

o imóvel rural que, direta e pessoalmente, explorado pelo agricultor e sua família, lhes absorva toda força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, com área máxima fixada para cada região e tipo de exploração, e eventualmente trabalhado com ajuda de terceiros.

Por sua vez, o conceito de *propriedade familiar rural* trazia atrelado a si a ideia de fixação de uma área máxima a ser trabalhada e definida para cada região de acordo com o tipo de exploração feita, obviamente em face da produtividade do solo. Em se tratando do território brasileiro, um trabalho hercúleo para o Incra – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária.

Assim, a definição de *pequena propriedade rural*, a ser estabelecida em lei ordinária, mencionada no texto constitucional, forçosamente teria de abranger e considerar o conceito de *propriedade familiar rural*, conteúdo que a Lei 8.009/90 não tinha como trazer porque voltada a tutelar os *bens de família urbanos*, principalmente. De qualquer modo, é de se louvar o cuidado do então ministro da Justiça em não deixar de fora da Lei 8.009/90 ao menos alguma proteção à família de produtor rural enquanto norma específica não vinha, ao dispor no § 2º do art. 4º o seguinte:

§ 2º Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural.

Obviamente, já se caminhava para a ideia de uma “área limitada como pequena propriedade rural”. Essa definição de *pequena propriedade rural* demandaria um esforço específico e uma forma de medir as propriedades. Isso foi definido pela adoção de uma unidade de medida denominada *Módulo Fiscal*, que já existia, estabelecida por uma lei de 1979, Lei 6.746, unidade de medida essa que era expressa em *hectare*, fixada para cada município no Brasil, e que levava em conta os seguintes elementos:

- tipo de exploração predominante no município;
- a renda obtida com a exploração predominante;
- outras explorações existentes no município que, embora não predominantes, sejam expressivas em função da renda ou da área utilizada; e
- conceito de propriedade familiar.

Conforme consta de trabalho da Embrapa (Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária),

o módulo fiscal representa uma unidade de medida instituída pelo INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária) para indicação da extensão mínima das propriedades rurais consideradas áreas produtivas economicamente viáveis, o que depende do município em que cada uma está localizada. [...] O tamanho do módulo fiscal varia de 5 a 110 hectares, conforme o município.¹⁶

Finalmente, no ano de 1993, foi promulgada a Lei 8.629/93, que fixou critérios para a desapropriação de grandes propriedades rurais (latifúndios) que fossem improdutivas para fins de reforma agrária¹⁷, proibindo tal possibilidade sobre as *pequenas e médias propriedades rurais*. Para tanto, teve de classificá-las definindo as dimensões do que, nos termos da lei, dever-se-ia entender por *pequena, média e grande propriedade rural* da maneira seguinte:

QUANTO À DIMENSÃO

I – Pequena Propriedade – imóvel rural de área compreendida entre 1 (um) e 4 (quatro) módulos fiscais;

II – Média Propriedade – imóvel rural de área superior a 4 (quatro) e até 15 (quinze) módulos fiscais;

III – Grande Propriedade – imóvel rural de área superior a 15 (quinze) módulos fiscais.

Portanto, essa lei ordinária que estabeleceu como *pequena propriedade rural* aquela com área compreendida entre 1 (um) e 4 (quatro) *módulos fiscais*, possibilitou de vez a aplicação da norma de proteção constitucional.

As normas processuais também tiveram de ser ajustadas e foram. “Módulo rural” era a dicção utilizada até então no processo civil ao tratar da penhora da pequena propriedade rural, restringindo a impenhorabilidade a apenas “um módulo rural”. Mas o CPC (Código de Processo Civil) era de 1973 (em vigor desde 1974). Com a promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, aquela disposição do CPC ficou em flagrante desalinho.

Além do mais, o texto processual que dava trato à questão era contraditório, pois no *caput* parecia encabeçar hipótese de impenhorabilidade “absoluta” para logo em seguida, no inciso referente ao imóvel rural, “ressalvar” a possibilidade da penhora quando de financiamento agropecuário garantido por hipoteca. Portanto, a “absoluta” impenhorabilidade do imóvel rural era em verdade “relativa”. O novo texto não elencou exceção alguma, no que andou bem.

Portanto, com a promulgação da Lei 6.829/93, definindo o que viria a ser pequena propriedade rural e adotando o “módulo fiscal” como unidade de referência, a terminologia “módulo rural” das normas de processo ficou em conflito claro, razão pela qual houve reforma legislativa na norma processual no CPC neste ponto.

Até então, era o inciso X do art. 649 do Código de Processo Civil de 1973 que assim estabelecia:

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

[...]

X – o imóvel rural, até um módulo, desde que este seja o único de que disponha o devedor, ressalvada a hipoteca para fins de financiamento agropecuário;

Com a reforma sobre esse artigo operada pela Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006, a qual inclusive reposicionou topograficamente o inciso referente à questão, tirando-a do inciso X e reposicionando-a no inciso VIII, agora em sintonia e simetria com o dispositivo constitucional e a lei ordinária regulamentadora, assim ficou constando o texto:

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

[...]

VIII – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

Com a reforma, o novo Código de Processo Civil (2015) não alterou essa disposição, assim fazendo constar no art. 833:

Art. 833. São impenhoráveis:

[...]

VIII – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

O NCPC trouxe ainda inserções arrastadas da Lei 8.009/90 e da interpretação jurisprudencial, *excepcionando* algumas hipóteses por questão de razoabilidade, no que andou muito bem. Exemplo disso é a disposição encartada no § 1º do art. 833, que estabelece: “§ 1º A impenhorabilidade não é oponível à execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive àquela contraída para sua aquisição”. Essa é uma regra geral e voltada a todos os bens elencados nos incisos do artigo.

Todavia, considerando que a pequena propriedade rural também faz parte desse elenco de bens impenhoráveis, no tocante especificamente a ela vale a advertência de que a expressão “*dívida relativa ao próprio bem*” não lhe cabe, uma vez que a única hipótese de exceção à pequena propriedade rural será “*aquela contraída para sua aquisição*”. Ora, se à luz da própria Constituição Federal o bem é absolutamente impenhorável, não pode, a meu modesto ver, a lei infraconstitucional, como é o caso da que instituiu o NCPC, *ampliar* um milímetro sequer essa hipótese, no caso específico da pequena propriedade rural, bem entendido.

Assim, se considerarmos que hermeneuticamente a lei não possui palavras inúteis, essa disposição “*dívida relativa ao próprio bem*” deverá ser interpretada – no tocante à pequena propriedade rural – como um reforço pleonástico endereçado à hipótese de dívida “*contraída para sua aquisição*”. Ou seja, não se poderá aqui encontrar

espaço para penhora em razão de financiamentos agrícolas ou de maquinários e implementos agrícolas para uso na propriedade, por exemplo. Tal interpretação, repito, importaria em negativa de vigência à própria disposição constitucional.

Nesse caso, a mim parece que o próprio NCPC traz a solução ao dispor a possibilidade desses bens responderem por si mesmos, na hipótese de inadimplemento de financiamentos tomados para sua aquisição, conforme disposto no § 3º, *in fine*, do art. 833:

§ 3º Incluem-se na impenhorabilidade prevista no inciso V do caput os equipamentos, os implementos e as máquinas agrícolas pertencentes a pessoa física ou a empresa individual produtora rural, *exceto quando tais bens tenham sido objeto de financiamento e estejam vinculados em garantia a negócio jurídico* ou quando respondam por dívida de natureza alimentar, trabalhista ou previdenciária.

Outro exemplo de disposição lúcida do novo texto processual civil é o do art. 834, que confere a possibilidade da penhora sobre os frutos dos bens inalienáveis:

Art. 834. Podem ser penhorados, à falta de outros bens, os frutos e os rendimentos dos bens inalienáveis.

Claro, pois parodiando o famoso conto de Esopo, quem financia os ovos não deve tomar em garantia a galinha pelos ovos de ouro que espera que produza. Portanto, no que diz respeito à pequena propriedade rural, essa impenhorabilidade após a Constituição de 1988 é absoluta!

Vale dizer, afora as exceções próprias, não importa a origem da dívida do pequeno agricultor familiar, a pequena propriedade rural nunca responderá por ela, pois não poderá responder por dívida alguma, decorrente ou não da atividade produtiva. É inconstitucional o processo judicial que admita sob qualquer circunstância, a penhora da pequena propriedade rural.

O texto constitucional, ao dizer que “a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora *para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva*”, poderia fazer supor ao intérprete desavisado, *contrario sensu*, que se a dívida *não for* para pagamento de débito decorrente de sua atividade produtiva, a *pequena propriedade rural* seria então penhorável. De modo algum. O texto constitucional e o processual repetem: (CF) não será objeto de penhora (CPC) por ser absolutamente impenhorável a pequena propriedade rural.

Ocorre que na redação anterior do art. 646 do Código de Processo Civil, no anterior inciso X, constava aquela já mencionada ressalva de “penhorabilidade” do módulo rural, a saber: “ressalvada a hipoteca para fins de financiamento agropecuário”. Ou seja, até antes da Constituição de 1988, a pequena propriedade rural ficava sujeita à penhora no caso de “débitos decorrentes de sua atividade produtiva”, o que o texto constitucional de 1988 quis afastar, afirmando com todas as letras que agora a impenhorabilidade é absoluta, não incidindo nem mesmo “para pagamento de débitos decorrentes da sua atividade produtiva”. Para não deixar dúvida o texto constitucional conclui: “dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento”.

É oportuno destacar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹⁸ teve oportunidade de se pronunciar quanto ao empréstimo do conceito de *pequena propriedade rural* tal como definido na Lei 8.629/93 para fins de avaliação acerca da impenhorabilidade, em acórdão do memorável ministro Ruy Rosado de Aguiar, tendo assim decidido:

Execução. Impenhorabilidade. Imóvel rural. Módulo.

Não afronta dispositivo de norma infraconstitucional a decisão que se utiliza do conceito de pequena propriedade, assim como definido na lei 8.629/93, para considerar impenhorável área rural

com 19 hectares. Demais temas não prequestionados. Divergência indemonstrada.

Recurso não conhecido (REsp 98103/PR, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 15/10/1996, DJ 11/11/1996 p. 43724).

Como calcular a área de uma *propriedade rural* para saber se pode ser considerada como *pequena*

Para calcular o número de módulos fiscais de uma determinada propriedade rural, faz-se necessário ter em mãos uma tabela de área previamente estabelecida para cada município brasileiro¹⁹ e disponibilizada por órgãos governamentais (Incra, Embrapa) e pela qual se conhecerá qual o tamanho (em *hectares*) de *um* módulo fiscal em determinada localidade. De posse desse dado, basta então verificar se o total da área de um determinado imóvel rural corresponderá a até quatro módulos fiscais da região para ser classificado como *pequena propriedade rural*. Assim deve ser feito o cálculo do número de módulos fiscais de cada propriedade:

$$\text{N}^{\circ} \text{ de Módulos Fiscais} = \frac{\text{Área do Imóvel (em hectares)}}{\text{Módulo Fiscal do Município}}$$

É pertinente lembrar que,

como o tamanho depende principalmente da disponibilidade de condições de produção, dinâmica de mercado, infraestrutura instalada, disponibilidade tecnológica e de aspectos naturais, como água e solo, municípios com maior acesso a essas condições demandam o uso de uma área menor para a obtenção de rentabilidade a partir das atividades ali desenvolvidas, apresentando tamanho do módulo fiscal menor. Já municípios com maior carência dessas condições apresentam módulos fiscais de maior dimensão (BRASIL, 2005²⁰; SANTILLI, 2012²¹). De maneira geral, municípios das Regiões Sul e Sudeste, bem como aqueles situados

no litoral ou próximos de regiões metropolitanas, apresentam módulo fiscal menor que os demais (EMBRAPA).²²

Vejamos o seguinte exemplo, só a título de ilustração. Imagine-mos duas propriedades de agricultura familiar, ambas com a mesma área de 36 *hectares*, mas situadas em regiões distintas no Estado do Paraná. Uma das propriedades, na região de Curitiba, capital do Estado, e outra, na interiorana cidade de Faxinal, na região do Vale do Ivaí, mais ao centro do mesmo estado. Sabendo pelos dados fornecidos pela Instrução Especial nº 20, de 28/5/1980, do INCRA²³ ou pela tabela organizada pela Embrapa que a medida de um *módulo fiscal* em Curitiba é de cinco *hectares* e que em Faxinal é de 18 *hectares*, concluiremos que só a propriedade rural situada em Faxinal poderá ser considerada *pequena*, enquanto que a de Curitiba estará enquadrada como sendo uma *média propriedade rural*, porque:

Curitiba (PR)

Nº MF = $\frac{36 \text{ ha}}{5} = 7,2 \text{ MF}$
5 ha

Faxinal (PR)

Nº MF = $\frac{36 \text{ ha}}{18} = 2 \text{ MF}$
18 ha

Nesse exemplo hipotético, só a propriedade rural da localidade de Faxinal ficaria debaixo da proteção constitucional da *impenhorabilidade* porque enquadrada como *pequena propriedade rural*. A propriedade rural da região de Curitiba, apesar de ter a mesma área física, por possuir número superior a quatro módulos fiscais (7,2 MF), não teria a mesma proteção jurídica.

Conclusão

Conforme exposto, a proteção jurídica à *pequena propriedade rural* no Brasil passa pelo conhecimento do conceito (segundo a lei) do que deva ser considerado como tal e também – levando em conta que em face das peculiaridades do território nacional a *pequena propriedade rural* varia em dimensão de região para região – por saber como

identificá-la por meio de um cálculo com base em uma unidade de medida previamente estabelecida para cada região do país por órgãos do governo, cujo resultado dirá se uma determinada propriedade rural pode ser considerada pequena e, de consequência, estará debaixo da proteção jurídica que lhe é dirigida: *impenhorabilidade*.

Todavia, é espantoso perceber que a esmagadora maioria dos advogados que dá atendimento aos agricultores nas execuções de contratos de financiamento agrícola parece desconhecer a necessidade de se realizar tal cálculo, limitando-se nas peças de defesa (embargos à execução) à arguição genérica de que se trata de uma pequena propriedade rural, mas deixando de fazer a necessária demonstração. E o que é pior, também juízes que presidem esse tipo de processo, nos foruns e tribunais, via de regra igualmente por desconhecimento mais aprofundado da matéria, aliado ao equivocadíssimo preconceito generalizado em relação aos agricultores, deixam de trilhar esse caminho silogístico, trazendo por consequência, muitas vezes, a negação da garantia de um direito que a própria Constituição fez afirmar: a *impenhorabilidade da pequena propriedade rural*. Desse desconhecimento generalizado e mais ainda das consequências que dele resultam é que se identifica a importância do trato da questão ora posta a lume.

Se um país pretende o "viver bem" de seus cidadãos, precisa ter especial cuidado e atenção para com a agricultura familiar

Esses parâmetros e definições que se estabeleceram ao longo do tempo merecem redobrada atenção em face da importância da pequena agricultura familiar levada a termo nas pequenas propriedades rurais de norte a sul do Brasil porque é delas que vem o suprimento de alimentos da família brasileira, pois via de regra não produzem para exportar e a produção dessas pequenas propriedades rurais invariavelmente coincide com os alimentos de preferência do brasileiro.

Obviamente a pequena propriedade rural demanda o implemento dessa medida protetiva – impenhorabilidade –, seja por provoca-

ção das partes interessadas nas suas peças de defesa em processos judiciais de execução de dívidas de qualquer natureza, seja *ex officio* por parte do julgador desses processos que, por se tratar de matéria de ordem pública, o sistema jurídico brasileiro permite que assim proceda.

Dupla injustiça será ignorar o que preconiza a Constituição Federal e, além disso, permitir que uma pequena propriedade rural, inadvertidamente dada em hipoteca ou outra forma de garantia a

O texto constitucional não exige que o agricultor resida nessa propriedade, mas apenas que nela trabalhe com sua família

instituições financeiras em contratos de empréstimos, de safra ou não, ou apenas indicada em qualquer processo de execução de particulares, seja penhorada e levada a leilão (praceamento) para pagamento de dívidas do pequeno agricultor familiar, assim considerado pela lei.

O consagrado autor ruralista brasileiro Lutero de Paiva Pereira, mineiro de nascimento mas paranaense por adoção, resume com propriedade a adequada dimensão e significado da agricultura – e neste caso, a agricultura familiar e especialmente das pequenas propriedades rurais – ao dizer que a “agricultura foi, é e com justiça será sempre um setor de notória presença no País, visto fazer germinar, ao tempo em que sustenta um número significativamente grande de atividades econômicas dela diretamente dependentes e derivadas, uma estabilidade social e econômica imprescindível ao viver bem”²⁴.

Vale dizer, se um país pretende o “viver bem” de seus cidadãos, precisa ter especial cuidado e atenção para com a agricultura familiar porque é dela, principalmente dela – apesar de muita vez desacreditada e subestimada –, que procede o pão de cada dia tanto para a mesa do mais humilde dos súditos quanto para a mesa do rei.

Portanto, parodiando o famoso conto de Esopo, quem financia os ovos não deve tomar em garantia a galinha pelos ovos de ouro que espera que produza. Em outras palavras, em se tratando de *pequena propriedade rural*, a garantia aos financiamentos de safra, por

justiça e apreço ao princípio da razoabilidade, não deve ultrapassar o próprio produto da safra, jamais recaindo sobre a terra em que o pequeno agricultor trabalha com sua família. Aliás, cabe destacar que o texto constitucional não exige que o agricultor resida nessa propriedade, mas apenas que nela trabalhe com sua família. Mas se por qualquer descuido isto vier a acontecer, no Brasil a Constituição Federal garante à pequena propriedade rural, trabalhada pela família, o inegociável direito à impenhorabilidade.

Notas

1. Gamaliel Seme Scaff é desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, na região Sul do Brasil, bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba, Pós-graduado em Política Judiciária e Administração da Justiça pela PUC/PR – Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Pós-graduando em Agronegócios com ênfase em Análise de Mercados pela Universidade Federal do Paraná.
2. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 10. ed., 1995, p. 724.
3. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II – garantir o desenvolvimento nacional;
III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
4. Dizem os mesmos autores em outro trecho que “não se prega o socialismo e muito menos o comunismo. A igualdade, para o capitalismo humanista, não é um fim ou meta, mas a base que assegura o equilíbrio entre as externalidades negativas reciprocamente consideradas – em particular, repita-se, o acesso do homem todo e de todos os homens a níveis dignos de subsistência em um planeta também digno” (p. 183-4).
5. SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. *O capitalismo humanista*. Filosofia Humanista de Direito Econômico. São Paulo: KBR Editora Digital Ltda., 2011, p. 24-5.
6. ATTALI, Jacques. *Os judeus, o dinheiro e o mundo*. São Paulo: Futura, 5. ed., 2006, p. 405.

7. MARTÍN, Nuria Belloso. *El Control Democrático del Poder Judicial em España*. Curitiba: Universidad de Burgos/Moinho do Verbo, 1999, p. 24-5.
8. PÉREZ LUÑO, A.E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1986, 2. ed., p. 224 *apud* MARTÍN, Nuria Belloso *in* obra citada, p. 26.
9. Nas regiões norte e nordeste do Brasil, existem grandes extensões de terra de solo árido e semiárido e serrados (vegetação baixa a retratar a pobreza do solo principalmente pela escassez de chuvas regulares) que de longa data são objeto de estudo e pesquisa e que nos últimos anos, mediante um complexo sistema de irrigação que vem sendo implantado pela iniciativa privada, tem se tornado produtivo e exportador líquido de frutas típicas daquela região e de grande apreciação não só no território brasileiro, como também no exterior.
10. A rigor, diferentemente dos Estados Unidos da América, o Brasil foi um país politicamente unitário (um só Estado) e nos tempos do Império, até D. Pedro II dividido (corretamente) em “províncias”. Todavia, com a derrubada da monarquia brasileira, o regime que se instalou sob um viés dito republicano ao outorgar a Carta política (Constituição Federal) de 1891, pretendeu dar mais autonomia a essas províncias “transformando-as” em Estados federados. Portanto, mudou-se a roupagem (terminologia) e às províncias foi dado com um pouco mais de autonomia, a princípio, permitindo-se que cada qual tivesse sua própria legislação civil e penal. Essa experiência, porém, não tardou em demonstrar que na área jurídica principalmente, essa autonomia gerava mais ônus do que bônus. Pouco tempo depois, apesar de mantido o modelo externo de “estados federados” e a própria designação terminológica, o Estado Brasileiro voltou a adotar uma legislação federal infraconstitucional (com vigência em todos os “estados”), permitida a atividade legislativa complementar e controle constitucional difuso.
11. De fato, o modelo adotado por Getúlio Vargas em muito se assemelhou ao modelo italiano de Benito Mussolini, porém utilizado como ferramenta de uma política de atração dessas massas campestres para os grandes centros urbanos. Deu certo. Hoje, aquela proporção inverteu-se de modo que apenas 20% da população brasileira vive na zona rural. Somente na década de 1970, o governo brasileiro deu início a criação de mecanismos previdenciários específicos ao trabalhador do campo mediante a previsão de pagamento de apenas um salário mínimo. Foi pouco, mas foi um avanço.
12. PERES, Fernando Curi. *A propriedade familiar e a pesquisa agropecuária*. [PDF] Ciência, agricultura e sociedade – Livraria Embrapa livraria.sct.embrapa.br/liv_resumos/pdf/00077840.pdf Embrapa: “Ciência, Agricultura e Sociedade”, 2006, p. 415.
13. BURANELLO, Renato M. *Sistema Privado de Financiamento do Agronegócio*.

- São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2. ed., versão de 2011, p. 3 da Introdução.
14. Essa designação de “Constituição cidadã” foi dada pelo saudoso deputado federal Ulisses Guimarães, grande baluarte daquela Assembleia Nacional Constituinte, a qual provou ser, de fato, a melhor Carta Política promulgada na história da República no Brasil. Uma Constituição Federal voltada para o cidadão brasileiro, para suas necessidades e carências, nas dimensões de seus direitos da personalidade, direitos sociais e direitos políticos.
 15. Não é sem sentido, pois cada país tem suas peculiaridades e realidades em termos de território e percentual de solo disponível à atividade agrícola e/ou pastoril. Na Síria, por exemplo, nas imediações da famosa cidade de Homs, existem terrenos com área aproximada de 1.000 m², com paredes e cobertura de lonas plásticas, à semelhança de uma grande barraca, com sistema interno de irrigação, debaixo das quais são cultivadas frutas e legumes e esses terrenos são considerados como “fazendas” e o agricultor responsável, o “fazendeiro”.
 16. EMBRAPA – Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária. Centro Nacional de Pesquisa de Milho e Sorgo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Variação Geográfica do Tamanho dos Módulos Fiscais no Brasil. ISSN 1518-4277, novembro, 2012. www.embrapa.br
 17. Dispõe essa lei no Art. 2º: “A propriedade rural que não cumprir a função social prevista no art. 9º é passível de desapropriação, nos termos desta lei, respeitados os dispositivos constitucionais.” O art. 4º ainda fez constar no seu parágrafo único: “Parágrafo único. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária a pequena e a média propriedade rural, desde que o seu proprietário não possua outra propriedade rural.” Àquele tempo, era pensamento corrente que no Brasil existiriam latifúndios improdutivos em número suficiente para reverter a equação de que havia “*muita terra sem gente para muita gente sem terra*” (síntese do jornalista Joelmir Betting). Os anos seguintes mostraram que a realidade não era bem essa de forma que, atualmente, os grupos ligados a movimentos sociais pela reforma agrária estão mudando o discurso e propondo que seja discutido um novo conceito do que venha a ser entendido por “propriedade produtiva” para fins de reforma agrária. De qualquer forma, a lei é clara ao vedar a desapropriação para essa finalidade, de pequenas e médias propriedades rurais, obrigando-se a estabelecer critério claro de classificação de cada uma delas.
 18. Tribunal máximo nacional com competência para apreciar em recurso especial, decisões que contrariem tratado ou lei federal ou negar-lhes vigência (art. 105, inciso III, “a” da CF).
 19. Essa tabela pode ser obtida no seguinte endereço eletrônico: <http://www.infoteca.cnptia.embrapa.br/bitstream/doc/949260/1/doc146.pdf>
 20. BRASIL. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. Instrução

- Especial/Incra/n. 03, de 11 de abril de 2005. Estabelece o Módulo Fiscal para os Municípios constantes da tabela anexa. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 abr. 2005. Seção 1. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/321585/dou-secao-3-12-04-2005-pg-110>. Acesso em: 20 out. 2012.
21. SANTILLI.M. *Aberração dos quatro módulos fiscais*. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/nsa/direto/direto_html?codigo=2011-05-09-093002>. Acesso em: 20 out. 2012.
 22. Embrapa. *Ob. cit.*
 23. INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. Consulta no site: <http://www.incra.gov.br/index.php/institucional/legislacao--/atos-internos/instrucoes/file/129-instrucao-especial-n-20-28051980> às 20:20 h do dia 16/11/13.
 24. PEREIRA, Lutero de Paiva. *Agricultura e Estado – uma visão constitucional*. Curitiba: Juruá, 2. ed. revista e ampliada, p. 141.

Honorários advocatícios e multa moratória no cumprimento de sentença: da necessária distinção entre o mero depósito e o efetivo pagamento voluntário

João Felipe Casco Miranda¹

Bacharel em Direito pelas Faculdades Unificadas de Foz do Iguaçu (UNIFOZ)

Poliana Cavaglieri Saldanha dos Anjos²

Bacharel em Direito pelas Faculdades Unificadas de Foz do Iguaçu (UNIFOZ)

Welington Eduardo Lüdke³

Bacharel em Direito pelas Faculdades Unificadas de Foz do Iguaçu (UNIFOZ)

Resumo: O presente trabalho traz em seu desenvolvimento a abordagem do tratamento dado ao cumprimento definitivo da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa. Por meio da análise dos dispositivos do Código Civil e do Código de Processo Civil, verificou-se a forma com que o legislador tratou o pagamento como modo de extinção de obrigação, pondo fim à prestação jurisdicional, com a satisfação do credor. A problemática identificada versa sobre os honorários advocatícios e a multa moratória para o caso de mero depósito, para impugnação e discussão do valor perseguido, e não pagamento voluntário, pois é apenas quando o montante pago estiver disponível para o exequente que se verifica o adimplemento. Para análise e verificação desse tema, além da legislação, a doutrina e as decisões dos tribunais foram fontes de pesquisa.

Introdução

A SISTEMÁTICA IMPLEMENTADA PELO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL tem como uma de suas premissas a agilidade processual, primando pelo fim almejado com efetividade na prestação jurisdicional. Ao tratar de cumprimento de sentença, a finalidade buscada é a imediata satisfação do credor. Nessa esteira é que o presente artigo visa abordar os honorários advocatícios e a multa moratória, traçando a diferença necessária entre o simples depósito e o pagamento voluntário.

Para tanto, buscou-se abordar as previsões legais, seja no Código Civil ao tratar do pagamento, seja no Código de Processo Civil ao direcionar como deve ser o cumprimento de sentença e suas fases, em especial as sanções ali previstas.

Realizou-se a importante análise doutrinária sobre o tema para verificar a conceituação de pagamento voluntário, apontando em que situações deve-se reconhecer o pagamento como forma de extinção de obrigação e desvinculação do devedor. E, por fim, para melhor fundamentar o tema, passou-se a considerar o posicionamento dos tribunais ao julgar situações que discutem a problemática aqui apontada.

1. O cumprimento de sentença e as sanções do art. 523, § 1º, CPC

O cumprimento de sentença, regulamentado na Parte Especial do Livro I do Título II do Código de Processo Civil⁴ (CPC), pode ser traduzido como a fase processual em que se busca satisfazer direitos lastreados em um título executivo judicial.

Considerando a existência de inúmeras variáveis aptas a influenciar de forma relevante no desenvolvimento do feito, como as diversas formas de obrigações, a natureza do direito a ser satisfeito e as partes envolvidas, bem se verificam múltiplas modalidades de cumprimento de sentença⁵, tratando o presente trabalho, especificamente, “do cumprimento definitivo da sentença que reconhece a exigibilidade de obri-

gação de pagar quantia certa”⁶. Nesta hipótese, o procedimento será deflagrado, em regra⁷, mediante requerimento do exequente, tendo o executado 15 dias para pagar o débito.

A partir de então, a força coercitiva do Estado se volta à expropriação do patrimônio do executado, tudo “por intermédio de atos executivos que, contra e independentemente da sua vontade, promoverão a satisfação do direito reconhecido ao exequente em seu título executivo judicial”⁸.

Transcorrido o prazo *in albis*, não ocorrendo o pagamento voluntário, o débito será acrescido de multa e de honorários advocatícios, cada qual em 10% (art. 523, *caput* e § 1º, CPC⁹).

Implica dizer que, havendo pagamento tempestivo, restaria obstada a incidência da multa e dos honorários advocatícios? A resposta para esse questionamento se reveste de uma nítida importância, uma vez que gera efeitos claros, diretos e imediatos em um âmbito demasiadamente sensível, o econômico.

Nessa esteira, pode-se dizer, sem maiores elucubrações, que o correto entendimento da matéria pode nortear incisivamente a atuação das partes, ingerindo com especial ênfase na celeridade com que o bem da vida pode ser alcançado, finalidade precípua da fase processual em epígrafe.

Mas responder o item posto não é tão simples quanto possa parecer em um primeiro vislumbre, pois, para se alcançar a completa dimensão do que fora disposto, uma interpretação sistêmica se mostra necessária. Isso porque o legislador, ao utilizar os termos “pagar” e “pagamento voluntário”, refere-se a um dos modos extintivos das obrigações, regulamentado nos arts. 304 a 333 do Código Civil¹⁰ (CC).

Em outras palavras, um instituto de direito material (extinção das obrigações) influirá na incidência, ou não, de sanções processuais (multa e honorários), havendo a necessidade de se transitar entre esses mundos.

Não basta o “pagamento” tempestivo se ausente a vontade de dar fim à obrigação, uma vez que se caracterizará em mero depósito

2. Do significado de pagamento voluntário

Fixados os vetores interpretativos, pode-se trilhar um caminho seguro para a desmistificação do sentido de pagamento empregado no cumprimento de sentença.

O instituto do pagamento pressupõe que o devedor, ao entregar, fazer ou deixar de fazer em prol do credor aquilo que lhe é devido, o faça com o nítido escopo de dar fim ao débito. Requer, portanto, a presença do *animus solvendi*, visto que se configura em um meio para aniquilar a obrigação de forma voluntária¹¹.

Logo, não basta o “pagamento” tempestivo se ausente a vontade de dar fim à obrigação, uma vez que se caracterizará em mero depósito, ato irrelevante para fins de evitar as consequências processuais aqui tratadas.

3. Da (in)existência do ânimo de solver

A verificação do ânimo de solver pode se dar satisfatoriamente pela atuação e desempenho processual do devedor, tratando-se de um verossímil meio de análise da vontade intrínseca do agente. Por exemplo: se o executado depositar o valor devido em juízo, mas perpetuar a discussão acerca do débito, apresentando resistência pelos meios de defesa cabíveis, como a impugnação e a exceção de pré-executividade, mostrar-se-á flagrante a inexistência da vontade em dar fim à obrigação.

Aqui, a incidência das sanções do art. 523, § 1º, CPC são nítidas, com especial ênfase aos honorários advocatícios, tratando-se nada mais que a remuneração ao profissional pelo seu trabalho face a resistência do executado¹².

Nesse sentido, Cassio Scarpinella Bueno¹³ disserta que, realizado o depósito, a multa e os honorários não serão devidos “se e quando acolhida pretensão sua em detrimento do cumprimento da sentença em favor do executado”. Corroborando tal conjuntura, o autor menciona que, mesmo no caso de o próprio devedor iniciar o procedimento em questão, “eventual discrepância entre o depósito feito pelo executado

com ânimo de pagamento e o valor pretendido pelo exequente justificará a incidência da multa e dos honorários advocatícios sobre a diferença”¹⁴.

Por fim, Scarpinella Bueno explica que o presente depósito poderá ser utilizado para conceder eventual efeito suspensivo à impugnação ou mesmo utilizado em momento posterior, quando formalizada a sua penhora, para saldar a dívida. “Nada, contudo, que se confunda ou que possa fazer as vezes de verdadeiro pagamento.”¹⁵

Outro aspecto que funciona como relevante balizador é o momento de disponibilização da quantia depositada. Afinal, é apenas com o ingresso imediato do respectivo montante no campo de disponibilidade do exequente que se verifica o adimplemento.

Aqui é de bom alvitre mencionar que, não havendo pagamento no tempo, lugar e forma previstos, verdadeiros pressupostos essenciais ao exato cumprimento da obrigação, considerar-se-á em mora o devedor, respondendo pelos prejuízos, juros, atualizações e honorários de advogado (arts. 394 e 395, CC¹⁶).

Tendo como base a hipótese supracitada, os atos de resistência do executado afastam o ânimo de solver por si só, o que não deixa de ser incrementado pela falta de disponibilização imediata, pois o exequente levantará a quantia tão somente após o julgamento das manifestações de inconformismo.

Inclusive, esse mesmo raciocínio, especialmente no tocante ao depósito com posterior objeção e à ausência de disponibilidade imediata, há muito está pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça que, desde o revogado CPC de 1973¹⁷, vem decidindo nessa esteira¹⁸, o que está sedimentado na recente Súmula 517¹⁹.

Na mesma toada é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *In verbis*²⁰:

Processual civil. Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. 1. Depósito judicial do valor executado que não se confunde com pagamento voluntário da obrigação exequenda. Honorários advocatícios devidos. Inteligência do artigo 523, § 1º, do CPC/2015 e Súmula 517 do Superior Tribunal de Justiça. 2. Recurso desprovi-

do. “(...) A doutrina e a jurisprudência já se posicionaram no sentido de que não ilide a multa (e agora os honorários) se o réu depositar o valor, visando a uma garantia do juízo; para que não incida a penalidade o réu deverá efetuar o pagamento. (...)” (Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Mello. Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil, artigo por artigo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 866).

Mas não é só. Também inexistirá adimplemento quando, a despeito de efetuado o depósito dentro dos 15 dias para o pagamento espontâneo, a comunicação de tal ato pelo executado ocorrer após o termo final.

É certo que haverá uma forma de pagamento, mas intempestiva. Isso porque o montante não estará disponível ao exequente dentro do prazo de pagamento voluntário, entendendo-se a disponibilização como o somatório entre o depósito, a comunicação do depósito e a ausência de atos de resistência.

Assim, conforme a linha de argumentação desenvolvida, ter-se-á a incidência da multa e dos honorários como medida sancionatória ao cumprimento imperfeito da obrigação.

Outrossim, se solver o crédito fosse, de fato, a sua intenção, o exequente teria informado o depósito imediatamente. Não há razão plausível para que assim não proceda, excepcionados os casos furtivos e de força maior, que deverão ser devidamente demonstrados a fim de ilidir o sancionamento pelo atraso. Isto posto, a comunicação tardia do depósito figura como mais um elemento para se afastar o ânimo de solver.

Considerações finais

O cumprimento de sentença é uma fase processual de notória importância, uma vez que visa satisfazer direitos lastreados em um título executivo judicial. Em regra, será deflagrado mediante requerimento do exequente, sendo o executado intimado para que, no prazo de 15 dias, pague o respectivo débito.

Ocorre que, conforme exposto, partindo de uma interpretação sistêmica que transita entre os institutos de direito material e de direito processual, não basta o simples “pagamento” tempestivo se ausente o ânimo de solver, elemento subjetivo sem o qual não se caracteriza a forma extintiva da obrigação em discussão.

Destarte, ter-se-á um mero depósito, irrelevante para afastar a incidências das consequências processuais coercitivas aqui tratadas (multa moratória e honorários advocatícios), o que pode ser verificado nos autos mediante a análise da atuação processual do próprio devedor.

Trata-se de entendimento firmado em instância superior (STJ) e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que se voltam a uma prestação jurisdicional de excelência, pois, além de reforçar todo o necessário raciocínio lógico-jurídico trilhado, prezam por um eficaz cumprimento de sentença, privilegiando com especial ênfase a celeridade com a qual o bem da vida deve ser alcançado.

Notas

1. João Felipe Casco Miranda. Bacharel em Direito pelas Faculdades Unificadas de Foz do Iguaçu (UNIFOZ). Pós-graduando em Direito Civil e em Direito Processual Civil pela Faculdade Legale (FALEGALE). Advogado. OAB/PR nº 96.163. E-mail: felipe_mirandare@hotmail.com.
2. Poliana Cavaglieri Saldanha dos Anjos. Bacharel em Direito pelas Faculdades Unificadas de Foz do Iguaçu (UNIFOZ). Bacharel em Ciências Econômicas pelo Centro de Ensino Superior de Foz do Iguaçu (CESUFOZ). Mestre em Direito pela Universidad Internacional Tres Fronteras (UNINTER). Mestre em Sociedade, Cultura e Fronteiras pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE). Professora titular no Centro de Ensino Superior de Foz do Iguaçu (CESUFOZ). Professora adjunta nas Faculdades Unificadas de Foz do Iguaçu (UNIFOZ) e na Faculdade de Foz do Iguaçu (FAFIG). Advogada. OAB/PR nº 33.330. E-mail: polianacsa@hotmail.com
3. Welington Eduardo Lüdke. Bacharel em Direito pelas Faculdades Unificadas de Foz do Iguaçu (UNIFOZ). Especialista em Direito Comercial, com ênfase em Direito Tributário, pelo Centro Universitário União Dinâmica das Cataratas (UDC). Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Advogado. OAB/PR nº 36.906. E-mail: welingtonludke@hotmail.com.

4. BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019.
5. Didaticamente, Marcelo Abelha ensina que: “Como existem espécies distintas de obrigações (pagar quantia, fazer e não fazer e entrega de coisa) e diferentes procedimentos executivos para pagamento de quantia que levam em consideração do direito tutelado (alimentos) e o sujeito passivo da execução (fazenda pública), didática e organizadamente [o Código de Processo Civil] previu a existência de diversos tipos de cumprimento de sentença e diversos tipos de processo de execução.” ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 6. ed. rev. e atual. Livro Digital formato E-book. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
6. Art. 523 a 527. BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019.
7. Em regra, porque o art. 526 do CPC prevê hipótese em que o próprio devedor dá início ao cumprimento do título executivo. *Ibid*.
8. ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 6. ed. rev. e atual. Livro Digital formato E-book. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
9. BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Ob. cit.
10. BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019.
11. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 240. v. 2.
12. Quando extinta a ação autônoma de execução no CPC revogado, muito se discutiu acerca da permanência e do cabimento das verbas honorárias na fase executória. O Superior Tribunal de Justiça, pacificando o entendimento sobre o tema, que veio a se reproduzir no art. 523 do código em vigor, enunciou ampla fundamentação no sentido de que os honorários eram devidos, sim, na execução, visto que remuneratório ao labor do advogado. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 978.545/MG*. Recorrente: Valéria da Silva Belmonte. Recorrido: Liquigás Distribuidora S.A. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em: 11 mar. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=762649&num_registro=200701879159&data=20080401&formato=PDF>. Acesso em: 21 mar. 2019.
13. BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao código de processo civil (arts. 509 a 538): da liquidação e do cumprimento de sentença*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 213-214. v. 10.
14. BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao código de processo civil (arts. 509 a 538): da liquidação e do cumprimento de sentença*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 213-214. v. 10.

15. *Ibid.* p. 214-215.
16. BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019.
17. BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019.
18. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.675.084/SE*. Recorrente: Empresa Municipal de Obras e Urbanização. Recorrido: Edson Luiz Dutra Espindola e outros. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgamento em: 18 ago. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1627740&num_registro=201701072367&data=20170913&formato=PDF>. Acesso em: 21 mar. 2019.
19. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 517 de 26 de fevereiro de 2015*. São devidos honorários advocatícios no cumprimento de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para pagamento voluntário, que se inicia após a intimação do advogado da parte executada. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp>>. Acesso em: 21 mar. 2019.
20. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Agravo de Instrumento 0042322-24.2017.8.16.0000*. Agravante: Banco RCI Brasil S.A. Agravado: Julia Aparecida Cornetta. Relator: Desembargador Lauro Laertes de Oliveira. Julgamento em: 7 fev. 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1627740&num_registro=201701072367&data=20170913&formato=PDF>. Acesso em: 21 mar. 2019.

Referências

- ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 6. ed. rev. e atual. Livro Digital formato E-book. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- _____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.675.084/SE*. Recorrente: Empresa Municipal de Obras e Urbanização. Recorrido: Edson Luiz Dutra Espindola e outros. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgamento em: 18 ago. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1627740&num_registro=201701072367&data=20170913&formato=PDF>. Acesso em: 21 mar. 2019.

- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 978.545/MG*. Recorrente: Valéria da Silva Belmonte. Recorrido: Liqueficação Distribuidora S.A. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em: 11 mar. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=762649&num_registro=200701879159&data=20080401&formato=PDF>. Acesso em: 21 mar. 2019.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 517, de 26 de fevereiro de 2015*. São devidos honorários advocatícios no cumprimento de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para pagamento voluntário, que se inicia após a intimação do advogado da parte executada. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp>>. Acesso em: 21 mar. 2019.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Agravo de Instrumento 0042322-24.2017.8.16.0000*. Agravante: Banco RCI Brasil S.A. Agravado: Julia Aparecida Cornetta. Relator: Desembargador Lauro Laertes de Oliveira. Julgamento em: 7 fev. 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1627740&num_registro=201701072367&data=20170913&formato=PDF>. Acesso em: 21 mar. 2019.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao código de processo civil (arts. 509 a 538): da liquidação e do cumprimento de sentença*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 213-214. v. 10.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 240. v. 2.

O crime de falso testemunho

Mauro Bley Pereira Junior¹

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

Resumo: A partir de situação fática real, procede-se a análise do crime de falso testemunho, sob os prismas doutrinário e jurisprudencial, concluindo que são necessárias condições específicas para a caracterização daquele delito.

APRESENTA-SE INICIALMENTE SITUAÇÃO FÁTICA REAL para análise jurídica do crime de falso testemunho. Os nomes das pessoas envolvidas foram alterados e detalhes, como o nome da cidade e número do feito processual, foram omitidos para evitar desnecessária exposição pública. Observo que a situação fática não é incomum nas comarcas do estado do Paraná.

No primeiro trimestre de 2014, no Fórum desta Comarca, nesta cidade, MARIA, brasileira, viúva, analfabeta, com 62 anos na data dos fatos, inquirida na qualidade de testemunha, em audiência de instrução e julgamento de ação penal pública proposta em razão de violência doméstica, de forma consciente e voluntária, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, dolosamente, alegou falsamente que não teria visto as agressões por parte de Claudio em face de sua esposa Clara, as quais, na data de 3 de fevereiro de 2014 na Delegacia de Polícia Civil, declarou ter presenciado.

Na ação penal em razão da violência doméstica, as declarações da então testemunha MARIA não foram consideradas pelo julgador,

que valorou outras provas, como os depoimentos de policiais e laudo de exame de lesões corporais, no sentido de considerar comprovadas autoria e materialidade, e prolatar sentença condenatória em face do agressor Claudio. O agressor e a vítima se reconciliaram após o fato, no curso da ação penal, e apresentaram depoimentos contraditórios em juízo.

Após o julgamento daquela ação penal, o Ministério Público ofereceu denúncia em face de MARIA, pela prática de crime de falso testemunho, em razão dos fatos acima narrados. Foram inquiridas duas testemunhas (o agressor e a vítima da ação penal por violência doméstica) e a ré MARIA foi interrogada. As testemunhas esclareceram possuir amizade íntima com a ré, que seria vizinha e considerada como mãe. A ré negou a prática do crime, afirmando que não se recordava de suas declarações. Através de sentença, a ré foi condenada, sendo fixadas penas de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto e pagamento de 24 (vinte e quatro) dias-multa. Tendo em vista o preenchimento dos requisitos do artigo 44, do Código Penal, a pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em limitação de final de semana e prestação pecuniária no importe de 1 (um) salário mínimo.

O crime de falso testemunho é previsto no art. 342 do Código Penal:

Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral. Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.

§ 1º – As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta.

Paulo Rangel define testemunha como o “indivíduo chamado a depor, demonstrando sua experiência pessoal sobre a existência, a natu-

reza e as características de um fato, pois face estar em frente ao objeto (testis), guarda na mente, sua imagem” (RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 467).

Fernando da Costa Tourinho Filho ensina que “a prova testemunhal, sobretudo no Processo Penal, é de valor extraordinário, pois dificilmente, e só em hipóteses excepcionais, provam-se infrações com outros elementos de prova” e quanto ao valor, “como qualquer outro meio de prova, a testemunhal é relativa” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado. 16. ed. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 607/8).

Rogério Greco, em seu Código Penal Comentado (Ed. Impetus. RJ, 2017, 11ª Edição, p. 1.204), elucidando o art. 342, observa que “a conduta prevista pelo tipo penal em estudo diz respeito ao fato de *fazer afirmação falsa*, isto é, que não condiz com a realidade, mentindo sobre determinado

fato, *negar* um fato que ocorreu, não reconhecendo a sua veracidade, ou mesmo *se calar*, impedindo, com o seu silêncio, que os fatos cheguem ao conhecimento daquele que irá proferir o julgamento”.

Nelson Hungria (Comentários ao Código Penal, v. IX, Ed. Forense, RJ, 1959, 2ª edição, p. 475) leciona: “Na primeira hipótese, temos a falsidade *positiva*, consistente na asseveração de um fato mentiroso; na segunda, a falsidade *negativa*, consistente na negação de um fato verdadeiro; na terceira, a *reticência*, isto é, o silêncio acerca do que se sabe ou a recusa em manifestá-lo (ocultação da verdade).”

Ao compromissar a testemunha, na forma do art. 203 do Código de Processo Penal, o juiz deve adverti-la que mentir é crime. Todavia, a formalidade do compromisso é irrelevante para a caracterização do crime de falso testemunho. Neste sentido, observo precedente do Supremo Tribunal Federal (HC 73.035/DF, DJ 19/12/1996, p. 51.766).

Contudo, quando se verifica amizade íntima entre a testemunha e a vítima ou o réu, a testemunha deve ser inquirida na qualidade de informante, pois não se encontraria em plenas condições de credibilidade.

Quando se verifica amizade íntima entre a testemunha e a vítima ou o réu, a testemunha deve ser inquirida na qualidade de informante

Informantes são as testemunhas que não prestam compromisso de dizer a verdade e não responderiam por crime de falso testemunho. Neste sentido:

Informantes e investigado. Atipicidade da conduta. Absolvição. 1. O crime de falso testemunho está tipificado no art. 342 do Código penal e trata-se de crime de mão própria, podendo ser praticado somente por testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete, e que tem como objetividade jurídica a reta administração da Justiça. 2. Ao contrário da testemunha, que se compromete a dizer a verdade, sob pena de cometer o crime de falso testemunho, o informante é ouvido por mera conveniência, não lhe sendo imposto qualquer compromisso. 3. O investigado não tem o compromisso com a verdade, pois não pode ser obrigado a produzir prova contra si. 4. Atípicas as condutas imputadas aos réus, ouvidos como informantes e investigado, sendo a absolvição com fulcro no artigo 386, III, do CPP, medida que se impõe. 5. Apelações defensivas providas para absolver os réus (TRF – 4 Ap. Criminal ACR 500484490201440-47105 – RS 5004844-90.2014.4.04.7105 (TRF-4) Data da Publicação: 03/10/2018).

A testemunha que não presta compromisso legal, por possuir íntima amizade com o réu, não tem o dever de dizer a verdade, não podendo, em razão de eventual mentira afirmada em juízo, responder pelo crime de falso testemunho (TJRS, ACr.70034672519, Rel. Des. Gaspar Marques Batista, DJERS 14/07/2010).

Mas o depoimento do informante deve ser analisado com cautela, e deve se perquirir se tais declarações não têm o intuito de criar falso alibi, atender a interesse próprio ou alheio, ou prejudicar a administração da justiça. Caso se verifique alguma dessas situações, o informante e mesmo quem o instruiu a mentir respondem pelo crime de falso testemunho. Verifica-se a possibilidade de participação delitiva quando o informante é induzido ou instigado por outra pessoa a prestar um depoimento falso. Neste sentido:

O informante também pratica o crime de falso testemunho. O advogado que instrui a testemunha ou o informante a mentir responde, na condição de partícipe, pelo crime de falso testemunho. Precedentes: (STF, RHC 81327/SP; HC 75037/SP; RHC 74395/SP); (TRF 1, HC 38519/MT. Rel. Des. Fed. Hilton Queiroz, 4ª T., j. 15/1/2008, pub. 29/1/2008, DJ, p. 54).

A doutrina e a jurisprudência vem sendo uníssonas em afirmar sobre a possibilidade de se admitir a participação, por induzimento ou instigação, no crime de falso testemunho – art.342, § 1º, CP. Precedente: (STJ, REsp 287151/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., DJ 17/6/2002, p.290).

Os crimes de mão própria não admitem a autoria mediata. A participação, via induzimento ou instigação, no entanto é, ressalvadas exceções, plenamente admissível. A comparação entre os conteúdos dos injustos previstos nos arts. 342 e 343 do Código Penal não conduz a uma lacuna intencional quanto à participação no delito de falso testemunho. Precedente: (STJ REsp, 200785/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., RT 784, p. 579).

Na hipótese em questão, Maria supostamente presenciou ou ouviu violência doméstica ocorrida na residência de seus vizinhos, com os quais mantém relação de amizade íntima. A pedido da vítima, foi até a delegacia e prestou declarações. Não há prova de que o seu depoimento foi lido após reduzido a termo, nos termos do artigo 216 do Código de Processo Penal, mas mesmo admitindo-se que tal condição tenha se verificado, observa-se que a ré apresentou versões contraditórias da mesma forma que o agressor e a vítima também apresentaram em juízo versões contraditórias da violência doméstica.

Maria nunca tinha comparecido em juízo, conforme ficou bem apresentado ao ser interrogada, pelo que é certo que as contradições nos depoimentos judiciais do agressor/vizinho e da vítima/vizinha, que se reconciliaram no curso da ação penal, causaram-lhe natural confusão. Tal confusão foi ainda mais acentuada pelo fato da relação de amizade íntima com o agressor e a vítima, o que naturalmente conduziu suas declarações no sentido de evitar prejudicar os vizinhos e amigos.

Os depoimentos da ré não prejudicaram a instrução do processo em que atuou como testemunha, e não houve qualquer influência na decisão judicial, sendo que o agente da violência doméstica foi regularmente condenado naquele feito. Porém, tais circunstâncias – ausência de prejuízo na instrução do processo e ausência de influência na sentença – não significam necessariamente que o crime de falso testemunho não tenha se configurado. Ao contrário, verificam-se vários julgados que afirmam a ocorrência de tal crime mesmo quando este não tenha influído no julgamento do feito processual:

É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que o crime de falso testemunho é de natureza formal, consumando-se no momento da afirmação falsa a respeito de fato juridicamente relevante. Mesmo que o testemunho não houvesse influído no resultado do julgamento restaria configurada a prática do crime do art.342 do CP, pois a ação que viola a lei é o próprio depoimento prestado com o fim de subverter a verdade dos fatos, causando dano à Justiça (STJ, HC 238395/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJe 1º/8/2012).

Falso testemunho é delito formal, como tal, prescindível o resultado, bastando aos fins, a sua configuração, tendo em conta a suficiência da potencialidade lesiva na espécie (TRF, 4ª Reg., Processo 2007.71.00.031354-2, RSE/RS, Rel. Fernando Quadros da Silva, j. 30/6/2009).

O crime de falso testemunho é formal, ou seja, não é necessário que a conduta venha a produzir qualquer resultado danoso para o processo, bem como para qualquer das partes litigantes (TRF, 1ª Reg. Processo 200534000034112, ACr/DF, Rel. Des. Fed. Tourinho Neto, pub. 27/4/2007).

Todavia, observando com cautela as referidas decisões, vê-se que tais entendimentos são apresentados no sentido de proteger a administração pública, ou, mais especificamente, a administração da justiça, pois este é o bem protegido pelo tipo penal que prevê o delito de falso testemunho.

Assim, a afirmação de fato falso por testemunha ou informante, irrelevante para o julgamento da causa, pois outras provas já estabeleceram a verdade dos fatos, não configura o crime de falso testemunho, pois não há lesão à administração da justiça:

A afirmação de fato, falso, mas irrelevante para o deslinde da causa, constitui meio absolutamente ineficaz para a configuração do crime de falso testemunho, tendo em vista a impossibilidade de lesar o bem jurídico referente à Administração da Justiça (TJDFT, Processo 200030110526989, APR/DF, Rel. Vaz de Mello, pub. 2/4/2008).

Se o falso testemunho não é produzido para estabelecer álibi, atender a interesse pessoal ou alheio, e se não prejudica as partes ou a administração da justiça, ou é capaz de influenciar a decisão do juízo, apesar de ser crime formal, não há relevância jurídica, e é considerado crime impossível. Nesse sentido são as lições de Guilherme de Souza Nucci (Código Penal Comentado. 18 ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 1.575.), quando assevera que “é essencial que o fato falso (afirmado, negado ou silenciado) seja juridicamente relevante, isto é, de alguma forma seja levado em consideração pelo delegado ou juiz para qualquer finalidade útil ao inquérito ou ao processo, pois, do contrário, tratar-se-ia de autêntica hipótese de crime impossível. Se o sujeito afirma fato falso, mas absolutamente irrelevante para o deslinde da causa, por ter-se valido de meio absolutamente ineficaz, não tem qualquer possibilidade de lesar o bem jurídico protegido, que é a escorreta administração da justiça.”

Veja-se:

STJ. Recurso especial. Falso testemunho. Extinção da punibilidade. O falso testemunho (CP, art. 342) e crime formal, no sentido de a consumação ocorrer com a prática da conduta típica. Todavia, indispensável a potencialidade do dano ao bem jurídico. Caso contrário, ter-se-á crime impossível. A extinção de punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, apesar de o falso, por essa razão, deixar de ser

considerado, porque não apreciado o mérito, mantem o interesse de agir, relativamente ao processo da falsidade. Eventual potencialidade existe anteriormente a extinção do processo. Segurança desdobrada (REsp 10.360/SP, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 18/06/1991, DJ 01/07/1991, p. 9208).

TRF4. Penal. Falso testemunho. Depoimento. Conteúdo. Ausência de potencialidade lesiva. Atipicidade. Absolvição. 1. Para configurar o delito de falso testemunho, embora seja crime formal e não exija resultado efetivo, é imprescindível que o teor das declarações seja juridicamente relevante para o deslinde da causa, isto é, tenha potencialidade para lesar o bem jurídico tutelado, qual seja, a Administração da Justiça. Nesse contexto, a eficácia do agir criminoso é aferida pela aptidão que o teor inverídico do depoimento, versando sobre aspecto essencial da controvérsia, tem de interferir na decisão de mérito da causa. 2. No caso concreto, constatada a ausência de verossimilhança das declarações, bem como a inaptidão para influenciar no julgamento da lide, deve ser reconhecida a atipicidade da conduta. Absolvição mantida (TRF4, ACR 2006.71.10.005900-0, Oitava Turma, Relator Victor Luiz dos Santos Laus, D.E. 01/03/2011).

TRF3. Criminal – Falsidade ideológica e uso de documento falso – Documento que se demonstrou verdadeiro diante das provas produzidas – Falso testemunho – Fato atípico – Ausência de lesividade das condutas praticadas que não exerceram qualquer influência no deslinde da causa

1. Para a caracterização do delito de falso testemunho, é imprescindível que o fato irrogado em Juízo possua um mínimo de relevância jurídica, apto a influir no deslinde da questão debatida em Juízo.

2. No caso dos autos, restou amplamente demonstrado que Vitório não apenas concedera autorização a Antônio, mas, muito mais do que isto, solicitara a ele a realização urgente de seus serviços para a desobstrução da estrada local de acesso ao município de Cedral. Assim, não prestou depoimento falso em juízo, nem tampouco praticou crime de falsidade ideológica, pois a autorização constante destes autos, ao que se demonstrou, é verdadeira, tendo sido for-

mulada cerca de dez dias após a prisão de Antônio com o fim de oficializar a nova solicitação de serviços feita pela prefeitura.

3. Ainda que assim não fosse, o depoimento do corréu Vitório perante o Juízo da 1ª Vara Federal de São José do Rio Preto – SP, em nada influenciou no julgamento da causa, pois diante dos demais testemunhos colhidos, aquele r. Juízo, de qualquer forma, decidiria pela absolvição de Antônio em razão da ausência de dolo confirmada pelas testemunhas ouvidas.

4. Assim, ausente qualquer possibilidade de lesão ao bem jurídico tutelado – administração da justiça – não há que se falar em infração penal, tratando-se de hipótese típica de crime impossível.

5. Pelas mesmas razões, no que se refere ao corréu Antônio Fernandes Buzo, não cometeu o crime de uso de documento público falso, porquanto verdadeira a autorização formulada pelo então prefeito Vitório Guidolin, conforme amplamente demonstrado pela prova carreada.

6. Apelação defensiva provida. Absolvição decretada. Apelação ministerial improvida (TRF 3ª Região, Primeira Turma, Ap. – Apelação Criminal – 30276 – 0008408-05.2002.4.03.6106, Rel. Desembargador Federal Luiz Stefanini, julgado em 28/04/2009, e-DJF3 Judicial Data: 25/05/2009 página: 187).

Assim, conclui-se, na hipótese em questão, pela atipicidade do fato, tratando-se de crime impossível, pois o depoimento de Maria não pretendia atender a interesse próprio ou alheio, não prejudicou qualquer das partes ou a administração da justiça, e não teve qualquer relevância para o julgamento do feito.

Nota

1. Mauro Bley Pereira Junior. Juiz Substituto em 2ª Grau no Tribunal de Justiça do Paraná. Graduado pela Universidade Federal do Paraná em 1982. Mestrado pela Universidade Federal do Paraná em 1992. Magistrado desde 06/01/1987.

Referências

- As decisões judiciais referidas foram reproduzidas das mencionadas obras de Rogério Greco e Guilherme de Souza Nucci; bem como de “sites” dos citados Tribunais.
- GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. IX, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 18. ed. revista., atualizada, e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Tipologia de casos e técnicas decisórias

Tiago Gagliano Pinto Alberto¹

Juiz de Direito e Professor

1. Introdução

É COMUM E JÁ SE TORNOU CORRENTE a classificação de casos como i) fáceis, quando podem ser solucionados por intermédio da metodologia dedutiva; e ii) difíceis, quando não encontram no silogismo o seu manancial decisório de rotina. Esta forma de entrever as situações conflituosas remonta aos ensinamentos de Ronald Dworkin e é a ele atribuída quanto à sua difusão nos ambientes acadêmicos e jurisdicionais de atuação². Ocorre que, dada a pluralidade e ineditismo de questões atualmente controvertidas levadas ao exame judicial, esta classificação se tornou insuficiente para açambarcar a multiplicidade de vertentes fáticas e as suas necessárias correlações jurídicas. Parece, então, diante desse panorama, que a tipologia dos casos deva sofrer releitura, de sorte que, apresentando variações da inaugural maneira com a qual são externados os conflitos, possa melhor se conformar às atuais e incrivelmente plurais realidades descobertas a cada dia da manifestação do ser humano enquanto vivente neste planeta.

E, admitindo-se como necessária a utilização de nova classificação para a já não tão inédita tipologia de casos, seria de ser questionar o motivo pelo qual tal se afiguraria útil. Afinal, alterar uma classificação somente parece ter sentido se de alguma forma puder facilitar ou bem a compreensão do caso, ou bem a sua resolução, sob pena de se converter em mero exercício retórico de congraçamento intelectual³. Sob este prisma, parece razoável reconhecer a existência de conexão entre a forma como são visualizados e a utilização das técnicas decisórias empre-

endidas. Da mesma maneira, assim como os casos fáceis são associados à técnica silogística para a sua resolução e os casos difíceis em geral apontam para recomendações principiológicas de atuação, outras classificações podem sugerir a utilização de técnicas diversas, compatíveis com as dificuldades, particularidades e nível de detalhamento jurídicos e afins que se deixam entrever pelas situações que recebem classificação diversa da tradicional.

Ronald Dworkin difundiu e popularizou nos ambientes acadêmico e judicial a classificação de casos como fáceis e difíceis

Compreender, dessa forma, que a classificação de casos pode estar associada às técnicas utilizadas para a sua solução pode oferecer uma utilidade para a tipologia, facilitando a operacionalização da Justiça quando instada por aqueles que a demandam. De outro modo, não parece haver qualquer utilidade em identificar, classificar e pôr rótulos em conflitos, adjetivando-os como fáceis, difíceis, ou o que mais vier à mente, pois serviria apenas para o regozijo intelectual de quem elabora e oferece uma nova forma de ver muitas vezes a mesma coisa já vista de antanho.

Este artigo pressupõe a utilidade da classificação de casos, correlacionando-a com as respectivas técnicas decisórias. Nessa trilha, será revisitada a tradicional classificação popularizada por Dworkin para, em seguida, ser apresentada maneira diferente de trabalhar temas conflituosos específicos, já reconhecidos como tais pela literatura especializada. Em seguida, serão demonstradas algumas técnicas decisórias praticadas em diversos ambientes jurisdicionais, nacionais ou não, com o fito de atrelá-las à nova tipologia tratada em momento antecedente. As técnicas apresentadas, é bem de ver desde já, são sugeridas de maneira aberta, *numerus apertus*, sem qualquer pretensão de esgotamento.

Se a hipótese deste artigo estiver correta, ou seja, de que a tipologia de casos se correlaciona necessariamente com técnicas decisórias úteis para o desate das correspondentes questões controvertidas, então, ao fim, o leitor poderá perceber que a argumentação jurídica incrementará, por meio das técnicas sugeridas, o nível de racionalidade que se

espera diuturnamente do pronunciamento jurisdicional sobre todo e cada um dos temas que lhe sejam postos à cura⁴.

A metodologia utilizada para este artigo é a exploratória, com desenvolvimento dedutivo. Quanto às fontes de pesquisa, foram utilizadas referências bibliográficas nacionais e estrangeiras, ademais de material obtido diretamente da rede mundial de computadores.

2. A classificação tradicional e as técnicas decisórias correspondentes

Ronald Dworkin difundiu e popularizou nos ambientes acadêmico e judicial a classificação de casos como fáceis e difíceis. Narrando o caso *Riggs vs Palmer*, em que Elmer Palmer havia assassinado o seu avô com o intento de passar a ser proprietário dos bens do autor da herança, a New York Court of Appeals em 1889 aplicou, a despeito da inexistência de legislação específica acerca da possibilidade da exclusão da herança do neto homicida, princípio jurídico para compreender, atrelando o óbvio ao jurídico, que o sujeito ativo de conduta criminosa não poderia dela se valer para obter qualquer proveito que fosse, patrimonial ou não⁵.

A partir da utilização da técnica principiológica para a resolução de casos para os quais o sistema normativo não oferecia uma regra cujo fato trazido à tona no ambiente social estivesse previamente gestado em seu elemento antecedente-descritor, deu-se, então, a popularização da utilização dos princípios para situações dessa natureza, causando a posterior e quase esperada evolução desse mesmo ideário aos conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas abertas e toda a orbe de inovações normativas que escapassem da tradicional visão “Se F, então P”. Ou seja: estabeleceu-se uma espécie de consenso segundo o qual os casos que ostentassem resposta pronta, porque produto de subsunção do fato à regra, seriam classificados como fáceis e, como tais, encontrariam terreno repouso na metodologia dedutiva para a sua eliminação do cenário conflituoso; por outro lado, em todas as demais testilhas em que a dedução não encontrasse *locus* apropriado, não haveria outra solução

senão a apropriação de princípios enquanto técnica de imprescindível utilização para a resolução destas situações mais dificultosas, isto é, dos casos tidos como difíceis.

Tornando a proposta de Dworkin um pouco mais visual:

| Tipologia do caso | Técnica decisória correspondente |
|--------------------------|---|
| Casos fáceis | Técnica dedutiva |
| Casos difíceis | Técnica principiológica |

Ocorre que, talvez por capricho do destino, ou como decorrência da complexidade que vivenciamos enquanto seres habitantes deste planeta, até mesmo os casos difíceis se encontram superados em sua definição semântica de origem. Existissem somente as perspectivas dedutivo e principiológicas para desate de controvérsias mais curiais ou dificultosas no ambiente jurisdicional, creio poder dizer que nos encontraríamos em uma confortável situação, demandando pouco da elasticidade do sistema jurídico e, bem assim, do desenvolvimento de novas técnicas decisórias para fazer frente aos desafios sempre perenes que nos são postos, querendo ou não, pela pluralidade de novas facetas das mesmas realidades anteriormente visualizadas, qualificadas e adjetivadas por requisitos inéditos; estes, aliás, que lhes conferem muitas vezes ares de verdadeiras novas estruturas fáticas que descabem em anteriores, em poeirados e consolidados ambientes de valorações antropológicas, sociais e jurídicas já desgastadas pelo passar do tempo. Daí por que outra solução não se nos apresenta senão o incremento da tipologia outrora considerada inédita, assim como o enlevo de técnicas decisórias que se revelem compatíveis com as agruras fáticas anunciadas.

3. Uma nova tipologia de casos: enunciações primárias

3.1 Casos fáceis com consequências difíceis

Uma primeira releitura que se pode empreender é que os casos fáceis podem oferecer dificuldade não na extração da conclusão enquan-

to elemento que é garantido pelas premissas que lhe antecedem, em ordem a propiciar a formação de um argumento tido como logicamente sólido⁶. Muitas vezes, a conclusão é de fato achegada nos limites e de acordo com a formatação silogístico-dedutiva, ocorrendo que a problemática que reclama deliberação judicial não se encontra propriamente na etapa de reconhecimento e aplicação do resultado final concebido como decorrência da subsunção do fato à norma, senão, em realidade, aos *efeitos* da conclusão que foi propiciada pela dedução. Esta, por poder se revelar escabrosa e fatal ora sob o ponto de vista jurídico, ora econômico, ou ora social, merece tratamento em separado e, bem por isso, a utilização de técnica decisória que a trate de maneira independente.

Vou me valer de um exemplo para aclarar o que até agora foi mencionado. Por oportunidade do julgamento da ADIn 2.240-BA, o Supremo Tribunal Federal apreciou a constitucionalidade da lei de criação do Município de Luís Eduardo Magalhães, na Bahia, como decorrência do desmembramento do município de Barreiras (Lei Estadual Baiana 7.619/2000). Argumentava-se que a lei criadora não obedecera aos trâmites destacados e exigidos pela Constituição da República no art. 18, § 4º, e, como tal, outra coisa não se poderia esperar senão a sua proscrição como decorrência do reconhecimento da inconstitucionalidade. O julgamento, em si, obedeceu ao critério dedutivo, sendo a premissa normativa, o parâmetro de aferição referencial, a Constituição da República, que, tendo a norma que exigia uma formatação específica para a elaboração de leis criadoras de municípios violada, então outra solução não se afiguraria adequada senão a efetivação do efeito ablativo, consistente na retirada da lei eivada de inconstitucionalidade do ambiente jurídico-normativo positivo. A situação foi conhecida como do “município putativo”⁷.

A problemática poderia ser enquadrada, em exame prefacial, na categoria de “caso fácil”, uma vez que a dedução se revelou suficiente para a resolução da casuística. O paralelismo, no entanto, sobrevém à conclusão: o que fazer, e qual eficácia esperar, após a proclamação da inconstitucionalidade da lei criadora do município? Sabendo que o efeito ablativo se opera após a proclamação do resultado do julgamento pelo

STF, no instante seguinte a que este se verificasse, em qual realidade se encontraria o município cuja lei criadora fora afastada do ambiente jurídico?

Uma de duas conclusões adviria, inexoravelmente: a) a mais provável – a decisão judicial seria solenemente ignorada pelos habitantes do município, muitos dos quais decerto até mesmo desconheceriam a existência de um Supremo Tribunal Federal com competência para analisar a constitucionalidade de leis e atos normativos; ou b) acaso

*Caso fácil com
consequências
difíceis demandam
técnicas decisórias
que se afastam
da metodologia
dedutiva
tradicional*

observada na íntegra e com todos os seus efeitos, a decisão produziria um total e absoluto caos entre os munícipes e a administração pública.

Como nenhuma das duas soluções se apresentava adequada, outra teve que ser a saída pela suprema corte, que, levando em consideração a importância do tema e, sobretudo, a possibilidade de os efeitos da sua decisão serem defenestrados pela pujança da conformação da realidade social, optou por manter a vigência da lei eivada por inconstitucionalidade pelo prazo de 24 meses, até que o legislador estadual estabelecesse novo regramento.

O caso poderia ser inicialmente classificado como fácil, porque para a sua solução bastava a metodologia dedutiva. Identificando-se a premissa normativa, a fática e a conclusão, alcançava-se a proscrição do ato normativo que desobedeceu aos ditames da carta maior em seus elementos formais exigidos. O problema não estava aí, mas na questão de como tratar dos efeitos da inconstitucionalidade reconhecida; e, ainda, por meio de qual técnica. A opção do STF foi a utilização de técnica conhecida como “apelo ao legislador”⁸, mas outras também poderiam ser invocadas, figurando entre tais: a técnica da *decisão estruturante* e a teoria do *compromisso significativo*, adiante abordadas.

Temos, então, um caso que, embora fácil, apresenta consequências difíceis e, por isso, pode ser exatamente assim denominado: *caso fácil com consequências difíceis*, demandando técnicas decisórias que se afastam da metodologia dedutiva tradicional.

3.2 Casos trágicos

Da mesma forma que os casos fáceis com consequências difíceis não se encontram alinhados à tradicional classificação proposta por Dworkin e, por isso, não encontram seguro embasamento nas técnicas dedutiva e principiológicas, outra será a conformação diante de situações em que não se verifique inicialmente qualquer solução cabível minimamente proveitosa a quaisquer dos envolvidos na trama materializada em expediente judicial. Esta é a sede dos casos tidos como trágicos, em que, infelizmente, qualquer solução postulada, advogada ou proposta, não ostenta o mínimo de efeito positivo para os contenedores e aqueles que, direta ou indiretamente, encontrem-se atrelados aos meandros fáticos da problemática delineada⁹.

Imagine, caro leitor, o seguinte exemplo: uma criança é retirada do seio familiar, em virtude da alegação de um suposto abuso por parte de algum parente/representante, contando com a criminosa omissão de outro, que igualmente ostenta o poder familiar sobre o menor. A criança é abrigada por força de ordem judicial e lá permanece, em primeiro momento de maneira temporária e depois definitiva, à vista da condenação criminal dos envolvidos e diante da ausência de quaisquer outros familiares que possam se responsabilizar pela guarda.

Na situação narrada, não se verifica qualquer solução efetiva à agrura materializada no processo. Efetivamente, todas as soluções, para todos os envolvidos, serão péssimas, variando desde a criança já encontrada em situação de abuso e, posteriormente, institucionalizada¹⁰ até o Estado, na contingência legalmente imposta de assumir para si, com os correspondentes custos, a guarda e cuidado de um ser humano; e, ao final, também aos familiares, que, por culpa de suas ações e omissões, foram correta e legalmente desprovidos da companhia do menor que ultimaram por lastimar e ferir.

Em tal situação, a tipologia correta da classificação não pode ser a de caso difícil, uma vez que este, conquanto apele às técnicas principiológicas, apresenta alguma forma de solução, ou vislumbre nesse sentido. Na literatura temática, debate-se se as soluções para os casos difíceis seriam plúrimas, ou unívoca¹¹, mas uma coisa é certa e não

se debate: haveria algum tipo de solução, ou ao menos o arremedo de alguma.

Nos casos trágicos, no entanto, simplesmente não há solução integralmente boa ou estável o suficiente a ser considerada como completamente adequada. Todas são ruins e os rumos perseguidos são: i) prevenção imediata quanto a ulteriores violações de direitos; ii) distributivo-reparatória, punindo-se os agressores à ordem jurídico-normativa; e, finalmente, iii) preventiva protraída no tempo, cuidando para não serem perpetradas outras lesões. No fundo, entretanto, a despeito dos objetivos colimados, uma vez consumado o prejuízo, situado no mais fundo e recôndito meandro da subjetividade, a reparação não passará de uma onírica ilação.

Em casos tais, não há sequer como cogitar da aplicação da metodologia dedutiva e, por outro lado, a principiologia somente calhará bem para resolver questões pendentes incidentais, como a retirada em si da criança do convívio familiar e outras conexas; mas não a problemática como tal¹². Outra, portanto, deve ser a técnica almejada para alcançar tal intento, ou, ao menos, para arrefecer as nefastas consequências produzidas pela dura realidade para os envolvidos. Em poucas palavras: regras e princípios não ajudam se não se está buscando uma solução, mas diversas soluções para inúmeros eixos do mesmo problema. Qual, então, deverá ser a técnica buscada? Haverá mais de uma técnica cuja utilização se revele interessante ao caso? Adiante veremos.

3.3 Enfim, os casos dilemáticos

No alcance de uma tipologia proposta a cobrir algo substancial da realidade complexa apresentada, impõe-se examinar o extremo oposto ao caso anteriormente tido como trágico: situação para a qual as soluções se revelam plurais, inúmeras, todas capazes de viabilizar, de forma igualmente aceitáveis sob o ponto de vista jurídico, o desate da questão controvertida.

A teoria da decisão judicial denomina casos desta envergadura como “dilemáticos”, ou “dilemas constitucionais”, porque em geral se apresentam na formatação de conflitos de direitos constitucionalmen-

te previstos, ambiente em que não se pode, desde logo, perceber a primazia de um sobre o outro e, quando se decide em favor de um, o outro resta total e absolutamente aniquilado, afastado em sua inteireza¹³.

Desde logo se pode constatar não se tratar de um caso clássico de ponderação de princípios constitucionais, na medida em que neste o confronto dos princípios se resolve na dimensão do peso, de maneira a atribuir um peso argumentativo maior na inversa proporção de que a eficácia do outro princípio é verificada.

Nos dilemas, entretanto, o reconhecimento e aplicação de um princípio afasta, de janela, proscreve totalmente o outro, não viabilizando, com isso, qualquer espaço para a sua atuação. A técnica da ponderação será cabível em situações de conflito entre princípios no modo clássico, uma vez reconhecido um caso difícil, mas não nesta, em que não se trata de ponderação, senão de aplastamento de um sobre o outro. Sendo assim, não se deve falar em técnica de ponderação, porque disto não se trata.

Explicarei por meio de dois exemplos. Mary e Jodie, duas irmãs siamesas de Manchester, nasceram ligadas pelo baixo-abdômen. Infelizmente, Mary, que nasceu sem coração ou pulmões, mantinha-se viva através da irmã, Jodie. O caso foi judicializado, porque a recomendação médica era que as duas fossem separadas, já que os órgãos de Jodie não seriam capazes de viabilizar a vida para ambas. Os pais, católicos fervorosos, acreditavam que o destino de ambas deveria ser decidido unicamente por Deus. Ao final de grande embate jurídico, repercutido de maneira forte na sociedade inglesa, o Poder Judiciário determinou a realização da complexa cirurgia de separação, dando opção de vida à Jodie e necessariamente sacrificando Mary¹⁴.

Elizabeth Joice, uma norte-americana de 26 anos, descobriu em 2010 um câncer e, em virtude dos tratamentos, não podia ter filhos, conquanto este fosse o seu sonho. Um mês após a notícia, viu-se grávi-

Os provimentos
judiciais decisórios
conhecidos
como estruturais
apresentam a
característica
de adjudicarem
direitos, mas, ao
mesmo tempo,
programarem
e efetivarem a
execução do
decidido

da, tendo que optar pelo tratamento ou pela criança. A sua decisão foi ter o bebê e, como consequência, ver o câncer crescer e arrebatá-la a sua saúde pouco a pouco, enquanto a gestação se desenvolvia. Ao final do período gestacional, nasceu a pequena Lily, que conviveu com a mãe por poucos dias, a qual sucumbiu ao câncer¹⁵.

O que há de comum nos dois casos? É que, entre outras situações, o direito à vida foi ao mesmo tempo protegido e sacrificado; e ambos em sua inteireza. Não houve ponderação, relativização, ou qualquer tipo de dimensão de peso capaz de revelar, em proporções inversas, a salvaguarda de um princípio ao tempo em que o outro fora relativizado. Não! Ao contrário, ambos foram sacrificados e protegidos em todo o grau possível, sem qualquer tipo de meio termo. Extraí-se, então, que a técnica da ponderação não se revelaria capaz de solucionar a celeuma, porque não se trata de ponderar, senão de optar, com amparo jurídico, por algum princípio em detrimento de outro.

Daí por que o caso não é simplesmente difícil, senão dilemático. Quaisquer soluções estariam corretas; as alternativas competem em força e são incomensuráveis. Na primeira situação, estaria tão correto realizar a cirurgia, como não a fazer; e, no segundo, submeter-se aos tratamentos quimioterápicos que afastariam a possibilidade de levar a gestação a termo, como não os realizar, dando preferência à gravidez. E mais, as duas situações tratam do mesmo princípio em jogo, a vida, que, de forma nada binária, é ao mesmo tempo protegido e sacrificado.

Ora, se não se tem um caso com alguma solução correta e não se tratando de ponderação, mas de exercício integral de um princípio e prejuízo integral de outro, qual(is) técnica(s) poderia(m) ser utilizada(s) para análise do caso e sua correspondente solução de maneira racional sob o ponto de vista argumentativo; isto é, sem que a conclusão seja produto de escolha subjetiva, íntima e irracional (com falta de controle)? É o que se verá em seguida.

3.4 Tipologia proposta

Eis, então, a tipologia proposta:

i) casos fáceis;

- ii) *casos fáceis com consequências difíceis;*
- iii) *casos difíceis;*
- iv) *casos trágicos;*
- v) *casos dilemáticos.*

Agora cuidemos das correspondentes técnicas decisórias.

4. Técnicas decisórias propostas

4.1 Uma advertência necessária

Inicialmente, advirto ao leitor ser a proposta de técnicas decisórias, conforme a tipologia dos casos, meramente exemplificativa; e, obviamente, não se pode arvorar em tomar para si o esgotamento do tema.

Outra advertência: as explicações das técnicas decisórias neste espaço serão realizadas de maneira panorâmica. Assim, não pretendo verticalizar quaisquer dos temas afetos às técnicas mencionadas, cada qual capaz de gerar um artigo autônomo; e, por outro lado, sugiro ao leitor interessado verificar as referências aludidas no desenvolvimento do texto como forma de aprofundar a pesquisa e o estudo sobre o assunto.

4.2 Casos fáceis com consequências difíceis – técnicas correspondentes

a) a técnica do provimento estrutural (*structural injunctions*)

Os provimentos judiciais decisórios conhecidos como estruturais apresentam a característica de adjudicarem direitos, mas, ao mesmo tempo, programarem e efetivarem a execução do decidido. Independentemente da fiel observância ao quadrante normativo positivado, com frequência vão além, estabelecendo a forma da execução, ademais de normatizarem, por vezes, todo um setor ou segmento social.

Sérgio Cruz Arenhart, em trabalho justamente intitulado “Decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro”, destaca que as deci-

sões estruturais podem ser compreendidas como aquelas “que se orientam para uma perspectiva futura, tendo em conta a mais perfeita resolução da controvérsia como um todo, evitando que a decisão judicial se converta em problema maior do que o litígio que foi examinado”¹⁶.

Owen Fiss assim esclarece acerca da conceituação das decisões em foco:

Adjudication is the social process by which judges give meaning to our public values. Structural reform – the subject of this essay – is one type of adjudication, distinguished by the constitutional character of the public values, and even more importantly, by the fact that it involves an encounter between the judiciary and the state bureaucracies. The judge tries to give meaning to our constitutional values in the operation of these organizations. Structural reform truly acknowledges the bureaucratic character of the modern state, adapting traditional procedural forms to the new social reality, and in the years ahead promises to become a central – maybe the central – mode of constitutional adjudication.¹⁷

No Brasil, talvez o exemplo mais candente de decisão estrutural possa ter sido evidenciado por oportunidade do julgamento da ação popular que impugnava a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, em que o Supremo Tribunal Federal adicionou à parte dispositiva do acórdão 19 cláusulas condicionantes, as quais passariam a disciplinar a demarcação de qualquer terra indígena a ser realizada no país a partir de então¹⁸. Prolatou-se o que se vem denominando “sentença aditiva”¹⁹, que, por sua natureza, contém determinações abstratas e genéricas a regular determinado ponto omissis capaz de obstar o cumprimento de cláusulas constitucionais.

Esta técnica decisória parece lidar com os casos fáceis com consequências difíceis com desenvoltura mais adequada, uma vez que, de fora parte as questões alusivas à legitimidade de o Poder Judiciário se imiscuir na seara de outros poderes constituídos²⁰, cuida não apenas da adjudicação do direito, levado a cabo pela metodologia dedutiva, mas também pela sua resolução de maneira plena, com o efetivo encerramento da problemática que o envolve.

b) a técnica do compromisso significativo (*meaningful engagement*)

Outra técnica que pode ser considerada e utilizada no âmbito dos litígios caracterizados como fáceis, porém com consequências difíceis, é a do compromisso significativo (*meaningful engagement*). Se a técnica da decisão estruturante pode parecer algo invasiva da esfera de atribuições de outro poder, o compromisso significativo, de outro lado, situa-se na zona intermediária entre o cumprimento coercitivo do provimento decisório e a usurpação das atribuições alheias, ao menos para quem assim eventualmente a considere.

Esta técnica surgiu na corte constitucional sul-africana por oportunidade das decisões proferidas nos casos *i) Grootboom*; e *ii) Olivia Road*; e *iii) Joe Slovo*. No caso *Olivia Road*, em que ficou mais pontuada e esclarecida, debatia-se a efetivação de ordem de desocupação direcionada a mais de 400 ocupantes de prédios na cidade de Johannesburgo. A corte, ao revés de determinar a desocupação pura e simplesmente, emitiu ordem provisória para a cidade e os ocupantes se comprometerem significativamente a: *i)* resolver suas diferenças e dificuldades à luz dos valores da constituição; *ii)* aliviar a condição dos que viviam nos edifícios, tornando-os seguros e saudáveis; e *iii)* reportar os resultados do compromisso²¹.

Note-se, diferentemente das *structural injunctions*, não ter havido determinação haurida do Poder Judiciário já no sentido do cumprimento da decisão por um ou outro modo, não podendo o provimento ser criticado por supostamente invadir seara de atribuição de outro poder constituído. Ao contrário, o que ocorreu foi simplesmente a fixação de um compromisso, de teor coercitivo e não meramente recomendatório, para alinhamento das condutas estatais ao determinado pela corte. Esta forma de lidar com a questão das consequências difíceis de casos fáceis oferece uma riqueza de detalhamentos e possibilidades sem precedentes para o manejo do cumprimento da decisão sem o trauma institucional possivelmente gerado pela ordem pura e seca emanada das deliberações das cortes de justiça, muitas vezes sem o mínimo de visualização dos meios e modos administrativos por intermédio dos quais seria obedecida.

Se ao ler o parágrafo anterior você se lembrou daqueles casos tão corriqueiros em que determinada entidade de direito privado postula a rescisão de um contrato celebrado para fins habitacionais, geralmente com população de baixa renda, e, em antecipação de tutela, a reintegração na posse de imóvel como resultado do inadimplemento das prestações assumidas, saiba que esta é uma boa situação em que a teoria do compromisso significativo poderia ser utilizada. Isso porque a resolução do caso se enquadra facilmente na metodologia dedutiva – afinal, o contratante descumpriu o contrato que lhe dava direito à posse no imóvel –, mas as consequências do cumprimento de uma ordem de reintegração geralmente não são dimensionadas, ou sequer buscadas; ou, ao contrário, a entidade autora informa para onde irão as pessoas que integram a família que deverá sair do imóvel? Em casos tais, as consequências se revelam dificultosas e calharia bem, antes do cumprimento da ordem, fazer como deliberou a corte sul-africana no caso *Olivia Road* e fixar um compromisso significativo de realocação das famílias afetadas para, só então, cumprir-se o determinado judicialmente.

4.3 Casos trágicos e correspondente técnica

Esta tipologia se caracteriza pela ausência de soluções corretas, ou, dito de forma mais técnica, por conflitos cujos meandros fáticos não ostentam, com a adjudicação de direitos, resolução definitiva; ou, ainda, em que a atividade substitutiva da vontade enredada pelo Poder Judiciário não terá o condão de eliminar os aspectos nodais da controvérsia, funcionando mais bem no ambiente da prevenção de efeitos decorrentes da violação aos direitos envolvidos na questão.

Em assim sendo, considerando que se está tentando evitar o incremento de efeitos nocivos decorrentes da violação à ordem jurídico-positiva, talvez também nesta esfera deva ser procurada a técnica decisória mais adequada ao manejo da causa. Note-se que não estou mencionando resolução do conflito, já que a decisão se circunscreverá a minimizar os seus efeitos, mas, em realidade, manejo da questão conflituosa, sede adequada em que a decisão poderá obrar efeitos e

externalidades que poderão vir a fazer diferença na conformação do ponto nodal em litígio à moldura constitucional de referência.

Neste ponto as técnicas voltadas à busca por eficiência no contexto da adjudicação de direitos, ou aquelas conexas ao mesmo ideário, podem ser úteis, porque mais bem direcionadas à concretude da efetivação de direitos e menos à sua percepção em abstrato. Faço específica referência à seguinte, em *numerus apertus*, evidentemente: técnica do interesse premente, também conhecida como do perigo real e imediato, ou, ainda, perigo claro e presente.

A teoria do perigo real e imediato (ou perigo claro e presente – *clear and present danger*), fundamentada na ideia de interesse premente, ficou assim intitulada desde o julgamento dos casos *Abrams e Schenk vs. EUA*, pela Suprema Corte norte-americana, consistindo em um exame contextualizado da situação de urgência e a necessidade ou não de, diante do quadro apresentado, medidas excepcionais serem adotadas, ainda que em afronta à coerência externada por precedentes, ou derrotando regras²². A teoria em foco permite trazer à concretude das situações conflitivas a ideia de consequência da decisão para a análise do melhor direito a ser realizado no caso em debate. Assim, por exemplo, na necessidade de institucionalização de crianças, o perigo real e imediato poderá ser utilizado para aferir qual o interesse mais premente em jogo; e, uma vez identificado, o que fazer para resguardá-lo da maneira juridicamente mais viável.

A fundamentação deverá ser lançada não apenas com a tônica de observância de princípios abstratos como o do melhor interesse da criança, preservação da família, ou conexas – podendo fazer colapsar o contexto de justificação como fruto de um entimema subjetivo a gerar, por consequência, uma decisão *ad hoc*, cabível para qualquer conflito –, mas, de outro modo, considerando a identificação de qual deverá ser o interesse premente a ser resguardado do perigo real e imediato e, por consequência, quais as vantagens concretas, naquele caso, apontadas de maneira discriminada, da sua salvaguarda para o titular desse interesse.

Algo próximo a isso foi tentando pelo direito positivo com o advento da Lei 13.655/18, que, introduzindo artigos na LINDB – Lei de

introdução às normas do Direito Brasileiro, fez referência aos conceitos de consequências práticas (art. 20), jurídicas e administrativas (art. 21) da decisão²³. Os artigos e as expressões não foram muito bem utilizados, porque, entre outras razões, confundem consequências (critério deontológico), com impactos (critério fático), mas já se prestam a demonstrar duas coisas: a) a possibilidade de se trabalhar com a ideia de *consequências* no plano da *definição* de direitos; b) a imperativa necessidade de justificação desta consequência adotada como razão justificadora da decisão.

Conquanto a regra se circunscreva, no âmbito de sua incidência, aos conflitos que envolvam questões afetas às decisões e/ou atos administrativos tismados, nada obsta que se possa adotá-la, ainda que analogicamente, no espaço de aferição de elementos causais e fáticos inerentes i) à definição do interesse premente envolvido na espécie; ii) à definição, detalhamento e discriminação objetiva da forma de proteger o interesse tido como premente no caso.

4.4 Casos dilemáticos e técnica sugerida

Nos casos dilemáticos, ou de dilemas constitucionais, todas as soluções buscadas estão situadas no plano da viabilidade jurídica; ou, de outra forma, não há soluções que se pretendam inadequadas. Reitero que, diversamente do que se poderia imaginar, não se trata de ponderação entre princípios afetados em seu âmbito de aplicação, mas de decisão com base em um princípio que, por sua aplicação, aplastará totalmente a vertente de aplicação do outro, afastando-o do quadro jurídico para aquela específica situação. E, ademais, duas particularidades podem ainda ser destacadas: a) em geral, trata-se do mesmo princípio envolvido (por exemplo: o direito à vida, como na infeliz situação das gêmeas Mary e Jodie); e b) ainda que se tratem de princípios diversos, qualquer deles pode ser tido como correto ao momento da decisão do caso.

Diante deste panorama, não se aplicando técnicas referentes a solução de antinomias principiológicas (como a ponderação, a razoabilidade, diálogo de fontes e até mesmo as tradicionais técnicas referentes às

antinomias de regras, como os critérios cronológico, da especialidade e hierarquia), outras devem ser buscadas para auxiliar no desate do ponto. Sugiro, sem prejuízo de outras tantas, a técnica derivada da *teoria do segundo melhor*²⁴.

A teoria do segundo melhor, de autoria de Carlos Santiago Nino, advém da concepção do autor pela observância de considerações de ordem moral hauridas do que denomina “dimensão ideal da Constituição”, ou seja, um feixe de princípios morais que podem ser obtidos da chamada constituição histórica de cada país²⁵. Em casos de dúvidas acerca de quais valores escolher para embasar uma decisão que orbite na pouco clara área da aferição do melhor princípio a ser utilizado, deverá o julgador optar por reproduzir os *valores epistêmicos* da constituição histórica, consagrando a decisão que fora outrora coletivamente adotada na escolha de valores democráticos. O julgador deverá vir a abrir mão da sua escolha, que seria a primeira melhor, mas adotará a seguinte (a segunda melhor), porque oriunda do balizamento de valores levados a cabo pela escolha democrática dos valores epistêmicos constitucionais fundamentais²⁶.

Nos casos dilemáticos, ou de dilemas constitucionais, todas as soluções buscadas estão situadas no plano da viabilidade jurídica

Rememoremos o caso Mary e Jodie, e de Elizabeth Joice e da pequena Lily, ambos pontuados como dilemáticos. Nas duas situações, a observância do direito à vida de um (Mary, ou Elizabeth) produziria lesão definitiva à vida do outro envolvido (Jodie, ou Lily). Como decidir com base na teoria do segundo melhor, então? A recomendação de Nino é que a constituição histórica nos fornece uma carga de valores epistêmicos que se presta a gerar princípios morais de base, compulsoriamente observados, sob pena de violação à concepção de democracia, porque a preferência individual terá maior força axiológica às escolhas traçadas pelos legitimados constitucionalmente a tanto.

Tendo em linha de conta esta ideia, deverá ser verificado qual valor epistêmico envolvido no caso possui preferência pelo sistema. No caso de Mary e Jodie, os valores epistêmicos envolvidos são: vida (de ambas)

e religião (escolha dos pais pela não intervenção); e no caso de Elizabeth e Lily, os valores epistêmicos envolvidos são: vida (de Elizabeth e Lily) e liberdade individual (escolha de Elizabeth). Deverá o decisor, então, diante destes valores epistêmicos identificados, perscrutar o ordenamento constitucional para verificar, deliberar e argumentar no sentido da prevalência de um ou outro, tanto nos conflitos externos (vida-religião; e vida-liberdade individual), como nos internos (vida-vida). A resposta não é apriorística e caberá a cada um. Adianto, contudo, a minha opinião e utilizo o caso de Elizabeth para tanto, por ser de mais fácil visualização.

Entendo que no conflito externo (vida-liberdade individual), prevalece como valor epistêmico a vida, já que sem ela a liberdade individual não poderá ser exercida. Este é, pois, o valor epistêmico predominante para este grau de conflito e, por isso, deve ser a baliza para o interno. No conflito interno (vida de Elizabeth e vida de Lily), compreendo que o direito de Lily deve ser salvaguardado, porque inserto no quadro protetivo do melhor interesse da criança definido como prioridade constitucional e, por isso, valor epistêmico predominante geral. Assim, acaso questionada judicialmente a decisão de Elizabeth de não se submeter ao tratamento quimioterápico para viabilizar o prosseguimento da gestação, não veria como afastar a sua decisão, já que fundada em valor tido como predominante sob o ponto de vista epistêmico. Poderia até mesmo discordar da decisão, concebendo que a minha deliberação fosse diversa acaso estivesse inserido no mesmo contexto (esta seria a melhor opção, a primeira, de que trata a teoria), mas a tomada de posição da Constituição histórica pela prevalência do melhor interesse da criança definiria o caso (esta seria a segunda melhor opção, consoante pontuado pela doutrina) e, portanto, não haveria como decidir de outra forma sem a adoção de posicionamentos morais individuais discrepantes das escolhas constitucionais.

Repito que não há, obviamente, escolha única; a própria tônica de casos dilemáticos aponta neste sentido. Isso, contudo, não afasta a possibilidade de uma metodologia para que se possa chegar a uma decisão que atenda ao contexto da justificação e, portanto, afaste-se de meras escolhas morais, subjetivas e, como consequência, irracionais, *ad hoc*.

Claro que existe forte carga subjetiva na percepção dos valores epistêmicos predominantes, do quadro constitucional em que estão inseridos e, ainda, da conformação e interação entre direitos de idêntica estatura. O que, sem embargo, está em questão não é a subjetividade na escolha, que não poderia jamais ser afastada da aplicação do direito, mas a maneira de justificá-la de modo racional, credenciando a decisão como legitimada sob o ponto de vista argumentativo.

5. Quadro ilustrativo final

Em assim sendo, sem prejuízo de outras tantas tipologias de casos que possam ser adotadas como classificações úteis, e, ainda, da enorme multiplicidade de técnicas decisórias correspondentes, sugiro a seguinte correlação, que acredito poder auxiliar na resolução de casos, tornando a decisão racional e legitimada:

| TIPOLOGIA DO CASO | TÉCNICA DECISÓRIA |
|---|--|
| Casos fáceis | Técnica dedutiva |
| Casos fáceis com consequências difíceis | a) técnica do provimento estrutural (structural injunctions); b) técnica do compromisso significativo (meaningful engagement) |
| Casos difíceis | Técnicas não dedutivas – princípios (ponderação, razoabilidade, diálogo de fontes etc.) |
| Casos trágicos | Técnica do interesse premente (perigo claro e presente – clear and present danger) |
| Casos dilemáticos | Técnica do segundo melhor |

Conclusão

O presente artigo objetivou, em um primeiro momento, revisitar a tipologia de casos outrora tradicionalmente identificados como i) fáceis; e ii) difíceis. Esta classificação não mais se adequa à pluralidade de situações conflituosas apresentadas no contexto social atual. Por isso, colimou-se investigar o acerto da hipótese de trabalho mencionada na introdução, isto é, que tipologia de casos se correlaciona necessariamente com técnicas decisórias úteis para o desate das correspondentes questões controvertidas.

Nesse sentido, pontuada a correlação *tipologia de casos-técnicas decisórias*, cuidou-se de exemplificar algumas das técnicas decisórias que mais bem se adequariam à tipologia previamente apresentada, elaborando-se, ao final, quadro esquemático.

Em assim sendo, o artigo apresentado é descritivo ao ponto em que mencionadas a tradicional classificação de casos e a existência das técnicas decisórias delineadas; e propositivo ao momento em que constatada a insuficiência da tipologia tradicional, apresentando nova classificação e, ainda, sustentando a correlação da nova tipologia com as técnicas outrora descritas.

Repiso que não há qualquer pretensão de i) resolução definitiva de casos, ii) esgotamento de técnicas decisórias existentes; ou, o que seria mais pernicioso na compreensão da leitura do artigo, iii) aprisionamento do direito e/ou da realidade fática à tipologia dos casos, por meio, respectivamente, das técnicas decisórias e da classificação. Se o artigo for interpretado de uma destas três maneiras, o leitor assim estará procedendo por sua opção, ou, para terminar com algo argumentativo, *ad hoc* e sem amparo no contexto de justificação.

Notas

1. Pós-doutor em Direito pelas Universidade de León/ES e PUCPR. Doutor pela UFPR e Mestre em Direito pela PUCPR. Juiz de Direito. Professor de teoria do direito e filosofia jurídica na PUCPR e em cursos de teoria da decisão judicial. E-mail: tiagogagliano@hotmail.com.

2. Dworkin, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução Luis Carlos Borges (revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios; revisão de tradução Silvana Vieira). 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 07-08 e 241. DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes.
3. A utilidade das classificações pode ser notada, principalmente, sob o ponto de vista da lógica e da semiótica. Não abordarei este tema aqui, mas, para os interessados, faço algumas referências: BARTHES, Roland. Elementos de semiologia. Tradução de Izidoro Blikstein. 16. ed. São Paulo: Cultrix, 2006. CARNAP, Rudolf. O caráter metodológico dos conceitos teóricos. Coletânea de textos. Traduções de Luiz João Baraúna e Pablo Rubén Mariconda. São Paulo: Abril Cultura, 1980.
4. Sobre a necessidade de racionalidade na argumentação jurídica, *inter plures*: ATIENZA, Manuel. As razões do direito – Teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Editora Landy, 3. ed., 2003.
5. DWORKIN, R. Levando os Direitos à Sério. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
6. Para compreensão a estrutura do argumento tido como sólido: COPI, Irving Marmer. Introdução à lógica. Tradução de Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.
7. Íntegra da notícia e apreciação jurídica disponíveis em <http://www.conjur.com.br/2009-mar-10/stf-criacao-municipio-luis-eduardo-magalhaes-bahia>. Acesso em 03 jul. de 2019.
8. Acerca da referida técnica: MENDES, Gilmar Ferreira. O apelo ao legislador: apellentscheidung: na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã. Íntegra disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/175956>. Acesso em 03 jul. de 2019.
9. Um caso pode ser considerado trágico quando, com relação a ele, não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral” ATIENZA, Manuel, *op. cit.*, p. 226. Também acerca da conceituação de casos trágicos: TOMAZETTE, Marlon. A teoria da argumentação jurídica e a justificação das decisões contra legem. *In: DIREITO E PRÁXIS*, vol. 03, n. 02, 2011, p. 154-171. ARIZA, Santiago Sastre. Sobre la dificultad de los llamados casos fáciles, difíciles y trágicos. *In: DERECHO Y OPINIÓN*, p. 295-306, 199; e, ainda, LA FUENTE, Oscar Pérez de. Una aproximación aristotélica a la deliberación en casos trágicos. Madrid: Universidad Carlos III. *In: CUADERNOS ELECTRÓNICOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO*, n. 15, 2007 (14 p.) e LARIGUET, Guillermo. Conflictos trágicos genuinos, ponderación y límites de la racionalidad jurídica: en torno a algunas ideas de Manuel Atienza. *In: ISONOMÍA*, n. 24, abril 2006, p. 93-113.

10. Entregue aos cuidados do Estado, que velará muitas vezes apenas pela sua manutenção, desprovendo-a da segurança e do conforto psicológico do seio familiar (em que, obviamente, não fosse abusada) e ainda a inserirá no sistema de adoção, para o qual de repente não logrará obter a recolocação familiar, alcançando uma situação de desabrigo compulsório ao atingir a maioridade, em que será inserida no contexto social decerto com lacunas inconscientes e deficiências psicológicas e de formação.
11. Por todos: PULIDO, Carlos Bernal. Estructura y límites de la ponderación. In: *Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 26. Universidad de Alicante, 2003.
12. Há uma importante diferença que pouco a pouco vem sendo construída, delineada e fixada pela teoria da argumentação jurídica a respeito da diferença entre as resoluções i) do processo; e ii) do caso. Ambas são diversas em natureza e se pode dizer que o conflito está realmente solucionado quando esta é conseguida. O assunto demanda maiores digressões e, por isso, não poderá ser abordado neste momento.
13. Interessante debate acerca da conceituação de dilemas constitucionais pode ser lido e apreciado no seguinte trabalho: ZUCCA, Lorenzo; LARIGUET, Guillermo; ZORRILLA, David Martínez; ÁLVAREZ, Silvina. Dilemas Constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales. Madrid: Marcial Pons, 2011. Entre todas as definições, reputo mais acertada a exposta por Lorenzo Zucca, segundo a qual nos dilemas as alternativas competem em força e são incomensuráveis, ou seja, não admitem relativização.
14. Íntegra da notícia pode ser obtida em <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft2309200016.htm>. Acesso em 03 jul. de 2019.
15. Íntegra da notícia pode ser obtida em <https://extra.globo.com/noticias/mundo/americana-morre-ao-desistir-de-tratamento-contra-cancer-para-preservar-sau-de-da-filha-12044423.html>. Acesso em 03 de jul. de 2019.
16. ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro. *RePro* 225, nov. 2013, p. 07.
17. FISS, Owen, *op. cit.*, p. 02. Outros autores, a exemplo, de Rodger Citron – CITRON, Rodger. The case for a structural injunction to improve indigent defense services. In: *The Yale Law Journal* – vol. 101: 481, CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard law review*, v. 89, n. 7, mai. 1976., além de Mark Tushnet: TUSHNET, Mark. Reflections on judicial enforcement of social and economic rights in the twenty-first century. *NUJS law review*. 177, abr. 2011 também vêm estudando a temática ora tratada.
18. Todas as cláusulas podem ser verificadas no excelente trabalho desenvolvido por Ana Sinara Fernandes Camilo, com especial realce à cláusula 17. CAMILO, Ana Sinara Fernandes. O STF, a Condicionante n.º. 17 do caso “Raposa Serra do Sol” e a sua possível repercussão na demarcação das terras indígenas no Ceará. Íntegra

- do trabalho disponível em <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3830.pdf>> Acesso em 17 janeiro 2013.
19. Para Leandro Paulsen, sentença aditiva é aquela “decisão que, reconhecendo a inconstitucionalidade de uma lei, adita e adéqua-lhe à interpretação da Constituição. Em verdade, a sentença aditiva manipula a norma que reputa inconstitucional, por insuficiência do seu enunciado, estendendo o seu alcance, ou seja, ampliando o seu âmbito de incidência, com o escopo de torná-la constitucional.” PAULSEN, Leandro. A sentença aditiva como método de afirmação de constitucionalidade. Texto disponível na íntegra em <http://www.leandropaulsen.com/site/textos_detalhe.asp?ID=33> Acesso em 17 janeiro 2013.
 20. Não trabalhadas e/ou enfrentadas neste momento.
 21. JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araujo Vieira. SEPARAÇÃO DE PODERES, ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E COMPROMISSO SIGNIFICATIVO: Novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. *In*: NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS DA CONSULTORIA LEGISLATIVA. Íntegra do texto disponível em <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>. Acesso em 01 jul. de 2019. Também podem ser consultados os seguintes trabalhos: PARDO, David. Compromisso significativo. Artigo publicado no jornal Correio Braziliense, no caderno opinião, p. 9, em 14.09.2015 e, do mesmo autor: Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no “compromisso significativo”. *In*: Revista de Direito Ambiental, nº 72, out/dez 2013. Há também uma interessante dissertação de mestrado sobre a temática: NETO, Gentil Ferreira de Souza. A Força Normativa da Constituição, a judicialização das políticas públicas e o compromisso significativo. Íntegra disponível em http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2446/Disserta%C3%A7%C3%A3o_Gentil%20Ferreira%20de%20Souza%20Neto_DIREITO%20CONSTITUCIONAL_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 03 jul. de 2019.
 22. O caso, relatado por Oliver Wendell Holmes Jr., em 1919, consistiu, muito resumidamente, no exame da legalidade da conduta de distribuição de panfletos socialistas, inicialmente por Jacob Abrams, em aparente malferimento às leis publicadas durante o período da Primeira Guerra Mundial, em 1918. A condenação considerou as circunstâncias da Primeira Guerra Mundial e a relativização à liberdade de expressão que o “perigo claro e presente” ensejava e devia ser considerado para fins de estabilização política do país. Notícia dos casos pode ser encontrada em http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/personality/landmark_abrams.html. Acesso em 03 jul. de 2019.
 23. Íntegra da lei disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em 03 jul. de 2019.
 24. C.S. NINO, Richard Lipsey y Kelvin Lancaster em: “The General Theory of the Second Best” (1956).

25. (...) “las acciones y decisiones, como aquellas que se toman respecto de problemas constitucionales, o pueden ser justificadas sobre la base de normas positivas tales como la constitución histórica, sino sólo sobre la base de razones autónomas, que son, al fin de cuentas, principios morales”. NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 70.
26. NINO, Carlos Santiago, *La Constitución e la Democracia Deliberativa*, p. 181.

Referências

- AGUIAR, Jospelia. Decisão, inédita na Justiça britânica, foi descrita como “dolorosamente difícil”, pois uma das gêmeas vai morrer: Juízes confirmam separação de siamesas. *Revista de São Paulo*, São Paulo, 23 set. 2000. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft2309200016.htm>>. Acesso em: 03 jul. 2019.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, [s.l.], v. 38, n. 225, p. 389-410, 2013.
- ARIZA, Santiago Sastre. Sobre la dificultad de los llamados casos fáciles, difíciles y trágicos. *Derecho y Opinión*, Espanha, v. 1, n. 1993, p. 295-308, 1993.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003. 238 p. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino.
- BARTHER, Ronald. *Elementos de Semiologia*. 16. ed. São Paulo: Cultrix, 2006. 120 p. Tradução de Izidoro Blikstein.
- BRASIL. Lei 13.655, de 25 de abril de 2018. Brasília, DF, 26 abr. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm>. Acesso em: 03 jul. 2019.
- CAMILO, A. S. F. O STF, a condicionante nº 17 do caso ‘Raposa Serra do Sol’ e a sua possível repercussão na demarcação das terras indígenas no Ceará. In: *XIX Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação – CONPEDI*, 2010, Fortaleza. XIX Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação – CONPEDI, 2010. v. XIX.
- CARNAP, Rudolf. *O caráter metodológico dos conceitos teóricos*. São Paulo: Abril Cultura, 1980. Traduções de Luiz João Baraúna e Pablo Rubén Mariconda.
- CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*, [s.l.], v. 89, n. 7, p.1281-1316, maio 1976. JSTOR. <http://dx.doi.org/10.2307/1340256>.
- CITRON, Rodger. (Un)Lucky v. Miller: The Case for a Structural Injunction to Improve Indigent Defense Services. *The Yale Law Journal*, [s.l.], v. 101, n. 2, p. 481-504, nov. 1991. JSTOR. <http://dx.doi.org/10.2307/796807>.
- COPI, Irving Marmar. *Introdução à lógica*. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978. 281 p. Tradução de Álvaro Cabral.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2010. 592 p. Tradução Nelson Boeira.

- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. 536 p. Tradução de Jefferson Luiz Camargo.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 610 p. Tradução Luis Carlos Borges (revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios; revisão de tradução Silvana Vieira).
- KONKOLY, Toni. *Abrams v. United States (1919)*. 2006. Disponível em: <https://www.thirteen.org/wnet/supremecourt/personality/landmark_abrams.html>. Acesso em: 03 jul. 2019.
- LAFUENTE, Oscar Pérez de. Una aproximación aristotélica a la deliberación en casos trágicos. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Madrid, v. 15, p. 1-15, 2007. Universidad Carlos III de Madrid.
- LARIGUET, Guilherme. Conflictos trágicos genuinos, ponderación y límites de la racionalidad jurídica: en torno a algunas ideas de Manuel Atienza. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, v. 24, p. 93-113, 24 abr. 2006.
- LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. *A criação de municípios e a jurisprudência do STF*. 2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-mar-10/stf-criacao-municipio-luis-eduardo-magalhaes-bahia>>. Acesso em: 03 jul. 2019.
- LIPSEY, R. G.; LANCASTER, Kelvin. The General Theory of Second Best. *The Review Of Economic Studies*, [s.l.], v. 24, n. 1, p. 11-32, 1956. Oxford University Press (OUP). <http://dx.doi.org/10.2307/2296233>.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *O apelo ao legislador: Apellentscheidung: na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã*. 1992. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/175956>>. Acesso em: 03 jul. 2019.
- NINO, Carlos Santiago. *La constitucion de la democracia deliberativa*. Espanha: Gedisa, 1999. 304 p.
- PAULSEN, Leandro. *A sentença aditiva como método de afirmação de constitucionalidade*. Texto disponível na íntegra. Acesso em 17 janeiro 2013.
- PARDO, David. Compromisso significativo. Artigo publicado no jornal *Correio Braziliense*, no caderno opinião, p. 9, em 14.09.2015.
- PRADO, David. Judiciário e Políticas Públicas Ambientais: uma proposta de atuação baseada no “Compromisso significativo”, *Revista de Direito Ambiental*, nº 72, out/dez 2013.
- PULIDO, Carlos Bernal. Estructura y límites de la ponderación. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, [s.l.], n. 26, p. 225-238, 2003. Universidad de Alicante Servicio de Publicaciones. <http://dx.doi.org/10.14198/doxa2003.26.12>.
- SOUZA NETO, Gentil Ferreira de. *A força normativa da constituição, a judicialização das políticas públicas e o compromisso significativo*. 2018. 146 f. Dissertação (Mestrado) – *Curso de Direito, Direito Constitucional, Instituto Brasiliense de Direito Público*, Brasília, 2018. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2446/Disserta%C3%A7%C3%A3o_Gentil%20Ferreira%20de%20Souza%20Neto_DIREITO%20CONSTITUCIONAL_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 03 jul. 2019.

- TOMAZETTE, Marlon. A teoria da argumentação e a justificação das decisões contra legem / Legal reasoning and justification of contra legem decisions. *Revista Direito e Práxis*, [s.l.], v. 2, n. 3, p.154-171, 15 dez. 2011. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.12957/dep.2011.1877>.
- TUSHNET, Mark. Reflections on judicial enforcement of social and economic rights in the twenty-first century. *Nujs Law Review*, India, v. 4, n. 2, p. 177-187, 2011.
- UNKNOWN. *Americana morre ao desistir de tratamento contra câncer para preservar a saúde da filha*. 2014. Disponível em: <<https://extra.globo.com/noticias/mundo/americana-morre-ao-desistir-de-tratamento-contracancer-para-preservar-saude-da-filha-12044423.html>>. Acesso em: 03 jul. 2019.
- VIEIRA JUNIOR, R. J. A. Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 1º de julho de 2019.
- ZUCCA, Lorenzo et al. *Dilemas constitucionales: un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*. Espanha: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2011. p. 152.

Da legalidade da concessão de desconto pelas concessionárias de energia elétrica integrantes da administração pública indireta para a realização de acordos judiciais e extrajudiciais

Renata Caroline Talevida Costa¹

Graduada em Direito pela UNOPAR – Universidade Norte do Paraná

Resumo: Este trabalho visa demonstrar a viabilidade de uma política de acordos desburocratizada e flexível por parte de concessionárias de energia elétrica integrantes da administração pública indireta, quanto aos débitos oriundos do consumo de energia elétrica. Visa demonstrar a inaplicabilidade do princípio da indisponibilidade do interesse público dentro da esfera patrimonial, desconfigurar a renúncia de receita e afastar a aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal na realização de acordos judiciais e extrajudiciais, mediante a concessão de descontos.

1. Introdução

A CRISE ECONÔMICA, ALIADA AOS REAJUSTES TARIFÁRIOS de energia elétrica feitos pelo órgão regulador em passado recente, resultou em um aumento significativo da inadimplência dos consumidores. Assim, as concessionárias de energia elétrica passaram a ter um cenário inédito com um passivo recente que já era comum, e também com um passivo já envelhecido, sendo este último composto pelas dívidas com mais de 60 meses e classificado como débitos de baixíssima recuperabilidade.

Diante dessa mudança, tornou-se imprescindível a alteração da postura das concessionárias de energia elétrica para a recuperação desse passivo com uma política de acordo mais flexível e que atenda a realidade econômica dos consumidores inadimplentes.

Até então, a política de acordo e recuperação de valores das concessionárias de energia integrantes da administração pública indireta mostrou-se rígida, engessada e burocrática, quase sempre sob o argumento da indisponibilidade do interesse público.

E neste contexto é que se apresenta o presente estudo, com a finalidade de demonstrar a legalidade da concessão de descontos para recuperação de valores pelas concessionárias de energia elétrica e desconstituir o entendimento de que haveria violação ao princípio basilar da indisponibilidade do interesse público.

2. A indisponibilidade do interesse público diante das relações patrimoniais

Via de regra, a preocupação central das concessionárias de energia elétrica integrantes da administração pública indireta para concessão de descontos de valores em uma composição reside na possibilidade de violação do princípio da “indisponibilidade de verbas públicas”. Isso com base no fato de que integrantes da administração pública indireta estadual devem obediência aos princípios administrativos.

O interesse público, em si, é indisponível. Essa é a regra. Porém, a questão não comporta solução uníssona, já que não implica “que o Poder Público não possa ou não deva, em certas condições, submeter-se a pretensões alheias ou mesmo abdicar de determinadas pretensões. Há uma série de nuances e matices a considerar” (TALAMINI, 2004).

O primeiro passo é fazer a distinção entre interesse público primário e sua indisponibilidade e o interesse público secundário com nítida repercussão patrimonial e, por conseguinte, disponível. O interesse público primário é aquele de interesse geral da sociedade, concernente a todos e não ao Estado, sendo este o bem tutelado pelo princípio da indisponibilidade. Por sua vez, os interesses da administração são dis-

poníveis quando se tratarem de direitos patrimoniais (econômicos) e secundários, havendo possibilidade jurídica de transação pela administração pública.

O Supremo Tribunal Federal já manifestou concordância com possibilidade de transação entre o Estado e o cidadão quando se tratar de interesse público secundário (patrimonial). No julgado de 15/05/1994 (ACO 374 QO/MS), restou decidido:

Transação celebrada entre as partes para pôr fim ao litígio. Autorização das assembleias legislativas dos dois estados. Transferência pelo estado réu e metamat ao estado autor de 40% das ações que metamat detém no capital social de Urucum Mineração S.A. bens e direitos disponíveis pelos estados. Código Civil, arts. 66 e 67. Não resulta da Lei Complementar n. 31/1977 qualquer óbice a transação ajustada. Não e cabível entender que as partes, devidamente habilitadas, não possam transigir, em torno de matéria disponível, para pôr termo ao litígio. Transação homologada, a fim de produzir seus jurídicos efeitos, declarando-se extinto o processo, com julgamento do mérito (Código de Processo Civil art. 269, III).

A questão tem sido enfrentada e consolidada também pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Não há interesse público indisponível, mas apenas o interesse da administração – interesse público secundário – de minimizar os prejuízos patrimoniais sofridos pela administração pública. (Resp. 303.806 – RO, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 22.03.2005). Em ação de natureza privada sobre questão meramente patrimonial, não cabe intervenção do Ministério Público como ‘custos legis’ apenas por ser elevada a importância a que poderia ser condenada a pagar a entidade pública. (Resp. 327.285 – DF, Relator Ministro Ruy Rodado de Aguiar, julgado em 18.03.02). Não se pode confundir interesse da Fazenda Pública com interesse público. Interesse público é o interesse geral da sociedade, concenterente a todos e não ao Estado. (Resp. 197.586 – SP, Ministro Relator Garcia Vieira, julgado em 05.04.1999).

Dessa forma, a realização de acordos com a concessão de descontos não viola o princípio da indisponibilidade do interesse público por se tratar de questão patrimonial e, portanto, disponível.

3. Das exigências normativas para concessão de descontos pelas concessionárias de energia elétrica

Por meio de uma transação as partes litigantes buscam um ponto de equilíbrio. Quando uma das partes for algum ente da administração pública, é possível o acordo; porém, o ato jurídico deve ocorrer à luz dos princípios constitucionais.

Importa registrar que o texto constitucional, em nenhuma passagem, traz princípios ou regras que permitam concluir que em sede de direito público seja impossível a celebração de transações.

E afim de instrumentalizar a regra, a doutrina elenca dois requisitos legitimadores das transações públicas: “(i) a convicção quanto à inevitabilidade do débito; e (ii) a conveniência da solução em face das possibilidades orçamentárias e da vantajosidade de se efetivar um acordo para pagamento do débito” (SUNDFELD. CÂMARA. 2006). Assim, para que o acordo seja válido, deve ser apresentada justificativa razoável e que atenda aos interesses da administração, em especial quanto à vantajosidade da composição.

De outra sorte, as concessionárias de energia elétricas se submetem à Lei 8.987/95, que regula o regime de concessão e permissão de serviços públicos e traz em seu artigo 23-A “que o contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem”.

Portanto, é possível a negociação de valores pelas concessionárias de energia elétrica integrantes da administração pública indireta, tal qual ocorre na esfera privada, para atendimento aos interesses econômicos, desde que respeitadas as premissas regulatórias, as quais se passa a analisar.

A Resolução Normativa 414/2010 – ANEEL, em seu artigo 140, § 4º, dispõe sobre a possibilidade de a distribuidora aplicar descontos sobre

as tarifas homologadas pelo agente regulador, desde que as reduções não impliquem pleitos compensatórios posteriores quanto à recuperação do equilíbrio econômico-financeiro e desde que seja observada a isonomia.

No que concerne à isonomia, sabe-se que se trata de garantia fundamental que assegura a igualdade de direitos daqueles que compartilham um conjunto de características em comum, evitando-se favoritismos e distinções. Nesse sentido, o Decreto 41.019/57, com redação dada pelo Decreto 75.887, de 1975, em seu artigo 177, § 2º, dispõe que “dentro das mesmas classes não há distinção entre consumidores, salvo quanto as condições de fornecimento e utilização do serviço, segundo as quais serão discriminadas as tarifas”.

Nessa toada, em 7 de junho de 2016, foi publicada a Resolução Normativa 725 – ANEEL, que fixou requisitos mínimos para conceder descontos voluntários sobre as tarifas de energia elétrica, em consonância com o princípio da isonomia, incluindo o artigo 140-A na Resolução Normativa 414/2010 – ANEEL, *in verbis*:

Art. 140-A. Pela prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica, a distribuidora deve cobrar as tarifas homologadas pela ANEEL, facultada a concessão voluntária de descontos, sem prejuízo daqueles previstos em lei, que tenham por objetivo uma ou mais das seguintes condições:

- I – gestão das perdas não técnicas ou da inadimplência do consumidor;
- II – gestão do consumo ou incentivo ao uso eficiente da rede de distribuição;
- III – gestão de custos operacionais; ou
- IV – fornecimento de energia elétrica temporária, conforme regulamentação específica.

§ 1º A distribuidora somente poderá dispensar tratamento tarifário diferenciado a consumidores que se distingam em uma ou mais das seguintes categorias:

- I – classe de consumo;
- II – subgrupo de tensão;
- III – modalidade tarifária, ou

IV – modalidade de faturamento

§ 2º As regras e as condições para adesão ao desconto devem ser estabelecidas pelas distribuidoras e abranger todos os consumidores que estão ou venham estar na mesma situação.

§ 3º Os descontos não devem implicar pleitos financeiros compensatórios e comprometer o equilíbrio econômico-financeiro da concessão ou permissão.

§ 4º As condições dispostas nos incisos I e II do *caput* podem abranger áreas geográficas, alimentadores ou subestações, desde que o critério estabelecido permita que o desconto seja aplicado a todas as localidades de mesmas características, ao mesmo tempo ou em etapas, de acordo com cronograma elaborado e divulgado pela distribuidora.

§ 5º A distribuidora poderá considerar condições distintas daquelas elencadas nos incisos do *caput* mediante avaliação e autorização da ANEEL.

§ 6º Os consumidores devem ser informados por meio definido pela distribuidora, com a antecedência mínima de 30 (trinta) dias do início da aplicação do desconto, sobre o objetivo da medida, os requisitos para adesão ou enquadramento automático e o prazo de validade, conforme determinados pela distribuidora.

§ 7º Os descontos com validade indeterminada podem ser interrompidos pela distribuidora, desde que informado ao consumidor com pelo menos 30 (trinta) dias de antecedência.

§ 8º As disposições contidas neste artigo não contemplam benefícios não tarifários que possam vir a ser ofertados pela distribuidora, sendo-lhe facultado definir as regras e os critérios de elegibilidade mediante ampla divulgação aos consumidores potencialmente elegíveis.

§ 9º Entende-se por benefício não tarifário aquele que não implica na redução do valor da fatura de energia do consumidor.

Corroborando a tese aqui defendida, o artigo 126 da Resolução Normativa 414/2010 – ANEEL traz que a cobrança dos juros e multa pela inadimplência da tarifa é uma faculdade da concessionária:

Art. 126. Na hipótese de atraso no pagamento da Nota Fiscal/Conta de Energia Elétrica ou Fatura emitida pela distribuidora, sem prejuízo da legislação vigente, faculta-se a cobrança de multa, atualização monetária com base na variação do IGP-M e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês calculados pro rata die.

Portanto, as normas regulatórias pertinentes viabilizam a concretização de mecanismo de recuperação de receita mediante a concessão de descontos, em especial quanto aos juros e correção monetária.

4. Da não configuração de renúncia de receita

Outra dúvida por vezes suscitada é se a concessão de descontos poderia configurar renúncia de receita, rechaçada pela Lei Complementar 101/2000, também conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal.

A Lei Complementar 101/2000 alcança a administração pública direta, entes descentralizados e empresas dependentes, conforme preceitua seu artigo 1º, § 3º, I:

Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

[...]

§ 3º Nas referências:

I – à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, estão compreendidos:

- a) o Poder Executivo, o Poder Legislativo, neste abrangidos os Tribunais de Contas, o Poder Judiciário e o Ministério Público;
- b) as respectivas administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes;

[...].

Na sequência, o inciso III do artigo 2º da citada lei conceitua empresa estatal dependente como aquela que “receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de

custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária”.

Por derradeiro, a chamada Lei de Responsabilidade Fiscal alcança a administração pública direta e indireta, porém exclui as empresas que não dependem do erário do ente a que se vinculam. Dessa maneira, verifica-se que as concessionárias de energia elétrica pertencentes à administração pública indireta, enquanto estatais não dependentes, não se submetem aos impedimentos da Lei Complementar 101/2000.

De outra sorte, o artigo 14 da mesma lei traz expressamente o termo receita tributária, o que não se enquadra na hipótese de concessão de descontos de juros e multa por inadimplência, até mesmo da tarifa de energia elétrica.

Posto isto, resta também afastada a hipótese de renúncia de receita e violação à Lei de Responsabilidade Fiscal.

5. Conclusão

O panorama atual da administração pública, seja direta ou indireta, necessita de uma intensa mudança e releitura de paradigmas, em especial quanto à modernização do aparelho estatal, visando especialmente a eficiência e a otimização do interesse público.

Passa-se então por uma fase de mudança de uma gestão pública burocrática para uma gestão pública democrática, cujas margens discricionárias possibilitam que o gestor, à luz dos comandos constitucionais, persiga o melhor interesse público.

Impõe-se, portanto, a instituição de instrumentos capazes de mitigar prejuízos e minorar os litígios, mediante a composição entre os envolvidos. Nessa situação, não haverá que se falar em violação ao interesse público tendo em vista a atuação em conformidade com o conjunto normativo aplicável e o foco primordial ao atendimento do interesse público.

Por isso, defende-se a possibilidade e legalidade das concessionárias de energia elétrica integrantes da administração pública

indireta em realizar acordos judiciais ou extrajudiciais, mediante desconto de valores.

A solução de litígios como se propõe fomenta a economia ao possibilitar que os consumidores, ao quitarem seus débitos, tenham suas restrições cadastrais retiradas e conseqüentemente voltem a consumir; ao passo que também contribui com a saúde econômica das concessionárias de energia elétrica.

Há até de se afirmar que a realização de transações se mostra como um dever-poder das concessionárias de energia elétrica integrantes da administração pública indireta pelo fato de o artigo 70 da Constituição Federal trazer o princípio da economicidade, que se traduz na relação custo-benefício, o qual estaria sendo violado em caso de omissão na recuperação do crédito.

Do exposto, conclui-se, por derradeiro, que, além de legal, a realização de acordos judiciais ou extrajudiciais atende ao cumprimento de finalidade primordial do Estado que é de atender o próprio interesse público.

A Lei de Responsabilidade Fiscal alcança a administração pública direta e indireta, porém exclui as empresas que não dependem do erário do ente a que se vinculam

Nota

1. Renata Caroline Talevida Costa. Advogada júnior da Companhia Paranaense de Energia Elétrica – COPEL, graduada em Direito pela UNOPAR – Universidade Norte do Paraná, especialista em Processo Civil pelas Faculdades Integradas do Brasil, especialista em Direito Público pela Universidade Católica Dom Bosco, aluna especial do Mestrado de Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina – UEL, da disciplina Relações Obrigacionais Contemporâneas.

Referências

ANEEL. Resolução Normativa 414/2010. Disponível em: <<https://www.google.com/search?q=RESOLU%C3%87%C3%83O+414+ANEEL&ie=utf-8&oe=utf-8>>. Acesso em 14 mar. 2019.

- _____. Resolução Normativa 414/2016. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2016/070/resultado/ren_750_2016.pdf>. Acesso em 14 mar. 2019.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 14 mar. 2019.
- _____. Decreto 41.019, de 26 de fevereiro de 1957. Regulamenta os serviços de energia elétrica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D41019.htm>. Acesso em 14 mar. 2019.
- _____. Decreto 75.887, de 20 de junho de 1975. Altera dispositivos dos Decretos 41.019, de 26 de fevereiro de 1957, 62.724, de 17 de maio de 1968, e do Regulamento aprovado pelo Decreto 68.419, de 25 de março de 1971, relativos a tarifação e serviços de energia elétrica. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-75887-20-junho-1975-424726-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 14 mar. 2019.
- _____. Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 fev. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em 02 abr. 2014.
- _____. Lei Complementar 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em 14 mar. 2019.
- TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). Academia.edu, 2004. Disponível em: <https://www.academia.edu/231461/A_in_disponibilidade_do_interesse_publico_consequencias_processuais>. Acesso em: 14 mar. 2019.
- UNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos na execução contra a Fazenda Pública. *Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=69424>>. Acesso em 10/06/2014. Material da 5 aula da disciplina Fazenda Pública em Juízo, ministrada no Curso de Pós-Graduação de Direito Público-Anhanguera-Uniderp I Rede LFG, 2013.
- SCHREIBER, Rafael. A possibilidade de realização de acordos judiciais e extrajudiciais por advogado público, sem prévia lei autorizativa. Métodos operacionais à luz do Neoconstitucionalismo. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4122, 14 out. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29917>>. Acesso em: 14 mar. 2019.

Direito real de laje: análise econômica e função social

Jamile Maria Gondek Provensi¹

Especialista em Direito Processual Civil (Centro Universitário Internacional – UNINTER)

Mário Luiz Ramidoff²

Mestre (PPGD-UFSC) e Doutor em Direito (PPGD-UFPR)

Resumo: O presente trabalho é resultado de estudos e pesquisas acerca da possibilidade de efetivação do direito real de laje, enquanto expressão material da função social da propriedade (imobiliária), através da abordagem multidisciplinar das importantes contribuições teórico-pragmáticas oferecidas pela economia. Para tal desiderato, contou-se destacadamente com os contributos originados pelo movimento epistemológico denominado de análise econômica do direito, particularmente da Universidade de Chicago. O marco regulatório acerca do direito real de laje, por isso mesmo, deve ser orientado para a inclusão social e para a sustentabilidade ambiental, com o intuito de que possa oferecer instrumentos efetivos para a materialização do direito de propriedade (imobiliária) e para a emancipação subjetiva.

Introdução

A RELAÇÃO INTRÍNSECA ENTRE DIREITO E ECONOMIA resta, à primeira vista, evidenciada pelas disposições legais que regulam as transações econômicas, bem como por aquelas que efetivam o respeito à propriedade.

No entanto, afigura-se igualmente evidente que direito e economia possuem pressupostos distintos, pois enquanto o direito é pautado na legalidade, a qual tem a justiça como elemento regulador dos aspectos da conduta humana, a economia é fundamentada na eficiência ou custo, tendo como objeto de estudo o comportamento dos indivíduos e das organizações no contexto mercadológico.

Através da análise econômica do direito, aqui, relativamente, “real de laje”, buscou-se oferecer contribuições para a constituição e o desenvolvimento de uma perspectiva teórico-pragmática que auxilie a efetiva aplicação do marco regulatório dessa nova categoria jurídico-legal, sem que se olvide tanto da sua função social (inclusão) quanto da sua dimensão sustentável (ambiental).

O que se quer evidenciar são as importantes contribuições que uma abordagem constitucional-econômica tem para a efetividade jurídica e social caracteristicamente inclusiva e sustentável do direito real de laje, as quais podem servir de parâmetros para o reconhecimento e o delineamento de uma teoria jurídico-econômica que se destine à efetivação tanto da justiça econômica quanto da justiça social.

A atuação hermenêutica própria à esfera jurídica, no Brasil, é orientada pelos ditames constitucionais, diferente de alguns países em que há caracteristicamente uma maior liberalidade regulatória acerca do direito real, pelo que, aqui, uma tal atividade-fim (aplicação/interpretação) destinada legalmente como atribuições resolutivas do Estado (Poder Judiciário) deve sensivelmente atentar para a necessidade de inclusão social e de sustentabilidade ambiental.

Uma das importantes contribuições da análise econômica do direito, ante mesmo a escassez de recursos naturais com foco na sustentabilidade, pode ser identificada pela necessidade de encontrar um custo de oportunidade, oriundo da escolha entre possibilidades viáveis que

não sejam simplesmente atreladas ao valor e muito menos tão somente ao lucro.

Por isso mesmo, a materialização do direito real de laje, no Brasil, perpassa não só pela análise da função social da propriedade (imobiliária), mas, por certo, contará com as importantes contribuições multi-disciplinares, como, por exemplo, as advindas do conhecimento/saber econômico, conforme se encontra expressamente previsto na ordem econômica e financeira disposta no Título VII, arts. 170 a 192, da Constituição da República de 1988.

1. Análise econômica do direito

O propósito das contribuições advindas da análise econômica do direito certamente não se restringe a determinada área do conhecimento científico – por exemplo, apenas à regulamentação jurídica –, mas, na verdade, constitui-se em uma metodologia de investigação teórico-pragmática que tem por finalidade coadunar os critérios normativos com os parâmetros econômicos não só para a criação, aplicação e execução das normas jurídicas, mas, também, com fins socialmente significativos – como, por exemplo, a inclusão e a sustentabilidade da atividade empresarial.

Vale dizer, a análise econômica do direito se destina a verificar a tomada de decisões jurídicas que deveriam ser conformes às opções político-econômicas então consolidadas na Constituição da República de 1988, destacadamente, a responsabilidade social (inclusão) e ambiental (sustentabilidade) do e para o exercício do direito de propriedade; senão, agora, da efetivação normativa do direito real de laje.

Dessa maneira, é possível dizer que a análise econômica do direito serve como critério verificatório da compatibilização econômica das criações legislativas, das interpretações/aplicações jurídico-legais, e da execução administrativa, então baseadas em padrões econômico-financeiros constitucionais relacionados à propriedade.

Portanto, será possível averiguar se o exercício do direito real de laje não se orienta somente pela função social da propriedade (inclusão),

mas, também, pela sustentabilidade, isto é, se é ambientalmente responsável, em vista até da escassez de recursos naturais.

Para além da escassez de recursos, destacam-se também outros critérios relativos à responsabilidade social e ambiental que devem ser considerados como padrões economicamente significativos para a análise do direito real de laje, quais sejam, o custo de oportunidade, racional maximadora, a forma como indivíduos reagem a estímulos determinados por mutações normativas, determinações administrativas, e a necessidade de eficiência econômica tanto quanto inclusiva e sustentável.

Assim, entende-se que a análise econômica do direito pode se constituir em mais uma instrumentalidade a serviço da valorização e da verificação da efetividade jurídica e social não só das regulamentações do direito real de laje, mas também das decisões judiciais a respeito dessa categoria jurídica, em prol da melhoria da qualidade de vida individual e coletiva (emancipação subjetiva). A tarefa científica, segundo Dennis José Almanza Torres e Marcia Carla Pereira Ribeiro, é de “convidar o jurista a sair do conforto teórico puro e aventurar-se em novas possibilidades de análise do Direito”³.

O marco teórico dessa nova categoria jurídica, isto é, do direito real de laje, pode não só ser o direito, mas também as importantes contribuições da economia, isto é, as categorias econômicas que fornecem critérios objetivos que servem para a avaliação da regulamentação normativa e das opções político-sociais – como, por exemplo, a inclusão e a sustentabilidade – em prol da efetivação do exercício desse novo direito de propriedade com atenção à materialização de sua função social.

Dessa maneira, parte-se da compreensão de que o marco jurídico-legal não se constituiu apenas como ponto de partida para a elaboração da atividade normativa típica – isto é, para a atuação meramente hermenêutica –, que se desenvolve através de argumentações teórico-pragmáticas; mas, também, que devem ser contempladas as regulamentações que se operam a partir de outros critérios – como, por exemplo, os econômicos, os ambientais, os sociais – na e para a constituição de novas categorias jurídico-legais que se destinem a atingir significativos objetivos comunitários⁴.

A efetividade do direito de propriedade, aqui direito real de laje, por isso mesmo, torna-se dependente não só da regulamentação normativa, mas de outros fatores que lhe determinam a legitimidade (autorização e justificação) social e ambiental, como, por exemplo, em relação à inclusão e à sustentabilidade.

A integração entre essas áreas do conhecimento, ante mesmo a necessidade de melhoria da qualidade da vida humana individual e coletiva, por certo tem demandado a investigação científica para o aperfeiçoamento da regulamentação normativa e, aqui, destacadamente, para a tomada de decisões (judiciais, políticas) que se orientem não só pelos aspectos puramente jurídicos ou econômicos (lucros), mas também pelas consequências sociais⁵.

As áreas de conhecimento jurídica e econômica podem muito bem constituir uma distinta área do saber científico, ao qual contemporaneamente tem se denominado de *law & economics* a partir do reconhecimento de um marco teórico próprio que se funda na utilização das categorias econômicas para a criação, interpretação e aplicação das normas jurídicas e das instituições jurídico-políticas⁶.

Por isso, observa-se que a análise econômica do direito tem por objetivo científico a identificação dos efeitos jurídicos e econômicos decorrentes da aplicação das regulamentações normativas do exercício do direito real de laje no âmbito de determinada comunidade humana e, de igual maneira, ela descreve a repercussão da intervenção jurídico-econômica no comportamento dos diversos atores sociais, as expectativas comunitárias e os efeitos socialmente desejáveis⁷.

Para a análise da regulamentação normativa do direito real de laje, levando-se em conta a necessidade de inclusão e de sustentabilidade, isto é, de intervenções socialmente consequentes, impõe-se certamente o exame substantivo e substancial do fenômeno jurídico – seja da

A análise econômica do direito pode se constituir em mais uma instrumentalidade a serviço da valorização e da verificação da efetividade jurídica e social não só das regulamentações do direito real de laje

atividade tipicamente interpretativa (atuação hermenêutica), seja decisional –, consoante muito bem tem destacado Javier W. I. Jimenez⁸. Segundo o estudioso, uma tal abordagem deveria se concentrar na construção, concepção, conceituação, qualificação, crítica e renovação das categorias jurídicas, sociais, políticas e também econômicas, através de metodologias adequadas às novas demandas humanitárias, como, por exemplo, a inclusão e a sustentabilidade através do exercício do direito real de laje, enquanto meio para a materialização da função social do direito de propriedade (imobiliária).

2. Função social da propriedade imobiliária

A questão relativa à moradia e ao uso adequado da terra, sob o viés da utilização social da propriedade, caracteriza-se como tema urgente e atual, especialmente em razão do crescimento populacional exacerbado e do empobrecimento gradativo das nações, que passou a ocorrer a partir do início do século 21⁹.

A concepção de função social da propriedade advém de duas vertentes distintas, quais sejam, a doutrina clássica do direito natural da Igreja Católica e o positivismo sociológico¹⁰.

Os estudos a respeito da função social da propriedade remontam à doutrina cristã da Idade Média, uma vez que líderes e estudiosos vinculados à igreja católica, a exemplo de Santo Ambrósio e São Tomás de Aquino, propagaram a ideia de funcionalização, na medida em que passaram a empreender estudos acerca da utilização da propriedade para o bem comum¹¹.

Noutro viés, Augusto Comte, ao estabelecer os fundamentos do positivismo sociológico, enalteceu a concepção de propriedade como função social, instituindo as bases teóricas da ideia da função social, em oposição à teoria clássica da propriedade como um direito individual e natural¹².

A concepção de propriedade enquanto função social foi disseminada por Léon Duguit, para quem a propriedade, enquanto instituição jurídica, formou-se em resposta a uma necessidade econômica – assim

como as demais instituições jurídicas –, e evolui em consonância com as necessidades econômicas existente na sociedade, as quais se convertem em necessidades sociais, transformando, por sua vez, a propriedade em função social, em razão mesmo da interdependência cada vez mais estreita dos elementos sociais.

Desse modo, a propriedade individual evolui de direito do indivíduo (direito subjetivo) para, assim, converter-se em função social, sendo que tal interdependência de elementos sociais, geradora de novas necessidades econômicas, implica a urgência de afetar riquezas para fins, tanto individuais quanto coletivos, determinados, e conseqüentemente a necessidade de criar mecanismos de garantia e proteção social dessa afetação¹³.

Nesse contexto, Leon Duguit se opunha ao abuso e à inércia do proprietário no exercício do direito de propriedade, haja vista que o exercício do referido direito possui caráter dúplice. O proprietário possui a prerrogativa do exercício de fato da propriedade, mediante ação (usar, gozar e dispor da propriedade), bem como de se omitir de exercê-la em sua plenitude (não usar, não gozar e não dispor), relegando, assim, o bem imóvel à total improdutividade e, por vezes, à má conservação¹⁴.

O direito de propriedade de natureza individualista, herdado do direito romano, é um dos elementos identificadores da cultura europeia, cuja concepção fundamentou a regulação de códigos como o Código Napoleônico de 1804 e o Código Civil alemão de 1896 (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB), os quais legitimavam a natureza econômica da propriedade imobiliária e seu papel fundamental na acumulação individual de riquezas¹⁵.

Ao término da Segunda Guerra Mundial, ocorreu quebra de paradigma, especialmente em nações nas quais os regimes autoritários restaram derrotados no conflito, o que levou à edição de normas legais mais comprometidas com a preservação da democracia, com a solidariedade social e com a proteção da dignidade humana, as quais passaram a prever o direito de propriedade sob o viés da função social¹⁶.

Em que pese não ter sido abandonada a essência individualista do instituto, a propriedade passou a ser objeto de restrições, com o intuito de minimizar abusos e preservar o interesse social, harmonizando-

-se, assim, os interesses dos proprietários e dos não-proprietários¹⁷. A exemplo disso, em consonância com as constituições europeias, a Constituição da República de 1988, ao assegurar que a propriedade deverá atender a sua função social, positivou, no inc. XXIII de seu art. 5º, a função social da propriedade como direito fundamental.

Esse novo paradigma, consolidado constitucionalmente para o direito de propriedade e orientado pelos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e da livre iniciativa, elencados no art. 1º da Constituição da República de 1988, dentre os fundamentos do estado democrático de direito, confere dimensão humana ao direito de propriedade, na medida que a submete ao objetivo de promover o bem-estar social, em detrimento do conforto pessoal do proprietário¹⁸.

Embora se trate de conceito indeterminado, haja vista que não há definição legal específica acerca da função social da propriedade¹⁹, a funcionalização esboçada *importa na compreensão da propriedade, a um só tempo, como garantia patrimonial, vinculada ao atendimento de interesses sociais, e como acesso a bens fundamentais relativos à moradia, ao trabalho e a valores existenciais*²⁰.

O tratamento conferido à função social da propriedade pela Constituição da República de 1988 – e corroborado pela legislação pátria, a exemplo do § 1º do art. 1.228 da Lei 10.406/2002 (Código Civil), e do art. 39 da Lei 10.257/2001 (Estatuto das Cidades) – evidencia a ideia de despatrimonialização do direito privado, haja vista que representa *a superação do individualismo e da patrimonialidade como um fim em si mesmo, em favor da pessoa e de sua plena realização existencial*²¹.

A função social se consolida como elemento intrínseco ao direito de propriedade, apto a ensejar a alteração estrutural do instituto, haja vista que as faculdades do proprietário devem ser compatibilizadas com a função social²². Tal perspectiva atribui dinamismo ao conceito de propriedade, que supera a perspectiva estrutural, ou estática, adstrita às faculdades de usar, gozar e dispor, pois o exercício do direito, em sua plenitude, só se legitima quando, na relação jurídica concreta, o proprietário as conjuga com a materialização do aspecto funcional²³, conforme esclarecem Barbosa, Moraes e Tepedino²⁴, *in verbis*:

Por conseguinte, os poderes conferidos ao proprietário só adquirem legitimidade na medida em que seu exercício desempenhe função merecedora de tutela. Assim, se a propriedade não cumpre sua função social, não pode ser tutelada pelo ordenamento jurídico. Daí afirmar-se que a função social constitui “a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a determinado sujeito”, de molde a compatibilizar, em seu exercício, os interesses do proprietário com os interesses socialmente relevantes e constitucionalmente protegidos que se inserem na relação jurídica de domínio.

O reconhecimento de interesses extraproprietários redimensiona a noção de propriedade, concebida não mais como situação de poder, por si só e abstratamente considerada, o direito subjetivo por excelência, mas como situação jurídica complexa, necessariamente em tensão dialética com situações jurídicas não proprietárias, que encontra a sua legitimidade na relação jurídica em que se insere.

Diante disso, consolida-se concepção pluralista do direito de propriedade, uma vez que a sua caracterização dependerá, no caso concreto, da avaliação de núcleos de interesses entre proprietários e não proprietários então envolvidos na relação jurídica de propriedade.

A função social da propriedade, pode, assim, ser vista como forma de limitação dos poderes proprietários, visto que os vincula à promoção de interesses socialmente relevantes, constitucionalmente estabelecidos²⁵ ou, ainda, como elemento delimitador do direito²⁶.

3. Direito real de laje

A negociação de lajes – ou seja, da superfície, ou de um patamar/ andar de uma construção –, que ocorria de maneira informal, configurou-se como atividade negocial costumeira, especialmente entre os residentes de áreas periféricas dos conglomerados urbanos.

O direito de laje surge de um fenômeno social espontâneo que ocorre no âmbito das periferias – como, por exemplo, nas favelas –, e consiste na construção de unidades de habitação no piso superior, ou inferior, de um bem imóvel já edificado, as quais adquirem feição autônoma e

independente em relação ao bem imóvel original, e detém uma espécie de vida própria na perspectiva dos membros daquela comunidade²⁷.

A inserção do que se tem contemporaneamente denominado direito real de laje se deu, no ordenamento jurídico brasileiro, por intermédio da Medida Provisória 759/2016, a qual estatuiu a possibilidade de negociação da superfície de uma construção base, ou mesmo do subsolo da construção, pelo proprietário de um bem imóvel.

A supramencionada medida provisória foi convertida na Lei 13.465/2017, a qual conferiu *status* de direito real ao direito de laje, ao incluí-lo no rol do art. 1.225 do Código Civil, tendo, também, estabelecido regimento jurídico próprio para o referido direito, nos art. 1.510-A ao 1.510-E do referido diploma legal.

O titular da laje poderá ceder a superfície de sua construção para a instituição de um direito real sucessivo de laje

Diante disso, tem-se que o proprietário (lajeário) de uma construção-base poderá ceder, a título oneroso ou gratuito, a superfície superior ou inferior de sua construção, com o intuito de que o titular da laje

mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo, constituída em matrícula própria no ofício de registro de imóveis da circunscrição imobiliária, podendo dela usar, gozar e dispor²⁸.

O titular da laje poderá, mediante autorização expressa dos titulares da construção-base e das demais lajes, ceder a superfície de sua construção para a instituição de um direito real sucessivo de laje, respeitadas as posturas edilícias e urbanísticas legitimamente estatuídas.

As unidades sobrepostas podem, ainda, ser objeto de alienação, hipótese na qual os titulares da construção-base e da laje, nessa ordem, terão direito de preferência, em igualdade de condições com terceiros, devendo, para tanto, ser cientificados por escrito para que se manifestem no prazo de trinta dias, salvo se o contrato dispuser de modo diverso.

O titular da construção-base ou da laje a quem não se der conhecimento da alienação poderá, mediante depósito do respectivo preço, no prazo decadencial de cento e oitenta dias, contado da data de alienação,

haver para si a parte alienada a terceiros, sendo que, se houver mais de uma laje, terá preferência, sucessivamente, o titular das lajes ascendentes e o titular das lajes descendentes, assegurada a prioridade para a laje mais próxima à unidade sobreposta objeto de alienação.

Não se pode olvidar que, em se tratando de direito real sobre bem imóvel – ainda que verse sobre parcela de construção –, sua forma de aquisição clássica se dá mediante o registro dos respectivos títulos no cartório de registro de imóveis. Nesses casos de transmissão do direito *inter vivos*, além do caráter constitutivo e de transferência do registro, assegura-se a publicidade, a continuidade histórica e a titularidade do negócio.

4. Materialização dos direitos

A questão acerca do que se tem contemporaneamente denominado materialização dos direitos não se restringe, unicamente, a uma concepção de eficácia do direito aqui debatido – qual seja, o direito de propriedade (direito real de laje) –, que, no entendimento de Pontes de Miranda, pode ser entendida como o plano no qual os direitos produzem efeitos na realidade social.

O escopo da materialização da função social da propriedade se dá, assim, na perspectiva da socialidade, ou seja, no modo como a mencionada funcionalização se insere nos desdobramentos da vida social e contribui para alterar o percurso de evolução da sociedade²⁹.

A normatividade da norma jurídica, na consideração da materialização da função social da propriedade, não se restringe à formalidade da lei, sendo essencial a observação da articulação dos fatos em cada caso concreto, no âmbito da realidade social, a exemplo da premissa de posse como poder fático, a qual exige valoração dos fatos pelos quais se materializa a posse na realidade social³⁰. Nesse contexto, tem-se que a materialização dos direitos transcende a perspectiva positivista, na qual a lei formal exige efetivação na realidade social, pois se funda em movimento oposto, no qual o direito, que se manifesta na vida social, demanda formalização.

Segundo Fabio Ciaramelli, a transição da centralidade do costume para a primazia da lei constitui a chave geral para entender o processo de democratização ocorrido na modernidade, sendo que suas raízes sociais e psicológicas superam largamente a técnica de produção normativa, e contribuem decisivamente para determinar o conteúdo antropológico do ser humano, adequado ao advento da democracia.

Com o processo de globalização, especialmente no âmbito financeiro, o cenário se altera e o modelo de controle social centralizado, baseado no primado da legislação, entra em crise, abrindo espaço para a expansão de um controle social policêntrico, oriundo de baixo, que emerge dos setores periféricos da vida social, pautado em procedimentos de deliberação coletiva, renovando-se, assim, o modelo de produção normativa, para o fim de reconhecer o pluralismo normativo³¹.

Tal controle difuso da vida em sociedade tem o condão de conectar o direito real de laje à materialização da função social da propriedade imobiliária, haja vista que o reconhecimento do legislador em relação à prática negocial costumeiramente realizada – alienação de lajes – vem a legitimar que o sentido da regra do § 1º do art. 1228 do Código Civil pode ser construído de diferentes modos, em um contexto que não necessariamente passa pelo controle estrito, realizado pelo Estado.

No direito real de laje, a mensuração do comportamento do proprietário que cede a superfície, superior ou inferior, de sua construção, assim como do denominado titular da laje, que passa a dar novo uso para a parcela cedida do bem imóvel, realiza-se mais rente à realidade dos interesses das pessoas envolvidas nas relações atinentes à titularidade proprietária e da posse, razão pela qual se potencializa a pacificação social construída na vida em sociedade.

Mutatis mutandis, a exemplo do que ocorre com o usucapião, afigura-se plausível admitir que o direito real de laje, sob a perspectiva da função social da propriedade, assenta-se, também, no primado da utilidade social, na conveniência de se dar segurança jurídica e estabilidade à propriedade e à posse, bem como na possibilidade de consolidação das aquisições e facilitação da prova do domínio/posse³².

O direito real de laje configura, portanto, tutela diferenciada que busca o comprometimento com a concretização do princípio da função

social, com escopo nos princípios e fundamentos da Constituição da República de 1988, e configura a tutelar da posse e do direito de propriedade, funcionalizados, haja vista que a função social revela toda a sua potencialidade valorativa na concretude da situação fática³³. Assim, o proprietário (lajeário) e o possuidor declarado titular da laje, tendo a situação fática convertida em situação de direito, mediante registro da aquisição no ofício de registro de imóveis da circunscrição imobiliária, tem o escopo de utilização do bem e, conseqüentemente, de sua função social ampliado.

No âmbito da repercussão social, destaca-se, ainda, que a proteção da propriedade e, por que não dizer, da posse, através do direito real de laje, está atrelada à garantia de estatuto mínimo para a dignidade do ser humano, o qual configura meio de alcance de estabilidade e felicidade³⁴, incluída, nesse aspecto, na teoria do patrimônio mínimo, *relacionada à verificação concreta de uma real esfera patrimonial mínima, mensurada pela dignidade humana à luz do atendimento de necessidades básicas ou essenciais*³⁵.

O direito real de laje, desse modo, insere-se como uma outra categoria jurídico-legal – e por que não se dizer político, social e econômica – que também se destina a efetividade (materialização) da função social dos direitos reais, podendo, em última instância, contribuir para mudanças no modo de construção da titularidade dos direitos de propriedade, residindo nisso o seu caráter verdadeiramente dinâmico e inovador.

Considerações finais

A materialização da função social da propriedade (imobiliária), aqui, designadamente, relativa ao direito real de laje, na verdade constitui-se em mais um instrumento normativo para o exercício socialmente conseqüente do bem imóvel, mediante a necessidade de inclusão e de sustentabilidade. Por isso, a disponibilidade do uso do bem imóvel, enquanto característica própria ao direito de propriedade (imobiliária), por certo não deixa de coexistir no marco regulatório do direito real

de laje, uma vez que a plenitude do exercício desse direito possibilita o proprietário utilizar o bem da forma como quiser.

No entanto, constata-se que determinadas circunstâncias tornam o exercício do direito real de laje peculiar, ante mesmo as limitações decorrentes da própria natureza fático-normativa desse direito real sobre coisa própria que o distingue das demais espécies de direito real de propriedade.

A possibilidade de efetivação jurídica, política, econômica e social do direito real de laje, enquanto expressão material da função social da

O marco regulatório do direito real de laje deve se constituir em um instrumento hábil para a materialização da função social da propriedade

propriedade imobiliária, certamente ainda está a depender de um maior aprofundamento da abordagem multidisciplinar. Pois, como se sabe, as importantes contribuições teórico-pragmáticas oferecidas pela economia, pela política, enfim, pelos saberes que guardam pertinência teórico-pragmática para o pleno exercício das liberdades públicas, aqui, destacadamente, do direito de propriedade, podem oferecer uma melhor e maior compreensão dos conflitos de interesse relativos ao direito real de laje.

Para tanto, é insofismável que se necessita dos estudos e das pesquisas desenvolvidas pela análise econômica do direito, não só como marco teórico-pragmático, mas, principalmente, para que se demonstre o custo social através da perspectiva econômica da falta de efetivação da regulamentação acerca do direito ora em questão.

O marco regulatório do direito real de laje deve cumprir, assim, a sua missão política, social e econômica, isto é, deve se constituir em um instrumento hábil para a materialização da função social da propriedade (imobiliária), pelo que deve ser orientado para a inclusão e para a sustentabilidade ambiental, com o intuito de que possa oferecer instrumentos efetivos para a emancipação subjetiva, isto é, a melhoria da qualidade de vida individual e coletiva.

Notas

1. Jamile Maria Gondek Provensi. Especialista em Direito Processual Civil (Centro Universitário Internacional – UNINTER).
2. Mário Luiz Ramidoff. Mestre (PPGD-UFSC) e Doutor em Direito (PPGD-UFPR).
3. TORRES, Dennis José Almanza; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Análise econômica do direito*. Curitiba: Íthala, 2018.
4. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 26 e ss.
5. MACAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphanie. *Análise econômica do direito*. Trad. Raquel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015, p. 17 e ss.
6. SALAMA, Bruno Meyerhof. *Estudos em direito & economia: micro, macro e desenvolvimento*. Curitiba: Virtual Gratuita (EVG), 2017, p. 14 e ss.
7. POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Law*. Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series. Paper 536, 2005, p. 2 e ss.
8. JIMÉNEZ, Javier W. Ibañez. *Análisis económico del Derecho: método, investigación y prática jurídica*. Barcelona: Bosch, 2011, p. 23 e ss.
9. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 171-172.
10. MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 92-93.
11. TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 202.
12. MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 93.
13. *Idem*.
14. TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 208.
15. OLIVEIRA, Francisco Cardozo. *Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 106-109.
16. SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 7.
17. OLIVEIRA, Francisco Cardozo. *Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 110.
18. *Idem*.
19. GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 125.
20. BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Cecília Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 502.

21. BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Cecilia Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 501.
22. SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 245.
23. FACHIN, Luiz Edson. *A Função Social da Posse e da Propriedade Contemporânea: uma perspectiva da Usucapião Imobiliária Rural*. Porto Alegre: Safe, 1988. p. 19-20.
24. BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Cecilia Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 501.
25. TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da propriedade privada. In: *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 339.
26. MARTINEZ, Fernando Rey. *La propiedad privada en la Constitución Española*. Madrid: Boletín Oficial del Estado – Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 363.
27. FARIAS, Cristiano C. de; DEBS, Martha El; DIAS, Wagner I. *Direito de laje: do puxadinho à digna moradia*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 21.
28. *Idem*.
29. OLIVEIRA, Francisco Cardozo; PROVENSÍ, Jamile Maria Gondek. Usucapião administrativa no novo Código de Processo Civil, desjudicialização e materialização da função social da propriedade imobiliária. SIQUEIRA, Antonio B. (coord.). In: *Economia, Direito e Sociedade*. Curitiba: Instituto Memória, 2015. p. 73.
30. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. tomo X. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. p. 66.
31. CIARAMELLI, Fábio. *Consensus sociale e legitimazione giuridica: lezioni di filosofia del diritto*. Turim: G. Giappichelli Editore, 2013. p. 225.
32. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das coisas*. v. 5. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 258.
33. OLIVEIRA, Francisco Cardozo. *Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 209.
34. ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 33.
35. FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 3.

Referências

- ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BANDEIRA, Regina Maria Groba. O judiciário na Constituição de 1988. Um poder em evolução. In: Câmara dos Deputados. *Ensaio sobre impactos da Constituição Federal de 1988 na sociedade Brasileira*. Brasília: Câmara, 2008.

- BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Cecilia Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil: 5 de outubro de 1988.
- BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.
- BRASIL. Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Lei dos Registros Públicos.
- BRASIL. Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. Diretrizes Gerais da Política Urbana.
- BRASIL. Medida Provisória 759, de 22 de dezembro de 2016. Regularização Fundiária Rural e Urbana.
- BRASIL. Lei 13.465, de 11 de julho de 2017. Regularização Fundiária Rural e Urbana.
- CIARAMELLI, Fábio. *Consensus sociale e legittimazione giuridica: lezioni di filosofia del diritto*. Turim: G. Giappichelli, 2013.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Booksman, 2010.
- CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e da propriedade contemporânea: uma perspectiva da Usucapião Imobiliária Rural*. Porto Alegre: Safe, 1988.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FARIAS, Cristiano C. de; DEBS, Martha El; DIAS, Wagner I. *Direito de laje: do puxadinho à digna moradia*. Salvador: Juspodivm, 2018.
- GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das coisas*. Vol. 5. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- JIMÉNEZ, Javier W. Ibañez. *Análisis económico del Derecho: método, investigación y práctica jurídica*. Barcelona: Bosch, 2011.
- OLIVEIRA, Francisco Cardozo; PROVENSI, Jamile Maria Gondek. Usucapião administrativa no novo Código de Processo Civil, desjudicialização e materialização da função social da propriedade imobiliária. SIQUEIRA, Antonio B. (coord.). In: *Economia, Direito e Sociedade*. Curitiba: Instituto Memória, 2015.
- MACAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphanie. *Análise econômica do direito*. Trad. Raquel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015.
- MARTINEZ, Fernando Rey. *La propiedad privada en la Constitución Española*. Madrid: Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. tomos II, X, XI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.
- MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- OLIVEIRA, Francisco Cardozo. *Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. vol. IV. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. trad. Por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Law*. Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series. Paper 536, 2005.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. *Estudos em direito & economia: micro, macro e desenvolvimento*. Curitiba: Virtual Gratuita (EVG), 2017.
- SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.
- TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da propriedade privada. In: *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- TORRES, Dennis José Almanza; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Análise econômica do direito*. Curitiba: Íthala, 2018.
- TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- VENOSA, Silvío de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

Parcela variável por atraso das transmissoras: incentivo regulatório ou penalidade?

Rejane Mara Sampaio D’Almeida¹

Graduada em Direito pela PUC-PR e em Administração de Empresas pela UFPR

Resumo: Este artigo tem por escopo analisar a natureza jurídica da parcela variável por atraso, que é deduzida da Receita Anual Permitida (RAP) das transmissoras quando há atraso na entrada em operação da linha de transmissão. O objetivo é definir se tais institutos configuram uma penalidade ou se se trata de incentivos regulatórios. Serão abordados, ao longo desse trabalho, as características desses instrumentos, a caracterização da penalidade e do incentivo regulatório, e os elementos que os diferenciam.

1. Introdução

DADA A EXTENSÃO TERRITORIAL DO BRASIL e a localização da geração de energia, que é distante dos centros de consumos, e ainda a característica do sistema elétrico brasileiro, predominantemente hidrelétrico, o qual é influenciado diretamente pela sazonalidade e volatilidade das vazões e do regime hidrológico, o sistema de transmissão desempenha um papel de grande relevância no Sistema Interligado Nacional (SIN), permitindo que a operação do sistema elétrico se dê de forma otimizada, reduzindo-se custos e assegurando a sua confiabilidade. Afinal, sem o sistema de transmissão não é possível se valer de recursos energéticos mais baratos e mais abundantes, localizados em submercados afastados dos centros de cargas, e nem tampouco da diversidade hidrológica das

usinas hidrelétricas, que possuem regimes hidrológicos e vazões diferenciadas².

Na verdade, as linhas de transmissão que integram o SIN atuam como uma espécie de 'usina virtual', permitindo que haja intercâmbio entre as diversas regiões do país, redistribuindo energia de áreas com abundância de geração às áreas com insuficiência de geração, minimizando também o custo operacional de todo o sistema através da exploração das vantagens das diversas fontes de energia (hidrelétricas, eólicas, térmicas), integrando, assim, todos os recursos disponíveis e elevando a confiabilidade do sistema, o que constitui uma das premissas no modelo setorial atual, após as crises vivenciadas pelo setor no passado, sobretudo a crise do apagão de 2001.

A ANEEL vem endurecendo as regras de penalizações por indisponibilidade de instalações de transmissão e também pelo uso inapropriado dos serviços de transmissão

A tendência, inclusive, é a expansão do sistema de transmissão, dada a intensificação da necessidade de intercâmbio energético que se justifica pelo avanço das usinas a fio d'água, as quais são desprovidas de capacidade de regularização plurianual, e também devido ao avanço das fontes de energias alternativas, como a solar e as eólicas, caracterizadas por sua intermitência, o que é evidenciado pela análise do Plano Decenal de Expansão de Energia – PDCE 2027, que prevê a expansão da Rede Básica para 196.816 mil quilômetros de extensão.

Diante desse contexto, a ANEEL, em seu papel de agente regulador, visando preservar a segurança do suprimento energético, vem endurecendo as regras de penalizações por indisponibilidade de instalações de transmissão e também pelo uso inapropriado dos serviços de transmissão pelos seus usuários, através da instituição de mecanismos para assegurar a confiabilidade e a qualidade da prestação do serviço de transmissão, dentre os quais a previsão de descontos na Receita Anual Permitida da transmissora (RAP) em razão de atrasos na entrada em operação dos empreendimentos ou mesmo diante de sua indisponibilidade ou de restrições operativas do sistema.

Para a ANEEL este instrumento não se configura como uma penalidade imposta aos agentes de transmissão, mas sim um mero mecanismo de incentivo regulatório, o que autorizaria a dispensa de um prévio procedimento administrativo formal, em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

O objetivo do presente estudo é analisar a natureza jurídica do desconto realizado pelo Operador Nacional do Sistema (NOS) na RAP das transmissoras em razão do atraso da conclusão das linhas de transmissão, a fim de verificar se se trata de incentivo regulatório ou de penalidade.

Para tanto, inicialmente será contextualizado o problema, apresentado a configuração da parcela variável, e as suas principais características. Posteriormente serão examinados os conceitos de penalidade e incentivo regulatório e, por fim, a conclusão quanto à sua natureza jurídica.

2. Parcela variável

A remuneração devida às concessionárias de transmissão pela prestação dos serviços de transmissão aos usuários da rede básica denomina-se Receita Anual Permitida (RAP), cujo valor é obtido a partir do resultado dos leilões de transmissão, uma vez que as concessões de transmissão são obtidas através de processo licitatório.

O objetivo da RAP é promover a eficiência produtiva e incentivar a realização de investimentos prudentes, assegurando-se ao concessionário de transmissão uma remuneração adequada, bem como a cobertura dos custos eficientes de operação e manutenção, com a preservação da equação econômico-financeira do contrato de concessão.

Portanto, a RAP tem por escopo amortizar o investimento realizado pela transmissora e assegurar um retorno desse investimento, mediante a previsão de uma remuneração composta basicamente das seguintes parcelas: retorno sobre o capital (que representa a remuneração atribuída à concessionária sobre os investimentos prudentes), retorno do capital (representada pela recomposição ou amortização do investimento realizado), os custos operacionais e os encargos setoriais³.

A parcela mensal da receita anual permitida da transmissora, concernente à prestação dos serviços de transmissão, na parte correspondente à rede básica⁴, referente a uma determinada instalação, remunerada sob o contrato de uso do sistema de transmissão (CUST) e o contrato de concessão do serviço público de transmissão, é denominada de pagamento-base (PB)⁵.

O pagamento-base (PB), que integra a RAP, está sujeito à adição de um componente, denominado de parcela variável (PV), que compreende descontos realizados pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, por intermédio do Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS, os quais estão associados à disponibilidade e à capacidade operativa das instalações de transmissão sob responsabilidade das concessionárias de transmissão, integrantes da rede básica. O objetivo da PV seria estimular as transmissoras a zelar para que as suas instalações de transmissão operem adequadamente, com continuidade, sem restrições operativas dentro do prazo contratual fixado no contrato de concessão.

A PV foi instituída pela Resolução Normativa ANEEL 270, de 26 de junho de 2007, posteriormente alterada pela Resolução Normativa ANEEL 729, de 28 de junho de 2016, e prevê três espécies de parcela variável: i) PVA – Parcela Variável por Atraso na entrada em operação, que corresponde à parcela a ser deduzida do pagamento-base da transmissora em razão do atraso da entrada em operação da função transmissão⁶; ii) PVI – Parcela Variável por Indisponibilidade, e iii) PVRO – Parcela Variável por Restrição Operativa. Pode-se dizer que a PV é composta por três partes: a PVA, a PVI e a PVRO.

A primeira parcela é apurada antes da linha de transmissão entrar em operação e o valor é descontado quando ela começa a operar e, conseqüentemente, a receber sua remuneração. Seu valor é proporcional ao número de dias em que a instalação atrasou sua entrada em operação, limitada ao máximo de 90 dias.

As demais ocorrem durante a operação, sendo que a PVI é a parcela a ser deduzida do pagamento base da transmissora em razão de desligamento programado ou outros desligamentos. A apuração da PVI se dá através de fatores multiplicadores, ou seja, um desligamento programado corresponde a um desconto de até 10 vezes o valor recebido por

determinada função transmissão, enquanto que os não programados representam um desconto de até 150 vezes este mesmo valor⁷.

A PVRO, por sua vez, corresponde à parcela a ser deduzida do pagamento-base em razão da redução da capacidade operativa da função transmissão. O desconto do pagamento-base da transmissora é proporcional à redução da capacidade operativa da função transmissão.

Os descontos são realizados através do Operador Nacional do Sistema – ONS, segundo o procedimento estabelecido no Submódulo 15.12 dos Procedimentos de Redes e regulamentação editada pela ANEEL, sem qualquer instauração de processo administrativo prévio.

Basicamente o procedimento se resume à coleta de dados disponíveis junto à operação do sistema, relativos à indisponibilidade e às restrições de capacidade operativas das funções transmissão; à consolidação do resultado e apuração dos serviços e encargos de transmissão, assim como das parcelas variáveis; à disponibilização aos agentes envolvidos para validação e, por fim, à efetiva cobrança.

Por outro lado, caso a ANEEL venha a entender que a transmissora não deu causa ao atraso na entrada em operação, no caso da PVO, tem-se a possibilidade de que seja realizado o ressarcimento, mediante a recontabilização do valor deduzido do pagamento base pela ONS, conforme previsto no art. 7º, § 2º, da Resolução Normativa ANEEL 729/2016, assim redigido:

Art. 7ª O valor da PVA será calculado conforme os seguintes critérios:

I – o período de atraso será limitado em 90 (noventa) dias para efeito de desconto;

II – o valor por dia de atraso nos primeiros 60 (sessenta) dias corresponderá a 25% (vinte e cinco por cento) do valor “pro rata-dia” do PB da FT; e mediante solicitação da concessionária de transmissão, isente parcial ou totalmente a responsabilidade da concessionária pelo atraso.

III – o valor por dia de atraso entre o 61º (sexagésimo primeiro) dia e o 90º (nonagésimo) dia corresponderá ao valor “pro rata-dia” do PB da FT.

§ 1º O valor da PVA será descontado em parcelas iguais nos (18) dezoito primeiros meses a partir da entrada em operação comercial da FT.

§ 2º A PVA aplicada pelo ONS poderá ser recontabilizada caso a ANEEL descontos não sejam devidos, o mesmo será devolvido à transmissora.

Denota-se, portanto, que a dedução da parcela variável se dá de forma sumária e automática, sem a apuração da culpa prévia da concessionária, desconsiderando situações de emergência, decorrentes de ordem técnica e até de segurança de instalações, bem como casos fortuitos e de força maior, que independem da vontade da transmissora.

Diante desse cenário, impõe-se apresentar os conceitos de penalidade e incentivo regulatório.

3. Penalidade

A sanção ou penalidade, independentemente do nome que lhe seja dado, consiste na consequência prevista ao descumprimento de norma por determinado indivíduo, e o seu conceito está vinculado às medidas que um ordenamento jurídico dispõe com o escopo de reforçar o respeito às suas leis e, em alguns casos, remediar os efeitos de sua possível inobservância. Portanto, a penalidade é a consequência jurídica de uma infração imposta pelo Estado, que visa coibir a prática de novas condutas infracionais.

Para Bobbio estas medidas podem dotar-se de caráter material (vigilância, controle etc.) e também podem se restringir a medidas psicológicas de desencorajamento de condutas (intimidação, por exemplo). Destaca o autor, contudo, que quando a infração à norma materializa-se, as sanções aparecem como reações estatais desfavoráveis ao comportamento indesejado, podendo assumir um caráter reparador do dano produzido e/ou punitivo em relação ao agente⁸.

A penalidade administrativa, por sua vez, pode ser conceituada como qualquer mal infligido pela Administração a um administrado,

como consequência de uma conduta ilegal, resultante de um procedimento administrativo e com finalidade puramente repressora.

Fábio Medina Osório destaca que a sanção administrativa pode apresentar, igualmente, natureza disciplinadora, bem como pode ser aplicada não apenas pela autoridade administrativa, mas também pelo Poder Judiciário, após o regular processo judicial⁹.

Em síntese, a penalidade é caracterizada pelo resultado previsto pela norma ao agente que a descumpre. Tem entre os seus elementos caracterizadores: a previsão de uma regra clara e prévia de conduta na norma (obrigação de fazer ou não fazer), a violação da aludida regra pelo infrator (infração) e a obrigatoriedade do ente estatal reagir a tal violação da norma (penalidade/sanção).

4. Incentivo regulatório

O incentivo regulatório, como o próprio nome designa, é um estímulo à prática de determinado comportamento. Há dois mecanismos de incentivo regulatório que visam o estímulo da eficiência econômica do agente regulado: a regulação por penalidades absolutas (*command and control*) e a regulação por incentivos (*incentive regulation*).

A *command and control* é a forma clássica de regulação, através da qual o regulador estabelece os indicadores que devem ser observados e promove a respectiva fiscalização, impondo sanções previamente fixadas na hipótese de descumprimento dos parâmetros fixados.

Eberhard Bohne¹⁰, ao discorrer sobre o tema, expõe que “a regulação por *command and control* consiste em comandos legais do que é proibido e do que é permitido, tendo seu cumprimento executável (*enforced*) pela aplicação de multas ou coerção física”, definição esta que também é compartilhada por Sanford V. Berg¹¹:

Control and Command estabelece objetivos de performance a serem alcançados pelo agente regulado e o regulador monitora sua execução para garantir que os objetivos serão alcançados de acordo com os procedimentos estabelecidos pelo regulador.

A regulação por incentivos, por seu turno, além de poder estabelecer uma punição no caso de descumprimento da meta, deve também prever uma premiação ao agente a fim de encorajá-lo a agir em conformidade com a norma ou a alcançar determinado objetivo, característica esta que não se identifica nas sanções. Nesse sentido, Sanford V. Berg¹², em estudo sobre o tema, aponta que a regulação por incentivos baseia-se no uso de recompensas e sanções para induzir dado comportamento do agente regulado com vistas ao atingimento de metas.

O professor de economia David Sappington¹³ apresenta a seguinte definição para a regulação por incentivos: “*Incentive regulation can be defined as the implementation of rules that encourage a regulated firm to achieve desired goals by granting some, but not complete, discretion to the firm*”.

Por sua vez Viscusi¹⁴, em sua clássica obra *Economics of Regulation and Antitrust*, ressalta que a regulação por incentivos constitui inovação na política regulatória tradicional, após o reconhecimento de diversas deficiências no método precedente, que buscava controlar os preços da atividade regulada. A regulação por incentivos institui recompensas para motivar cada agente regulado a reduzir custos, inovar, aprimorar a eficiência dos serviços.

Logo, a regulação por incentivos promove o estímulo ou o desestímulo a uma dada conduta pelo agente regulado, mediante prêmios e sanções, com o objetivo precípua de induzir os agentes regulados a atingir determinados objetivos.

Ressalte-se que no *incentive regulation* o agente regulado possui discricionariedade quanto à realização dos referidos objetivos, ou seja, cabe a ele decidir se adotará a conduta estimulada (com a percepção do prêmio) ou se deixará de fazê-la (não auferindo o prêmio ou, até mesmo, sofrendo os ônus eventualmente estabelecidos). Nesse sentido, vale transcrever, mais uma vez, as lições de Sanford V. Berg¹⁵:

O agente regulado auxilia na definição de metas ou metas de desempenho. As metas não são ditadas unilateralmente pelo regulador. As informações da empresa sobre interdependências de desempenho complexas (entre produção e qualidade) podem precisar ser levadas em consideração.

O agente regulado decide como atingir metas. Ações específicas não são prescritas pelo regulador, que permitem que a empresa utilize suas informações internas e estabeleça incentivos internos apropriados para melhorar o desempenho.

A técnica de regulação por incentivos deve ser utilizada quando o regulador se depara com um cenário de assimetria de informações, bem como quando os objetivos pretendidos pelo agente regulado e os usuários de seus serviços apresentam-se incompatíveis.

A assimetria das informações é identificada quando o regulador não tem informações suficientes para fixar o padrão mais eficiente que pode ser alcançado pelo agente, isto é, quando o agente regulado dispõe de mais informações sobre aspectos relevantes do serviço do que o regulador, como tecnologia, custos, investimentos, dentre outros. Nesse caso, faz-se necessário o emprego de medidas que estimulem o agente regulado a se valer dessas informações privilegiadas para alcançar determinados objetivos, de interesse da sociedade como um todo, compatibilizando-se, assim, os interesses envolvidos. Desta feita, o regulador fixa padrões mínimos desejáveis e dá sinais econômicos para encorajar o regulado a superar os padrões.

A ausência de convergência de objetivos entre as partes envolvidas também constitui um pressuposto da regulação por incentivos, a qual terá por objetivo estimular o agente regulado para alcançar determinada meta que não estaria compreendida em seu plano de ação. O modelo de incentivos regulatório de David Sappington¹⁶ aponta a relevância da presença desse elemento para que a regulação por incentivos seja efetiva:

Esses dois aspectos do ambiente regulatório devem estar presente para que a regulação por incentivos seja uma forma apropriada de governança. O segundo requisito para que a regulação por incentivos seja adequada e efetiva, a diferença entre os objetivos do regulado e dos consumidores, é natural na maioria dos arranjos regulatórios. O agente regulado deve servir os melhores interesses de seus acionistas, enquanto os consumidores almejam primordialmente

seu bem-estar individual. A diferença de objetivos leva a preferências distintas em diversos aspectos, como a exposição a riscos e o nível de preços. Se o agente regulado compartilha objetivos e preferências com a sociedade, não é necessário limitar sua avidão, já que ele irá naturalmente buscar o socialmente esperado.

Portanto, o conflito de interesses, seja entre o agente regulado e os usuários do seu serviço, ou mesmo entre aquele e o órgão regulador, constitui uma premissa fundamental da regulação por incentivos.

A respeito, Marcos Rodolfo Kessler¹⁷, em sua dissertação de mestrado em economia da UFRS, sob o título “A Regulação Econômica do Setor Elétrico Brasileiro: Teoria e Evidências”, expõe:

A segunda razão para que a firma regulada esteja sujeita às regras de um modelo de regulação por incentivos é a divergência entre os objetivos da firma e da sociedade. A firma regulada, assim como qualquer outra, direciona as suas ações no sentido de maximizar os resultados para seus acionistas, enquanto que seus consumidores e a sociedade estão interessados no seu próprio bem estar. Esse conflito de interesse depende de um conjunto de preferências que produzirão diferentes resultados, mas se a firma regulada, ao considerar as preferências da sociedade, maximizar concomitantemente seu objetivo empresarial, então, não serão necessárias severas restrições ou controles à ação da firma, pois naturalmente ela estará atendendo interesses da sociedade e os seus simultaneamente. Assim, se considerarmos as situações em que a firma regulada goza de melhores informações que o regulador no que diz respeito ao desenvolvimento de sua atividade e quando os interesses da firma e da sociedade são conflitantes, temos o ambiente apropriado para o desenvolvimento de um modelo de regulação por incentivos, no qual haverá razões objetivas que motivarão a firma a um comportamento que propiciará o aprimoramento contínuo do serviço, possibilitando retornos para a sociedade como um todo e, também, para a firma regulada.

E conclui: “O desenho de uma política regulatória deve apresentar os elementos teóricos até aqui apresentados (conflito de interesses, monopólio natural e assimetria de informação) como restrições básicas a serem acomodadas simultaneamente na busca da eficiência.”

Depreende-se, assim, que a partir dessa técnica de regulação cabe ao agente regulado prestar os serviços de acordo com as normas e os padrões estabelecidos, mas também auferir ganhos adicionais em razão do seu desempenho eficiente, acima dos padrões legais, sendo que este modelo possui como premissa a existência de conflito de interesse entre o agente regulado e o regulador e os seus usuários e também a assimetria de informações.

Tecidas essas considerações, passemos agora a examinar a natureza jurídica da parcela variável por atraso.

5. A natureza jurídica da PVO

Como exposto, sanção é toda a consequência que se agrega a uma norma visando o seu cumprimento obrigatório. Trata-se da resposta a uma conduta humana contrária ao estabelecido pelo direito.

O incentivo regulatório, por outro lado, pressupõe a instituição de uma recompensa para motivar cada agente regulado a adotar determinada conduta. Faculta-se, assim, ao agente regulado a opção de otimizar a sua atuação, mediante o recebimento de uma bonificação ou prêmio, sendo também conferida a ele a opção de deixar de praticar a conduta almejada pela regulação, hipótese em que poderá estar sujeito a desincentivos regulatórios. A partir dessa técnica de regulação, cabe ao agente regulado prestar os serviços de acordo com as normas e os padrões estabelecidos, mas também auferir ganhos adicionais em razão do seu desempenho eficiente, acima dos padrões legais.

Vê-se, portanto, que além da existência de prêmios que motivem a atuação do agente, a regulação por incentivos também pressupõe a faculdade conferida ao agente regulado de atuar ou não de acordo com os escopos regulatórios. Nesse sentido, vale trazer a colação a opinião dos advogados Guilherme Pereira Baggio e Paulo Gesteira Costa Filho¹⁸,

em parecer intitulado “O Valor-Base para Compensações e Multas Administrativas impostas pela Aneel às Concessionárias de Distribuição”, cuja abordagem é bem elucidativa quanto à matéria ora apresentada:

Em síntese, as notas distintivas entre a penalidade administrativa e a regulação por incentivos consistem em: i) discricionariedade do agente; e ii) existência de prêmios.

Note-se: na regulação por incentivos, o agente pode escolher atuar ou não a favor dos escopos regulatórios. Nas hipóteses de imposição de penalidade administrativa, por outro lado, a legislação exige o cumprimento de determinada conduta, e utiliza a coercitividade da norma para reprimir as condutas censuráveis.

No que diz respeito à existência de prêmios, a regulação por incentivos prevê, aos agentes regulados, recompensas para a hipótese de realização de determinada conduta. Isto é, além de eventual ônus (caso a atuação do agente seja insatisfatória), a regulação por incentivos pode conduzir a um resultado benéfico ao administrado. Na penalidade administrativa, entretanto, não há recompensa ao agente que deixe de realizar a conduta censurável; este apenas não será punido.

Logo, os elementos que distinguem a penalidade do incentivo regulatório podem ser assim sintetizados: (a) a existência de recompensas ou bonificações para o agente que atenda determinado parâmetro fixado pelo órgão regulador; (b) a melhoria da eficiência da prestação dos serviços acima dos padrões legais; (c) a faculdade conferida ao agente de adotar o comportamento recomendado em prol dos escopos regulatórios.

Ao analisar o mecanismo regulatório veiculado na Resolução Normativa Aneel 729/2016, denota-se que não se trata da regulação por incentivos, tal como defendido pela ANEEL. Conforme foi apresentado, a técnica da *incentive regulation* associa um reforço positivo às condutas desejáveis e um reforço negativo às condutas que não são desejáveis, o que não se vislumbra com a parcela variável por atraso, que é deduzida da RAP da transmissora.

Veja-se que a norma não prevê mecanismos que conduzam a antecipação da entrada em operação comercial da linha de transmissão, contentando-se apenas em estabelecer uma sanção, consistente na redução da RAP da transmissora, caso ocorra atraso na entrada em operação.

Até pouco tempo atrás, quando vigorava a Resolução Normativa Aneel 270/2007, tal mecanismo era utilizado para a parcela variável por indisponibilidade, que previa adicionais à RAP nas hipóteses em que o desempenho fosse superior ao parâmetro estabelecido:

Art. 2º Para os fins e efeitos desta Resolução ficam estabelecidos os seguintes termos e respectivas definições:

I – Adicional à RAP: valor a ser adicionado à Receita Anual Permitida – RAP estabelecido pela ANEEL como incentivo à melhoria da disponibilidade das instalações de transmissão, tendo como referência a receita da Parcela Variável Por Indisponibilidade

Art. 31. A concessionária de transmissão receberá um Adicional à RAP vinculado a uma FT, quando a duração de Outros Desligamentos da FT, acumulada no período contínuo de 12 (doze) meses anteriores ao mês de maio, incluindo este, for igual ou inferior ao correspondente valor estabelecido na tabela do i2 do Anexo desta Resolução.

§ 1º Atendida a condição definida no “caput”, a concessionária receberá, ainda, um Adicional à RAP associado a Desligamentos Programados, realizados na FT, quando a duração acumulada no mesmo período for igual ou inferior ao correspondente valor estabelecido na tabela referida no “caput”.

Com o advento da Resolução Normativa ANEEL 729/2016, o adicional à RAP para os casos de desligamentos da função transmissão foi excluída e, no que tange ao atraso na entrada em operação, nenhuma bonificação foi prevista em relação à antecipação da entrada em operação, mantendo-se a regra até então prevista na Resolução Normativa ANEEL 270/2007.

Percebe-se, portanto, que o tratamento conferido pela ANEEL ao atraso da entrada em operação da linha de transmissão, através da par-

cela variável por atraso, assemelha-se mais à técnica de incentivo clássica do *command and control*, denominada de regulação por penalidades absolutas, do que propriamente à regulação por incentivos.

Ademais, o regulador nem sequer poderia prever um bônus à antecipação da entrada em operação da função transmissão, uma vez que esta opção não é passível de livre escolha pela transmissora, dada as características do sistema elétrico brasileiro, que é interligado e operado pelo ONS, que é a quem cabe verificar se há ou não interesse sistêmico na antecipação da entrada de operação de um determina linha de transmissão.

Uma das premissas para a adoção da técnica de regulação por incentivos é a existência de conflito de interesses que possam afetar a consecução do escopo regulatório

Verifica-se que, além da ausência de mecanismos de estímulos para o transmissor, o que, por si só, descaracteriza a parcela variável por atraso como uma forma de incentivo o regulatório, não existe conflito de interesses entre o agente regulado e o órgão regulador. Como visto, uma das premissas para a adoção da técnica de regulação por incentivos é a existência de conflito de interesses que possam afetar a consecução do escopo regulatório.

Ora, no caso sob análise, da construção e implantação de uma linha de transmissão, não se vislumbra a existência de interesses conflitantes, mas sim convergentes. De um lado, tem-se o interesse do poder concedente e dos usuários do SIN de que a função transmissão entre em operação na data prevista e, do outro lado, tem-se o interesse da transmissora em concluir a obra na data estipulada no contrato de concessão para que inicie a prestação dos serviços e, por sua vez, aufera a sua remuneração. Ademais, a transmissora só passará a receber a RAP quando as suas instalações de transmissão entrarem em operação.

A ANEEL, ao instituir tal parâmetro, para medir a “qualidade do serviço de transmissão”, valeu-se de uma regulação econômica por meio de uma penalidade absoluta, que prevê uma sanção punitiva,

qual seja, o desconto do pagamento-base, que corresponde a 12,5% da RAP.

A respeito da natureza jurídica da parcela variável por atraso – se constitui penalidade ou incentivo regulatório –, a jurista Maria João C. P. Rolim¹⁹, em artigo intitulado “Excludente de Responsabilidade por Atraso no Licenciamento Ambiental dos Empreendimentos do Setor Elétrico e o Reequilíbrio Econômico – Financeiro da Concessão”, assim se pronuncia:

Defende a ANEEL, até o momento, que o desconto não configura penalidade ou sanção ao concessionário e sim “incentivo regulatório” para que este entre em operação na data imposta no contrato. Por não possuir natureza sancionatória, ao ver da Agência, prescinde o desconto na PVA de apuração prévia acerca da culpabilidade pelo atraso.

Assim, ocorrendo o atraso na entrada em operação, ainda que imputável ao concessionário – tal como ocorre quando o órgão ambiental dá causa ao atraso no licenciamento, como já exposto anteriormente – deve ser realizado o desconto na PVA da transmissora.

Ocorre que este raciocínio carece de lógica jurídica na medida em que um desconto de remuneração, fixada em contrato, não poderia configurar como incentivo, e em verdade seria um “desincentivo”, que na linguagem jurídica seria penalidade ou sanção.

Assim, ao contrário do entendimento da ANEEL, entende-se que o desconto na RAP tem incontestável natureza de penalidade, posto que reduz a remuneração ajustada contratualmente e não configura, de modo algum, incentivo à antecipação da entrada em operação, contrariando assim, frontalmente, o mais simples dos significados da palavra “incentivo”, que está ligado a um estímulo, ou incentivo. Assim, um desconto acordado em remuneração previamente em contrato, sem análise da culpabilidade pelo atraso, configura verdadeira penalidade, que é dotada, inclusive, das mesmas características e finalidades das sanções passíveis de aplicação ao final do processo administrativo fiscalizatório: punir o concessionário pelo

não cumprimento da sua obrigação contratual de entrar em operação comercial na data estipulada.

Assim, o desconto na RAP efetuada, em seu âmago, independentemente da roupagem que lhe dê, uma sanção de natureza pecuniária destinada a penalizar a concessionária em virtude do atraso na entrada em operação. da sua obrigação contratual de entrar em operação comercial na data estipulada.

E em se tratando de penalidade, o tratamento que deve ser dispensado à PVO deve ser diferente do que vem sendo adotado pela agência reguladora, ou seja, para a dedução de valores da receita da transmissora é imprescindível a instauração de um prévio processo administrativo, assegurando-se o direito ao contraditório e à ampla defesa.

É sabido que muitos dos atrasos nas obras de transmissão decorrem de fatores que independem da vontade da concessionária, como, por exemplo, questões não previstas nos projetos constantes no edital do leilão, dificuldades de obtenção do licenciamento ambiental, questões fundiárias, decisões judiciais, dentre outras.

Em artigo intitulado “Gargalos nos Empreendimentos de Geração e Transmissão de Energia Elétrica no Brasil”, Luiz Homero Câmara Medeiros²⁰ aponta que o licenciamento ambiental das linhas de transmissão é o grande responsável pelos atrasos verificados nos empreendimentos. O Instituto Acende Brasil²¹, em estudo específico sobre este tema, verificou que o prazo para o licenciamento ambiental das hidrelétricas pode chegar a nove anos, enquanto que para as linhas de transmissão são necessários, em média, quatro anos para a obtenção de uma licença ambiental.

Portanto, muitas das causas que provocam os atrasos no empreendimentos de transmissão decorrem de fatores que fogem ao controle das concessionárias, de forma que a aplicação sumária de um desconto em sua remuneração, no início da sua operação, sem a devida apuração da culpa, configura uma arbitrariedade, comprometendo, inclusive, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, e ainda representa *bis in idem*, uma vez que a concessionária será penalizada por

um atraso a que não deu causa, deixando de perceber a sua remuneração: terá o desconto da parcela variável e ainda estará sujeita às penalidades impostas pela Resolução Normativa ANEEL 63/2004²², que também estabelece penalidade por descumprimento dos prazos previstos nos atos de outorgas da concessão.

Dessa forma, vislumbra-se que o desconto sumário da RAP da transmissora de forma sumária e da PIS das distribuidoras, sem a apuração da culpa da concessionária, constitui afronta aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, de aplicação obrigatória nas hipóteses derivadas desta questão, princípios estes previstos no art. 5º da Constituição Federal.

6. Conclusão

O setor elétrico brasileiro é complexo em razão de diversos fatores, tais como o seu tamanho continental, a quantidade de agentes envolvidos, as variadas fontes de geração de energia, as questões econômicas etc.

A ANEEL, ao desempenhar o seu papel de agente regulador, de acordo com o previsto na legislação, e no intuito de preservar a segurança do suprimento energético no país, vem endurecendo as regras acerca da indisponibilidade de instalações de transmissão.

No que tange às transmissoras, a ANEEL instituiu a previsão de descontos na Receita Anual Permitida da transmissora em decorrência de atrasos na entrada em operação dos empreendimentos ou mesmo diante de sua indisponibilidade ou de restrições operativas do sistema.

Ao aplicar os descontos da RAP e da PIS, a ANEEL não respeita o contraditório e a ampla defesa, pois entende tratar-se de incentivos regulatórios e não de penalidades. Todavia, através da análise das características da penalidade e do incentivo regulatório, vislumbra-se que a conduta da ANEEL de promover os descontos sem o devido processo legal não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio.

A penalidade é caracterizada pela existência de uma regra clara e prévia de conduta na norma, a violação da aludida regra pelo infrator

e a obrigatoriedade do ente estatal reagir a tal violação da norma. Já o incentivo regulatório, entre outras características marcantes, pode estabelecer um ônus no caso de descumprimento da meta e uma premiação ao agente a fim de encorajá-lo a agir em conformidade com a norma ou a alcançar determinado objetivo.

Ao analisar as características dos descontos da Receita Anual Permitida é possível verificar que não existem premiações aos agentes, mas apenas punição em decorrência do descumprimento das normas editadas pela ANEEL, o que por si só descaracteriza o incentivo regulatório.

Assim, de acordo com a premissa básica prevista no ordenamento jurídico pátrio é necessário que se conceda aos agentes a possibilidade de exercer o contraditório e a ampla defesa, sob pena de afronta à Constituição Federal.

Tal conduta da ANEEL, entre outras consequências, implica a crescente judicialização das questões, o que é deveras prejudicial ao setor elétrico, que necessita de segurança jurídica para viabilizar investimentos e, conseqüentemente, expandir o sistema para absorver a crescente demanda de energia elétrica.

Notas

1. Rejane Mara Sampaio D'Almeida. Advogada Sênior da Companhia Paranaense de Energia – COPEL, graduada em Direito pela PUC-PR e em Administração de Empresas pela UFPR; pós-graduada em Direito Tributário pela ABDCONST e em Direito Societário pelas Faculdades Integradas Curitiba e MBA no Setor Elétrico pela FGV em andamento.
2. INSTITUTO ACENDE BRASIL. *Transmissão: O Elo Integrador*. São Paulo: 2015, disponível em <www.acendebrasil.com.br/.../2015_WhitePaperAcendeBrasil_15_Transmissao_Rev_1>. Acesso em 15.12.2018.
3. AQUINO, Ricardo Moraes et al. *Impacto da Parcela Variável na Expansão, Operação e Manutenção do Sistema Interligado Nacional – Propostas para Atualização de Procedimentos*. Belo Horizonte: UFMG, disponível em www.ppgce.ufmg.br/documentos/PublicacoesDefesas/928/ERIAC.pdf.> Acesso em 17.12.2018.
4. A rede básica compreende as instalações de transmissão do Sistema Interligado Nacional-SIN, de propriedade de concessionárias de serviço público de

- transmissão, definida segundo critérios estabelecidos na REN ANEEL nº 067/2004, abrangendo as linhas de transmissão, barramentos, transformadores de potência e equipamentos de subestação em tensão igual ou superior a 230 kV e os transformadores de potência com tensão primária igual ou superior a 230 kV e tensões secundária e terciária inferiores a 230 kV, bem como as respectivas conexões e demais equipamentos ligados ao terciário, a partir de 1º de julho de 2004.
5. O pagamento base está conceituado na REN ANEEL nº 729/2016 como a parcela equivalente ao duodécimo da Receita Anual Permitida – RAP associada à plena disponibilização das instalações de transmissão que compõem uma Função Transmissão.
 6. A função transmissão (FT) refere-se ao conjunto de instalações funcionalmente dependentes, considerado de forma solidária para fins de apuração da prestação de serviços de transmissão, compreendendo o equipamento principal e os complementares. Os tipos de FT são: linha de transmissão, transformação, controle de reativo e módulo geral.
 7. JESUS, Leonardo dos Santos. *Avaliação da Parcela Variável para Apuração da Qualidade do Serviço de Transmissão no Brasil Segundo Conceitos de Confiabilidade*. Rio de Janeiro: Departamento de Engenharia Elétrica da Universidade Federal do Rio de Janeiro: 2008, disponível em <monografias.poli.ufrj.br/monografias/monopoli10001131.pdf.> Acesso em 19.12.2018.
 8. BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoria del derecho*, Fernando Torres Editor, Valência, 1980, p. 38.
 9. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 88-89
 10. BOHNE, Eberhard. *Conflicts between national regulatory cultures and EU energy regulations utilities*. Utilities Policy, 2011, vol. 19, issue 4– pages 255-269.
 11. BERG, Sanford V. *Introduction to Fundamentals of Incentive Regulation*. In Public Utility Reserach Center: Gainesville: University of Florida, 1992, disponível em <regulationbodyofknowledge.org/.../Berg_Introduction_to_tthe.> Acesso em 04.01.2019
 12. BERG, Sanford V. *Introduction to Fundamentals of Incentive Regulation*. In Public Utility Reserach Center: <regulationbodyofknowledge.org/.../Berg_Introduction_to_tthe.> Acesso em 04.01.2019
 13. SAPPINGTON, David E.M. *Designing Incentive Regulation. Review of Industrial Organization 9: 245-272, 1994*, in “A Regulação Econômica no Setor Elétrico Brasileiro: Teoria e Evidências”. Marcos Rodolfo Kessler, Mestrado em Economia, UFRGS, 2006.
 14. VISCUSI, Joseph E. Harrington Jr. Et al. *Economics of regulation and antitrust*. Cambridge, Massachusetts : MIT Press, c2005, Edición: 4th ed.
 15. *Ibid.*
 16. SAPPINGTON, David E.M. *Designing Incentive Regulation. Review of Industrial*

- Organization 9: 245-272, 1994, in "A regulação Econômica no Setor Elétrico Brasileiro: Teoria e Evidências. Marcos Rodolfo Kessler, Mestrado em Economia, UFRGS, 2006.*
17. KESSLER, Marcos Rodolfo. A regulação econômica no setor elétrico brasileiro: teoria e evidências. Porto Alegre: UFRS, 2006, disponível em <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/1153>>. Acesso em 16.12.2018.
 18. BAGGIO, Guilherme Pereira et al. Parecer 059/2017 – ABRADDE: O Valor-Base para Compensações e Multas Administrativas impostas pela Aneel às Concessionárias de Distribuição. Brasília, setembro de 2017.
 19. ROLIM, Maria João C. P. *Responsabilidade por Atraso no Licenciamento Ambiental dos Empreendimentos do Setor Elétrico e o Reequilíbrio Econômico – Financeiro da Concessão*, publicado na obra “Temas relevantes no direito de energia elétrica, Tomo V, 1a. ed., RJ, Synergia, 2016, p. 543-584.
 20. MEDEIROS, Luiz Homero Câmara. *Gargalos nos Empreendimentos de Geração e Transmissão de Energia Elétrica no Brasil*, 2016, disponível em <https://pt.linkedin.com/pulse/gargalos-nos-empreendimentos-de-gera%C3%A7%C3%A3o-e-transmiss%C3%A3o-luiz-homero>>. Acesso em 15.12.2018.
 21. XI FÓRUM INSTITUTO ACENDE BRASIL. *A Valorização do Licenciamento Ambiental: Caminhos para o Desenvolvimento e a Proteção*, São Paulo: 2018, disponível em <acendebrasil.com.br/.../13-abr-2018-xi-forum-instituto-acende-brasil-a-valorizacao-d..> Acesso em 15.12.2018
 22. Assim prevê o art. 6º, inciso I da Resolução Normativa Aneel nº 63/2004: “Constitui infração, sujeita à imposição da penalidade de multa do Grupo III: (...) XII – descumprir os prazos estabelecidos nos atos de outorga de concessões, permissões ou autorizações de implantação de instalações de produção, transmissão ou distribuição de energia elétrica;”

Referências

- AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. Resolução Normativa 399 de 13.04.20100, disponível em <www.aneel.gov.br/cedoc/ren2010399.pdf> Acesso em 04.12.2018.
- AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. Resolução Normativa 729 de 28.06.2016 disponível em <www.aneel.gov.br/cedoc/ren2016729.pdf> Acesso em 04.12.2018.
- AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. Resolução Normativa 67 de 08.06.2004, disponível em <www.aneel.gov.br/cedoc/ren2010399.pdf> Acesso em 04.12.2018
- AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. Resolução Normativa 281 de 1.10.1999, disponível em <www.aneel.gov.br/cedo/ren1999281.pdf> Acesso em 04.12.2018.

- AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. Resolução Normativa nº 666 de 23.06.20155, disponível em <www.aneel.gov.br/cedo/ren2015666.pdf> Acesso em 04.12.2018.
- AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. Nota Técnica nº 091/2009-SRT/ANEEL de 09/11/2009, disponível em <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/dspListaDetalhe.cfm?attAnoAud=2009&attIdeFasAud=384&id_area=13&attAnoFasAud=2010>. Acesso em 05.12.2018
- AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. Resolução Normativa nº 414, de 09.09.2010. Submódulo 15.12 dos Procedimentos de Redes e regulamentação, disponível em <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2010414.pdf>>. Acesso em 04.12.2018.
- AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. Resolução Normativa 270 de 26.06.2007, disponível em <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2007270.pdf>>. Acesso em 04.12.2018.
- AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. Resolução Normativa nº 63 de 12.05.2004, disponível em <www.aneel.gov.br/.../Resolucao...63+2004_ren2004063.../b202aa21-a235-4d02-9b1>. Acesso em 15.12.2018.
- AQUINO, Ricardo Moraes et al. *Impacto da Parcela Variável na Expansão, Operação e Manutenção do Sistema Interligado Nacional – Propostas para Atualização de Procedimentos*. Belo Horizonte: UFMG, disponível em <www.ppgee.ufmg.br/documentos/PublicacoesDefesas/928/ERIAC.pdf> Acesso em 17.12.2018.
- BAGGIO, Guilherme Pereira et al. Parecer 059/2017 – ABRADDE: *O Valor-Base para Compensações e Multas Administrativas impostas pela Aneel às Concessionárias de Distribuição*. Brasília, setembro de 2017.
- BOHNE, Eberhard. *Conflicts between national regulatory cultures and EU energy regulations utilities*. Utilities Policy, 2011, vol. 19, issue 4- pages 255-269.,
- BERG, Sanford V. *Introduction to Fundamentals of Incentive Regulation*. In Public Utility Reserach Center: Gainesville: University of Florida, 1992, disponível em <regulationbodyofknowledge.org/.../Berg_Introduction_to_tthe> Acesso em 04.01.2019
- BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoria del derecho*, Fernando Torres Editor, Valência, 1980, p. 38
- EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA–EPE. *Plano Decenal de Expansão de Energia em 2027*, 2018, disponível em <www.epe.gov.br/pt/publicacoes-dados./plano-decenal-e-expansao-de-energia-pde>. Acesso em 05 de janeiro de 2019.
- XI FÓRUM INSTITUTO ACENDE BRASIL. *A Valorização do Licenciamento Ambiental: Caminhos para o Desenvolvimento e a Proteção*. São Paulo: 2018, disponível em <acendebrasil.com.br/.../13-abr-2018-xi-forum-instituto-acende-brasil-a-valorizacao-d...> Acesso em 15.12.2018
- INSTITUTO ACENDE BRASIL. *Transmissão: O Elo Integrador*. São Paulo: 2015, disponível em <www.acendebrasil.com.br/.../2015_WhitePaperAcendeBrasil_15_Transmissao_Rev_1>. Acesso em 15.12.2018.

- JESUS, Leonardo dos Santos. *Avaliação da Parcela Variável para Apuração da Qualidade do Serviço de Transmissão no Brasil Segundo Conceitos de Confiabilidade*. Rio de Janeiro: Departamento de Engenharia Elétrica da Universidade Federal do Rio de Janeiro: 2008, disponível em <monografias.poli.ufrj.br/monografias/monopoli10001131.pdf.> Acesso em 19.12.2018.
- KESSLER, Marcos Rodolfo. *A regulação econômica no setor elétrico brasileiro: teoria e evidências*. Porto Alegre: UFRS, 2006, disponível em <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/1153>>. Acesso em 16.12.2018.
- MEDEIROS, Luiz Homero Câmara. *Gargalos nos Empreendimentos de Geração e Transmissão de Energia Elétrica no Brasil*, 2016, disponível em <https://pt.linkedin.com/pulse/gargalos-nos-empreendimentos-de-era%C3%A7%C3%A3o-e-transmiss%C3%A3o-luiz-homero>>. Acesso em 15.12.2018
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 88-89.
- ROLIM, Maria João C. P. *Responsabilidade por Atraso no Licenciamento Ambiental dos Empreendimentos do Setor Elétrico e o Reequilíbrio Econômico – Financeiro da Concessão*, publicado na obra “Temas relevantes no direito de energia elétrica, Tomo V, 1a. ed., RJ, Synergia, 2016, p. 543-584.”
- SAPPINGTON, David E.M. *Designing Incentive Regulation. Review of Industrial Organization 9: 245-272, 1994*, in “*A regulação Econômica no Setor Elétrico Brasileiro: Teoria e Evidências*. Marcos Rodolfo Kessler, Mestrado em Economia, UFRGS, 2006.
- VISCUSI, Joseph E. Harrington Jr. Et al. *Economics of regulation and antitrust*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, c2005, Edición: 4th ed.

EM DESTAQUE

Novo Código de Processo Civil à luz de alguns princípios constitucionais

Accácio Cambi¹

Desembargador aposentado. Conciliador voluntário do TJ-PR

Resumo: Neste texto, pretende-se destacar dispositivos do Código de Processo Civil (CPC) que consagram alguns princípios constitucionais de relevante aplicação na prática forense.

I. Introdução

NO PRESENTE ESTUDO, COM BASE EM PESQUISAS REALIZADAS nas lições dos melhores doutrinadores pátrios, pretende-se demonstrar a importância que tem o exame dos princípios constitucionais na aplicação dos dispositivos do Código de Processo Civil (CPC).

No desenvolver deste trabalho, procurar-se-á relacionar alguns princípios da Constituição Federal (CF) com os dispositivos do CPC. Contudo, o próprio Código já menciona vários princípios: prazo razoável de duração do processo (arts. 4º, 9º e 10º); contraditório – paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais (art. 7º); legalidade e publicidade (art. 8º e 11º). Além desses, outros princípios serão objeto da presente exposição: acesso à justiça (art. 5º, incs. XXXIV e LXXIV, da CF); motivação e fundamentação das decisões (art. 489, par. 1º, do CPC); instrumentalidade do processo (art. 932 do CPC); devido processo legal (art. 5º, incs. XXXV e LV, da CF); coisa julgada (art. 5º, inc. XXXVI, da CF) e legalidade (art. 8º do CPC).

Sabe-se que não é taxativo o rol dos princípios mencionados, porque todas as garantias constitucionais devem ser aplicadas no processo civil, independentemente dessa reiteração ou não pelo CPC².

Não há dúvida, no entanto, que o código inovou ao citar, logo nos seus primeiros artigos, vários dispositivos consagrando os princípios e as garantias do processo civil, de forma a explicitar as premissas basilares que devem pautar o direito processual³.

O objetivo, aqui pretendido, é relacionar os princípios constitucionais com os dispositivos do CPC e demonstrar que, na aplicação do código, não é possível ignorar aqueles princípios básicos, os quais deixaram de ser hierarquicamente inferiores às leis e passaram a ter um papel de excelência no nosso ordenamento jurídico. Isso porque tais princípios orientam a interpretação das leis e traçam os rumos, os objetivos que a nossa sociedade pretende alcançar⁴.

Enfim, tendo em vista a rigidez da carta magna, as leis em geral e, em particular, o CPC, as regras e os princípios constitucionais devem ser obedecidos porque são normas fundamentais do Estado brasileiro⁵.

II. Desenvolvimento

Neste tópico da exposição, cabe destacar os dispositivos do CPC que acolheram os princípios constitucionais no seu texto para demonstrar que há uma perfeita consonância entre o estatuto processual e a Constituição Federal de 1988.

Na sequência, serão apontados os artigos do CPC e alguns princípios constitucionais que o legislador dispôs nas respectivas normas, visando atingir o objetivo acima referido.

1. Princípio da razoável duração do processo

O inciso LXXVIII, do artigo 5º, do CF, dispõe: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Essa mesma regra é repetida no CPC, no artigo 4º: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

A novidade apresentada pelo código diz respeito à inclusão expressa da atividade satisfativa entre aquelas a merecerem a duração razoável⁶. Isto é importante porque de nada vale assegurar um prazo razoável de duração processual até o momento da sentença ignorando-se a fase de realização do direito material, pois esta fase é que realmente importa ao jurisdicionado⁷.

Marcus Vinicius RIOS GONÇALVES esclarece:

Esse princípio é dirigido, em primeiro lugar, ao legislador, que deve cuidar de editar leis que acelerem e não travanquem o andamento do processo. Em segundo lugar, ao administrador, que deverá zelar pela manutenção dos órgãos judiciários, aparelhando-os de sorte a dar efetividade à norma constitucional. E, por fim, aos juízes, que, no exercício de suas atividades, devem diligenciar para que o processo caminhe para uma solução rápida.⁸

Portanto, não se justificam as delongas processuais desnecessárias aos propósitos procrastinatórios das partes, a despachos proferidos pelo juiz que nada acrescentam, inclusive as diligências perfeitamente dispensáveis⁹.

Ademais, não basta que o processo tenha uma tramitação célere, nem mesmo que a decisão de mérito seja proferida, mas o essencial é que, ao fim e ao cabo, dentro do prazo razoável, o direito material seja tutelado¹⁰.

Arlete Inês AURELLI recomenda:

A celeridade a qualquer preço não deve ser o objetivo a ser alcançado pelo Poder Judiciário. De fato, não se pode admitir que a tutela jurisdicional seja prestada de qualquer maneira, com desapego total a forma e deixando de lado a garantia de um processo justo apenas para obtê-lo de forma célere.¹¹

1.1 Aplicação no processo eletrônico

A crescente utilização dos meios eletrônicos disponíveis na legislação processual tem propiciado maior agilização da prestação jurisdicional.

Na acareação de testemunhas, o CPC criou a possibilidade de a testemunha ser ouvida por videoconferência ou por outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real no caso de não ser possível a acareação física (art. 461, § 2º)¹².

A utilização de documento eletrônico, na execução forçada, é possível desde que se proceda a “sua conversão à forma impressa e da verificação de sua autenticidade, na forma da lei” (art. 439 c/c parágrafo único do art. 771).

A atuação dos conciliadores/mediadores com certeza vai assegurar maior rapidez no cumprimento dos prazos processuais

O CPC permite a penhora eletrônica de dinheiro ou em aplicação financeira, com a consequente determinação às instituições financeiras para que tornem indisponíveis os bens penhorados, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução (arts. 837 e 854), desde que sejam observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), bem como viabiliza o cancelamento da penhora efetuada (art. 854, § 7º) através de meio eletrônico.

No pedido de adjudicação de bens feito pelo exequente, a intimação do executado para se manifestar sobre a pretensão (art. 876, inc. III) é processada eletronicamente, em se tratando de devedor considerado microempresa, empresa de pequeno porte, empresa públicas ou privadas, que mantenham cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos (art. 246, § 1º).

São todas medidas que contribuem para acelerar a prestação jurisdicional e que, portanto, atendem ao princípio da razoável duração do processo (art. 1º do CPC), através da utilização dos meios eletrônicos.

São todas medidas que contribuem para acelerar a prestação jurisdicional e que, portanto, atendem ao princípio da razoável duração do processo (art. 1º do CPC), através da utilização dos meios eletrônicos.

A propósito, o Órgão Especial do TJ-PR aprovou na sessão do dia 26 de junho de 2019 projeto de resolução “que regulamenta a produção

de provas orais por meio de videoconferência na Justiça Estadual”, sob o fundamento de se tratar “de um passo importante no processo de informatização do processo judicial e de garantia do direito à duração razoável do processo”.

1.2 Solução consensual de conflitos (conciliação e mediação)

O CPC determina que o juiz promova, “a qualquer tempo, a auto-composição, com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais” (art. 139, inc. V), como meio para reduzir o prazo de duração do processo, com grande ganho de tempo para as partes e desafogo do Judiciário.

Para tal finalidade, criaram-se os centros judiciários de solução consensual de conflitos e os respectivos cargos de conciliador e mediador junto ao juízo. No Paraná, existem centros que atendem as demandas em 1ª e 2ª instâncias.

A atuação dos conciliadores/mediadores com certeza vai assegurar maior rapidez no cumprimento dos prazos processuais, de forma a abreviar o desenvolvimento da relação processual, na eventualidade de obterem êxito na autocomposição¹³.

1.3 Teoria da causa madura

Outro aspecto que veio contribuir para a adoção do princípio em exame foi o acolhimento pelo CPC da teoria da causa madura. Essa teoria é aplicada no caso de a sentença de fundamentação ou com fundamentação deficiente ser anulável por não atender à exigência constitucional e legal de fundamentação analítica. Cabe, então, ao tribunal, ao julgar a apelação, anular a sentença e, caso verifique que a causa está madura, julgar o mérito do pedido do autor, mediante decisão devidamente fundamentada¹⁴.

Daniel Amorim ASSUMPÇÃO NEVES lembra:

Segundo entendimento do STJ, a regra (teoria da causa madura) não afronta o princípio de ampla defesa, nem mesmo impede a par-

te de obter o prequestionamento, o que poderá ser conseguido com a interposição de embargos de declaração. E não há dúvida de que contribua com a celeridade processual, atendendo ao princípio da duração razoável do processo prevista no art. 5º, XXXVIII, da CF, e no art. 4º do NCPC.¹⁵

1.4 Prova produzida em outro processo

O CPC faculta ao juiz utilizar prova produzida em outro processo (art. 372) visando obter maior rapidez na prestação jurisdicional. Logo, ao permitir que o magistrado aproveite atos de realização de prova já consumada em outro processo, o estatuto processual tem por objetivo evitar repetições inúteis – *e.g.* perda de tempo –, o que torna as provas emprestadas meio de garantia da celeridade da tramitação processual¹⁶.

1.5 Julgamento do recurso independente da devolução de cartas expedidas (precatória e rogatória), e não devolvidas a tempo

O caso aplicável à espécie em análise consiste no seguinte: se os autos (carta precatória ou rogatória) já se encontram no tribunal, caberá ao juízo revisor verificar se houve prejuízo na ausência de valorização da prova pelo juiz de primeiro grau. Inexistindo prejuízo, porque os fatos pertinentes e relevantes foram bem examinados pelas demais provas constantes dos autos, o tribunal deve prosseguir no julgamento da causa, sem provocar o retorno dos autos ao juízo *a quo*, para não comprometer a garantia constitucional da duração razoável do processo¹⁷.

1.6 Depoimentos prestados por videoconferência

Na hipótese de a parte residir em juízo diverso da comarca ou da seção judiciária onde tramita o processo, é possível ao juiz colher o depoimento da parte mediante a utilização de videoconferência ou qual-

quer outro recurso tecnológico de transmissão de sons e de imagens em tempo real (art. 385, § 3º, CPC)¹⁸. Trata-se de uma medida processual que vem sendo utilizada nas audiências de conciliação na hipótese de uma das partes residir em outra comarca.

1.7 Indeferimento de prova testemunhal

Quando os fatos já foram “provados por documento ou confissão da parte” (inc. I) ou “só por documento ou por exame pericial puderem ser provados” (inc. II do art. 443), o juiz pode indeferir a inquirição de testemunhas. Tal faculdade concede ao magistrado estar em consonância com a garantia constitucional em estudo, porque evita a realização de diligências inúteis e permite o julgamento, desde logo, da demanda¹⁹.

1.8 Escolha do perito pelas partes, mediante acordo, e esclarecimentos do perito

Às partes é facultado escolher o perito, mediante acordo entre eles (art. 471). Porém, o juiz não está adstrito à escolha feita pelas partes, podendo, mediante decisão fundamentada, recusar a indicação, porque a exigência de critérios objetivos e transparente para a escolha do perito atende a garantia da duração razoável do processo²⁰.

Os esclarecimentos do perito também podem ser prestados por escrito, em laudo complementar, sem a necessidade do comparecimento do perito ou dos assistentes técnicos na audiência (art. 477, § 3º). Essa medida não está regulamentada no código, mas se constitui numa solução processual que decorre da efetivação do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e, também, constitui um meio que assegura a celeridade da tramitação processual²¹.

1.9 Tutelas antecipadas provisória e de urgência

As tutelas de urgência/cautelar (arts. 300-304; 305-310) e de evidência (art. 311) sofreram nova regulamentação no código em vigor. A aplicação dessas medidas, que, desde logo, atendem à prestação ju-

risdicional pretendida, satisfaz ao princípio da agilização da prestação jurisdicional²².

1.10 Julgamento imediato da causa utilizando precedentes autorizados em lei

O CPC dispõe: “Nas causas que dispensam a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará improcedente o pedido” (art. 332), nos casos relacionados nos incisos I, II, III e IV desse dispositivo.

São pretensões que contrariam precedentes do STF, do STJ, de incidentes de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, e de enunciados de súmula dos tribunais de justiça. Nesses casos, a lei processual autoriza o juiz a julgar desde logo a demanda, aplicando o princípio da duração razoável do processo, sem necessitar da participação da parte contrária no litígio. A finalidade do código é intensificar a adoção dos precedentes no nosso sistema judicial, mesmo antes da formação da relação jurídica processual²³.

1.11 Ocorrência de vício sanável no processo verificado pelo relator

Na apreciação inicial do recurso, se o relator verificar a existência de vício sanável, cabe-lhe determinar a realização ou a renovação do ato processual, no tribunal ou no juízo *a quo*, dando ciência às partes (§ 1º do art. 938).

Se a providência saneadora ocorrer no próprio tribunal, o vício será saneado pelo relator, a requerimento da parte ou de ofício, intimadas as partes. Nesse caso, não haverá necessidade de encaminhar os autos à instância inferior para aquela providência processual.

1.12 Embargos de declaração sucessivos com aplicação de multa

Em razão da constante utilização dos embargos sucessivos, que já se tornou praxe na atividade forense, em ambas as instâncias, o CPC

resolveu pôr fim a essa situação, prevendo que não serão admitidos novos embargos de declaração “se os dois anteriores houverem sido considerados protelatórios” (§ 4º do art. 1.026)²⁴, além de determinar a condenação do “embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa” (§ 2º daquele dispositivo).

A utilização de embargos de declaração sem a finalidade de esclarecer ou eliminar contradição, suprir omissão, ou corrigir erro material (art. 1.022), existentes na decisão, sempre teve como objetivo protelar o trânsito em julgado da decisão recorrida, retardando, assim, a fase executória da sentença.

1.13 Inclusão automática dos embargos na pauta de julgamento

Não havendo julgamento do recurso na sessão pautada, os embargos de declaração são automaticamente incluídos na pauta (§ 1º do art. 1.024), quando o recurso não tiver sido julgado na sessão subsequente à sua interposição²⁵.

Essa inovação deve ser aplaudida pelos operadores do direito, porque é, também, uma medida que agiliza a apreciação dos embargos de declaração.

2. Princípio do contraditório

A Constituição Federal (art. 5º, inciso LV) e o Código de Processo Civil (arts. 7º, 9º e 10º) consagram o princípio do contraditório, ao estabelecer que o juiz: “não proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida” e que “o juiz não pode decidir [...] com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trata de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

O CPC também prescreve que a decisão é nula “se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo”, ou ineficaz, “nos outros casos, apenas para os que não foram cita-

dos” (incs. I e II do art. 1.151), para demonstrar a grande importância que o legislador atribuiu ao princípio do contraditório.

Daniel Amorim ASSUMPÇÃO NAVES conceitua:

O princípio do contraditório é formado por três elementos: informação, reação e poder de influência. O juiz deve informar as partes dos atos praticados no processo, enquanto as partes podem reagir. Significa que a informação é um dever judicial e a reação é um ônus processual das partes.²⁶

O contraditório pode ser sintetizado, igualmente, como o direito processual da parte em obter a informação relevante à apuração do seu alegado direito e a manifestar uma reação adequada a esse respeito²⁷. Portanto, o contraditório assegura à parte a garantia de ser informada e ouvida, de participar do processo, de poder falar, impugnar e reagir no processo²⁸.

Gustavo Henrique SCHNEIDER NUNES ensina:

Na atualidade, o contraditório – seja prévio, diferido ou eventual, cada um a sua maneira –, inclui o juiz no diálogo processual, garantindo às partes o poder de influência na construção do provimento judicial e proibindo a prolação de decisões surpresa, ainda quando se estiver diante de matérias que possam ser conhecidas de ofício pelo juiz (art. 10 do NCPC).²⁹

2.1 Formação de precedentes judiciais

No que diz respeito à formação de precedentes judiciais, a doutrina tem se posicionado no sentido de ser indispensável observar esse princípio.

Humberto THEODORO JÚNIOR preleciona:

A adoção do contraditório como influência na formação e aplicação dos precedentes, especialmente em sistemas nos quais estes são for-

mados mediante o uso da técnica de causa piloto, e buscando uma aplicação pro-futuro, torna-se essencial perceber que, em caso de dissonância nos votos proferidos no acórdão, dificilmente encontraremos uma única *ratio decidendi* apta a ser utilizada num caso futuro.³⁰

2.2 Eventual acolhimento dos embargos de declaração

Em se tratando de embargos de declaração, no caso de gerarem modificação da decisão, o magistrado deve proporcionar ao embargado a possibilidade de responder ao recurso (§ 2º do art. 1.023), a fim de que a parte contrária não seja surpreendida no julgamento dos embargos³¹.

Trata-se de uma medida inovadora, cuja aplicação já vinha sendo efetivada pelos julgadores nos casos agora previstos na legislação processual.

2.3 Apelação adesiva: a necessidade de intimação do apelante para responder

Interposta apelação adesiva, o apelante será intimado para contrarrazoar o recurso em quinze dias (§ 2º do art. 1.010), por despacho do juiz da ação. Concluído esse ato, com a manifestação ou não do apelante, os autos serão encaminhados ao tribunal competente (§ 3º do artigo citado)³².

É uma medida que consagra o princípio em exame, porque propicia à parte apelante a oportunidade de tomar ciência e responder à apelação adesiva, evitando-se, assim, eventual surpresa no julgamento simultâneo de ambos os recursos.

2.4 A figura do *amicus curiae*

Ao incluir no CPC o *amicus curiae*, o legislador teve como objetivo propiciar uma cooperação por pessoa ou entidade pública ou privada que detenha um conhecimento específico sobre a matéria em julgamento, visando tornar ainda mais qualificado o debate processual.

A intervenção de terceiro, voluntária ou provocada, tem por finalidade fornecer subsídios, prestar informações ou oferecer dados técnicos para auxiliar o julgador a decidir causas complexas ou de grande relevância³³.

A criação da figura do *amicus curiae* constitui uma extensão do princípio do contraditório³⁴, porque propicia às pessoas que não participam do processo também contribuir para que o julgamento da causa, afinal, atenda aos interesses das partes e da própria sociedade.

2.5 Hipóteses previstas nos artigos 9º e 10º do CPC

Não só nos casos de decisões definitivas, mas também nas interlocutórias, em qualquer grau de jurisdição e tipo de procedimento, as regras processuais relacionadas nos artigos 9º e 10 do CPC são aplicáveis porque atendem ao princípio do contraditório, isto é, a parte sempre será ouvida quando a decisão for contrária ao seu interesse (art. 9º), e o juiz não decidirá “com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar”, mesmo que se trate de matéria sobre a qual deva o juiz decidir de ofício (art. 9º)³⁵.

Da mesma forma, nos casos em que a norma de ordem pública autorize o juiz a se manifestar a despeito da inércia da outra parte, torna-se obrigatória a adoção do princípio do contraditório³⁶.

2.6 Adjudicação requerida no processo de execução

Havia dúvida na doutrina sobre a aplicação do princípio do contraditório nas execuções judiciais. Contudo, diante do preceito constitucional (art. 5º, inciso LV), a incerteza a respeito da sua incidência restou superada³⁷.

Assim, é obrigatória a observação do contraditório, em qualquer tipo de processo, dado a sua importância como elemento de segurança da própria atividade estatal administradora e prestadora de jurisdição³⁸.

No caso específico da adjudicação de bem (penhorado), desde que o exequente requeira a sua adjudicação, “oferecendo preço não infe-

rior ao da avaliação” (art. 876), antes de o bem ser alienado por iniciativa particular ou em hasta pública, é lícito ao exequente requerer a adjudicação do referido bem objeto da execução. Nessa hipótese, é necessária a intimação do executado para se manifestar sobre o pedido de adjudicação, na pessoa de seu advogado, pelo Diário da Justiça; por carta “AR” quando o executado for representado pela Defensoria Pública ou quando não tiver procurador nos autos; por meio eletrônico, desde que seja inviável a intimação por carta (§ 1º do art. 246) e o executado não tiver procurador nos autos (par. único, incs. I, II e III, do art. 876).

Ressalte-se, porém, que a intimação do executado é dispensada “quando o executado houver mudado de endereço sem prévia comunicação ao juízo” (§ 2º do art. 876).

2.7 Duplicidade das contrarrazões recursais

A lei processual faculta ao apelado, nas contrarrazões, contrariar a apelação e, ao mesmo tempo, impugnar decisão interlocutória não agravável.

José Alexandre MANZANO OLIANI comenta:

A impugnação, nas contrarrazões de apelação, de interlocutória não agravável tem natureza jurídica de recurso. Embora não previsto na lei, crê-se que o recurso manejado pelo apelado nas contrarrazões da apelação submete-se, no que couber, ao regime jurídico do recurso adesivo (art. 997, § 2º do NCPC).³⁹

O relator, portanto, deverá determinar a intimação do recorrido para ofertar contrarrazões, em atenção ao contraditório, na qual deverá constar a advertência referida, a fim de permitir que o recorrido possa enfrentar essa nova situação, de forma a afastar a possibilidade de ocorrer uma decisão-surpresa.

Sendo omitida a intimação do recorrido, a decisão-surpresa proferida sem prévia audiência das partes torna-se nula, isso porque viola normas fundamentais do processo⁴⁰.

2.8 Embargos de declaração quando o recurso implique a modificação da decisão

O CPC acolheu expressamente o princípio do contraditório nos embargos de declaração, ao determinar a intimação do recorrente para se manifestar nos embargos, quando o acolhimento do recurso “implique a modificação da decisão embargada” (§ 2º do artigo 1.023), como, por exemplo, quando ocorrer a alegação de omissão do julgado.

Essa medida processual já vinha sendo adotada pelo relator dos embargos quando este vislumbrava a possibilidade de acolher, no todo ou em parte, o recurso.

Daniel Amorim ASSUMPÇÃO NEVES complementa:

A função típica dos embargos de declaração é melhorar formalmente a decisão impugnada, sem alterações substanciais quanto ao seu conteúdo. Ocorre, entretanto, que por vezes os embargos de declaração extrapolam essa função, gerando a reforma ou a anulação da decisão impugnada. Nesses casos, os embargos (...) assumem uma função distinta daquela para a qual foram originalmente programados, sendo correto apontá-los como embargos de declaração atípicos, situação que, segundo a doutrina, passa a exigir o contraditório, com a intimação do embargado para apresentação de contrarrazões no prazo de cinco dias.⁴¹

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

O relator não pode receber e prover o agravo de instrumento, de forma monocrática, antes do oferecimento de contrarrazões (inc. II do artigo 1.019 do CPC), em atendimento ao princípio do contraditório. O julgamento sem observância dessa medida era prática relativamente comum na vigência do Código revogado.

Luiz Osório MORAES PANZA ressalta:

É o atendimento na essência estruturante dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, eis que não se admite o julgamento do recurso sem a manifestação da parte contrária, ou pelo menos a sua intimação para responder. Veja-se que é possível o encerramento do agravo de instrumento de forma liminar no caso de sua rejeição, mas nunca no caso de provimento, pois sempre será necessário o esgotamento do contraditório durante a tramitação do recurso.⁴²

2.10 Agravo interno: intimação do agravado para contrarrazoar o recurso

Na tramitação do agravo interno, o CPC determina: a) intimação do agravado para apresentar suas contrarrazões e b) não havendo re-tratação, será o agravo levado a julgamento, com inclusão em pauta (§ 2º do art. 1.021).

Trata-se de uma inovação do CPC que visa atender ao princípio em exame, porque nem sempre tal medida era cumprida pelos tribunais, sobretudo pelos tribunais superiores, sob o argumento de que haveria incompatibilidade com a informalidade própria do recurso⁴³.

3. Princípio da publicidade dos atos processuais

O princípio da publicidade está previsto no inc. LX do art. 5º e no inc. IX do art. 92 da CF, bem como nos artigos 8º e 11º do CPC. Decorrem dessa legislação: a) restrição da publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem, e b) a publicidade de todos os julgamentos do Poder Judiciário.

A publicidade, portanto, é necessária para que a sociedade possa fiscalizar os atos praticados pelos seus juízes, preservando-se com isso o direito à informação, que também é garantido pela Carta Magna⁴⁴.

Antonio José Carvalho da Silva Filho acrescenta:

O princípio da publicidade dos atos processuais é um dos pilares do processo democrático [...]. Ele garante que os autos e seus respec-

tivos atos processuais serão públicos, possibilitando o acesso a toda e qualquer pessoa. Trata-se de garantia que tem dupla função: a) proteger as partes contra juízos arbitrários e secretos; b) permitir o controle da opinião pública sobre os serviços da justiça, principalmente sobre o exercício da atividade jurisdicional.⁴⁵

3.1 Audiência de instrução e julgamento

Salvo as exceções previstas em lei, as audiências de instrução e julgamento devem ser públicas (art. 368 do CPC). Logo, é dever do juiz franquear a qualquer interessado o ingresso à sala de audiência para acompanhar tudo que nela ocorrer. A inobservância dessa regra é causa de nulidade processual⁴⁶, atingindo todos os atos praticados na audiência.

Quanto às exceções referidas, o CPC apresenta inovação. Além de manter as previstas no estatuto processual revogado (incs. I e II do artigo 155), acrescenta outras, para efeito de julgamento, nos processos, a saber:

a) “em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade” e

b) “que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo” (incs. III e IV do art. 189).

Nesses casos e nos demais (incs. I e II do art. 189, mantidos com a mesma redação do Código revogado), a audiência deverá ocorrer com restrição de publicidade, somente sendo admitida a presença daqueles que dela devam necessariamente participar⁴⁷.

3.2 Publicação da pauta de julgamento

Dispõe o CPC que o relator, após tomar as medidas preliminares previstas no *caput* do artigo 933, deve encaminhar os autos do recurso ao presidente do órgão julgador para designar dia para julgamento, com a devida publicação no órgão oficial (art. 934).

Essa regra processual está em sintonia com o princípio da publicidade, previsto na CF e confirmado pelo CPC, ao ordenar a publicação

“em todas as hipóteses previstas neste Livro” – Livro III: Dos processos nos Tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais – da pauta no órgão oficial (art. 934, CPC).

3.3 Atos da administração pública

A administração pública deve assegurar o direito de acesso à informação pública de forma ampla, não só por iniciativa própria e de forma espontânea, ou independentemente de solicitação (transparência ativa), como também pela divulgação de informações sob demanda em atendimento à solicitações da sociedade (transparência passiva)⁴⁸.

Jussara Suzi Assis Borges NASSER FERREIRA e Luiz Manoel GOMES JUNIOR complementam:

Uma vez mais deve ser ressaltado que foi inequívoca a opção da CF pela publicidade como regra, seja nos procedimentos administrativos (...), seja nos processos judiciais (...). Desta forma, a viga mestra é a de que os procedimentos administrativos e processos judiciais sejam públicos, sendo a exceção que a tramitação ocorra com sigilo de justiça. O objetivo é claro: a) tornar viável que os atos praticados sejam fiscalizados; b) uma garantia em favor do julgador perante a comunidade de que o mesmo agiu com imparcialidade.⁴⁹

4. Princípio do acesso à justiça para todos

É assegurado a todos pela CF (art. 5º), “independentemente de pagamento de taxas”: a) peticionar aos Poderes Públicos “em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”, e b) “a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal” (inc. XXXIV). Além disso, a CF determina que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (inc. LXXIV).

Assim, o pleno e eficaz exercício das garantias de ingresso em juízo e acesso à justiça depende da liberdade que as partes tenham de atuar

utilizando suas próprias estratégias, escolhas, vontade e conveniência⁵⁰ (art. 103), não havendo, por isso, qualquer obstáculo legal para que o cidadão possa acionar o Poder Judiciário e reivindicar o seu direito.

O acesso à justiça também é possível por meio do sistema multiportas, ou por intermédio de outros meios alternativos de solução de conflitos, como é o caso da conciliação, da mediação e da arbitragem⁵¹.

Gustavo FAVERO VAUGHN esclarece:

O acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF/1988), que tem por objetivo garantir o ingresso dos jurisdicionados em Juízo – acesso à máquina judiciária, seja para afastar uma lesão, seja para rechaçar uma simples ameaça de lesão de direitos -, decorre do papel do Estado como solucionador de conflitos sociais, o qual, com o intuito de evitar a autotutela dos jurisdicionados, atua ativamente, dizendo o direito e pondo fim às controvérsias judiciais. Esse papel reflete importante função da jurisdição: a paz social.⁵²

4.1 Defensoria pública

A principal função da Defensoria Pública, conforme dispõe a CF, é prestar “orientação jurídica e defesa, em todos os graus, dos necessitados” (art. 134), “aos que comprovarem insuficiência de recursos” (inc. LXXIV do art. 5º). A defensoria pública constitui-se, pois, em um dos instrumentos destinado a viabilizar a tutela jurisdicional.

É sua competência: a) a orientação jurídica; b) a promoção dos direitos humanos e c) a defesa dos direitos individuais e coletivos dos cidadãos, em todas as instâncias, de forma integral e gratuita⁵³. Portanto, é através da Defensoria Pública que a parte desprovida de recursos consegue acionar a Justiça, sem necessidade de custear as despesas judiciais (custas e honorários); basta que comprove sua insuficiência de recursos.

4.2 Custas processuais decorrentes de inventário

Na legislação processual civil não existe previsão sobre a possibilidade de isentar a parte do pagamento das custas decorrentes do procedimento de inventário judicial.

No entanto, caso as partes não tenham condições de suportar os custos referentes àquele procedimento junto aos notariais no inventário extrajudicial, em face do que dispõe o art. 5º, inciso LXXVI, da CF, que garante a assistência jurídica e integral àqueles que comprovarem insuficiência de recursos, é possível liberar os interessados daquela exigência legal⁵⁴.

4.3 Ameaça de lesão a direito

A proteção concedida a todos os cidadãos prevista na CF é plena no sentido de abranger não só a ocorrência de lesão, mas também de ameaça de direito: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito” (inc. XXXV do art. 5º).

Em decorrência dessa proteção constitucional, é permitido a qualquer cidadão que, tendo sido lesado ou ameaçado em seu direito, procure proteção jurisdicional antes mesmo de experimentar qualquer dano ou prejuízo por força do desrespeito a um direito subjetivo⁵⁵.

4.4 Meios alternativos: conciliação e mediação

Outra forma de acesso rápido e eficiente à justiça é através dos meios alternativos. Para tanto, o CPC determinou, no artigo 3º, que a) “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” e que b) “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogado, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (§§ 2º e 3º).

Assim, admitindo o modelo multiportas para solucionar os litígios levados à Justiça, o CPC buscou uma solução integrada dos litígios, baseada na garantia constitucional do livre acesso.

A criação dos juizados especiais cíveis (Lei 9.099/93) igualmente facilitou o acesso à Justiça, ao regulamentar aquela garantia, permitindo que as partes compareçam pessoalmente em juízo, assistidas por advogado (art. 9º), nos casos previstos em lei, com isenção plena das custas processuais.

Luiz Guilherme MARINONI, Sérgio Cruz ARENHARDT e Daniel MITIDIERO acrescentam:

O legislador, em obediência às normas constitucionais que garantem o direito de acesso à justiça (...) e o direito à assistência jurídica gratuita (...), editou o procedimento dos Juizados Especiais, que foi formatado para permitir um acesso mais efetivo à Justiça.⁵⁶

4.5 A adequação do processo

O CPC acolheu o princípio da adequação, impondo que os procedimentos sejam os mais adequados possíveis às peculiaridades da causa, às necessidades do direito material, às pessoas dos litigantes, para que, mediante prestação jurisdicional eficiente, a tutela jurisdicional possa ser realmente efetiva⁵⁷.

O princípio em análise também tem fundamento nas garantias constitucionais do devido processo legal, do acesso à justiça, e da razoável duração do processo e da celeridade de sua tramitação (incs. LIV, XXV e LXXVIII do art. 5º da CF)⁵⁸.

5. Princípio da motivação e fundamentação das decisões

A fundamentação e a motivação são elementos essenciais das decisões. Para tanto, o CPC relaciona as várias hipóteses em que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão” (§ 1º do art. 489).

Na ausência do citado requisito, as decisões proferidas pelo julgador são consideradas nulas – “todos os julgamentos dos órgãos do

Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade” (art. 11, CPC) –, inclusive com apoio em norma constitucional (inc. IX do art. 93).

Cândido Rangel DINAMARCO e Bruno Vasconcelos CARRILHO LOPES doutrinam:

A necessidade de explicitude dos motivos de decidir, que deve estar presente na motivação de todas as decisões judiciais, é uma imposição da própria CF, que o CPC reitera (CF, art. 93, inc. IX – CPC, art. 11), e visa a conferir transparência ao exercício do poder pelo juiz, para conhecimento pelas partes e possível controle pelos órgãos superiores da Magistratura e pela própria opinião pública.⁵⁹

5.1 Tutela provisória concedida, negada ou revogada: motivação indispensável

Ao conceder, negar ou revogar a tutela provisória, o juiz deve estar atento sobre o que estabelece o CPC no que consiste uma decisão não fundamentada: “Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso” (art. 298). É indispensável, portanto, a observância de tão importante requisito legal por parte do magistrado, ao proferir aquelas decisões antecipatórias.

Rogéria DOTTI menciona:

Com efeito, no art. 11 a nova lei reitera o que já vem disposto no art. 93, IX, da CF/1988. *Mas o legislador vai além: no art. 489, § 1º, do CPC/2015, estabelece em que consiste uma decisão não fundamentada. Merece especial atenção, nesse ponto, os incs. I, II e III, da norma, os quais estabelecem que a decisão será considerada não fundamentada sempre em que não houver uma explicação das razões da decisão à luz do caso concreto.*⁶⁰

5.2 Apreciação da prova para formação do convencimento do juiz

Ao apreciar a prova constante dos autos, o juiz deve indicar na decisão “as razões da formação de seu convencimento” (art. 371, CPC).

Logo, a liberdade na formação da convicção do juiz ao proferir o seu julgamento não é irrestrita. A valorização da prova e a decisão judicial dependem da completa motivação do julgado. Por isso, para ser válida a decisão, a convicção judicial deve estar expressa na fundamentação da decisão, conforme dispõe o preceito constitucional (inc. IX do art. 93)⁶¹.

5.3 Fundamentação da decisão nos embargos de declaração

Os embargos de declaração são direcionados ao próprio juiz para corrigir vícios em decisões omissas, contraditórias, obscuras ou que apresentem erro material⁶² (arts. 1.022 e 1.023 do CPC). É um meio processual de que as partes podem se valer para aperfeiçoar a decisão judicial quando esta apresentar algumas daquelas impropriedades, visando possibilitar a correção dos vícios apontados e, em razão disso, obter uma decisão bem fundamentada⁶³.

Na apreciação dos embargos, não basta ao julgador “se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida” (§ 1º, inc. I, do art. 489 do CPC). É indispensável que o juiz aprecie os vícios alegados, acolhendo-os ou não, com suporte de fundamentos convincentes.

6. Princípio da instrumentalidade do processo

Em vários dispositivos do CPC, o legislador procurou acolher o princípio da instrumentalidade do processo, para proporcionar ao operador do direito ganho de tempo, redução de despesas e maior agilização na prestação jurisdicional.

Guilherme Freire de BARROS TEIXEIRA leciona:

A fase de instrumentalidade pugna pela utilização do processo para a obtenção de resultados efetivos, atuando concretamente o direito material. Por essa razão, o direito de ação, tradicionalmente concebido como o direito de o interessado exigir do Estado-juiz a aplicação da vontade da lei a um caso concreto, deve ser entendido, modernamente como a garantia constitucional da ação. Muda-se o enfoque, adotando-se a concepção dominante na moderna doutrina italiana, que preconiza a necessidade de se assegurar o efetivo acesso a um processo justo e equo, na busca do denominado processo civil de resultado.⁶⁴

6.1 Produção de prova no tribunal ou no juízo *a quo* por determinação do relator

Entre as atribuições que são conferidas ao relator encontra-se a de “dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova” (art. 932). Essa prova poderá ser efetivada no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, convertendo o julgamento em diligência (§ 3º do art. 938).

É uma medida inovadora que autoriza ao relator a ampliar o contexto probatório em grau recursal, prestigiando, desta forma, o princípio da instrumentalidade do processo e, também, a efetividade da jurisdição (inc. LXXVIII do art. 5º da CF)⁶⁵.

Essa prática já vinha sendo adotada pelos tribunais, sobretudo nas causas que dependiam da produção de prova pericial, como por exemplo nas ações de investigação de paternidade, quando tal prova era omitida no juízo de origem por falta de recursos da parte para realizar o exame de DNA, ou por recusa do demandado em efetivar a referida prova.

6.2 Vício sanável constatado pelo relator

É mais uma medida processual, prevista no CPC, que consagra o princípio em discussão, e que autoriza o relator do recurso, ao constatar “a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício”, determinar “a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes” (§ 1º do art. 938).

Ao juiz que dirige o processo também é concedida tal faculdade, conforme dispõe o inciso IX do art. 139: “determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais”. Isto vem demonstrar que os atos processuais praticados em juízo devem sempre ser aproveitados, mediante o devido saneamento ou através da renovação daqueles atos, no pressuposto de que o processo é um instrumento destinado a obter o bem da vida previsto em lei.

7. Princípio da coisa julgada

A coisa julgada é conceituada como sendo a autoridade que reveste a sentença de mérito, proferida mediante cognição exauriente, tornando imutável o seu conteúdo decisório, e destina-se a proporcionar a estabilização de uma dada situação jurídica, que atende à previsibilidade do jurisdicionado⁶⁶.

O princípio da coisa julgada tem assento constitucional (inc. XXXVI do artigo 5º), por se tratar de uma exigência essencial à segurança jurídica e por consagrar a relevância da imutabilidade e da indiscutibilidade das sentenças que concretiza o anseio de certeza do direito presente nas relações sociais⁶⁷.

Em suma, é uma afirmação do poder estatal, não admitindo que os atos de exercício de um poder soberano por natureza possam ser depois questionados por quem quer que seja⁶⁸.

Luiz Guilherme MARINONI adverte:

Nenhuma lei pode dar ao juiz poder para desconsiderar a coisa julgada material, até porque nenhum juiz pode negar decisão do

membro do Poder Judiciário. A intangibilidade da coisa julgada material é essencial para tutela da segurança jurídica, sem a qual não há Estado de Direito, ou melhor, sem a qual nenhuma pessoa pode se desenvolver e a economia não pode frutificar.⁶⁹

7.1 Efeitos da coisa julgada na motivação e na verdade dos fatos da parte dispositiva da sentença

Os efeitos da coisa julgada não ocorrem com relação aos “motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença” e à “verdade dos fatos, estabelecidos como fundamento da sentença” (incs. I e II do art. 504 do CPC), nem tampouco os fundamentos excedentes e desnecessários contidos na decisão⁷⁰.

De consequência, não fazem coisa julgada os motivos, ainda que importantes, para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença. Por isso, a questão prejudicial também deve constar do dispositivo para ser coberta pela autoridade da coisa julgada⁷¹.

Não faz coisa julgada, ainda, a verdade dos fatos estabelecida como fundamentos da sentença, pois a descoberta da verdade dos fatos, mediante a instrução e a cognição realizadas no processo, configura-se como mero instrumento para a busca da justiça das decisões⁷².

7.2 Os efeitos da coisa julgada somente ocorrem entre as partes da ação

O artigo 506 do CPC limita os efeitos da coisa julgada ao estabelecer que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”.

Clayton MARANHÃO explicita:

A coisa julgada material produz eficácia *inter partes*, não prejudicando terceiros. Porém, a chamada eficácia reflexa da sentença atinge os terceiros. Contudo, pode beneficiá-los (ex. credores solidários, art. 274/CC). A chamada eficácia reflexa da sentença atinge terceiros juridicamente interessados. Caso esses terceiros ingressem

na lide, não podem discutir a justiça da decisão (art. 123/CPC), algo, contudo, um tanto quanto diverso da coisa julgada material. A autoridade da coisa julgada material atinge as partes e seus sucessores.⁷³

7.3 Reconhecida a existência da coisa julgada, não haverá sentença de mérito

Entre as hipóteses em que o juiz não resolverá o mérito da causa está a que reconhece a existência de coisa julgada, prevista no inciso V do artigo 485 do CPC.

Assim, por se tratar de um pressuposto objetivo extrínseco – existência da coisa julgada –, que é perceptível pelo juiz ao apreciar os fatos e o direito referidos na petição inicial, é que a decisão é resolvida, de ofício, sem apreciação do mérito, “em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado” (§ 1º do art. 485).

8. Princípio do devido processo legal

O devido processo legal consiste na possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, seja para deduzir uma pretensão, seja para resisti-la da maneira mais ampla possível. O real sentido do princípio do acesso à justiça, portanto, confunde-se com o do devido processo legal no seu aspecto processual⁷⁴.

Cândido RANGEL DINAMARCO conceitua:

O devido processo legal (...) é um sistema de limitações ao poder, imposto pelo próprio Estado de direito para a preservação de seus valores democráticos. Ele tem na ordem constitucional o significado sistemático de fechar o círculo das garantias e exigências relativas ao exercício do poder, mediante uma fórmula sintética destinada a afirmar a indispensabilidade de todas elas e reafirmar a autoridade de cada uma.⁷⁵

Os pressupostos à prestação da tutela jurisdicional, portanto, derivam da cláusula do devido processo legal, cujo núcleo essencial é composto das garantias do juiz natural e imparcial, da paridade de armas entre as partes, do direito de ser citado, do direito as alegações, do direito à prova, do direito ao contraditório e à ampla defesa⁷⁶.

O princípio está previsto no artigo 5º da CF, nos incisos XXXV e LV, respectivamente, nestes termos: “a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”; “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

9. Princípio da legalidade

O princípio da legalidade consiste em assegurar a todos o exercício de seus direitos previstos no ordenamento jurídico (art. 8º do CPC), e na lei maior (inc. II do artigo 5º): “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Vale lembrar que, na aplicação desse princípio, a lei não vale mais por si; deixa de ter apenas uma legitimação formal, pois esta depende de estar em conformidade com os princípios constitucionais⁷⁷.

Portanto, uma lei que não atende aos princípios previstos na CF, isto é, que não vise os fins sociais ou as exigências do bem comum, ou que for editada em atenção ao interesse de determinados seguimentos econômicos ou políticos da sociedade, não pode ser considerada uma lei⁷⁸.

Luiz Guilherme MARINONI adverte:

Não há mais qualquer legitimidade na velha ideia de jurisdição voltada à atuação da lei; não é possível esquecer que o judiciário deve compreendê-la a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais⁷⁹.

III. Conclusão

O CPC é expresso, no artigo 1º, ao afirmar: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Na presente exposição, procurou-se demonstrar que o estatuto processual civil, em vários de seus dispositivos, fez referência explícita aos princípios da Constituição Federal – *e.g.* contraditório, razoável duração do processo, publicidade e outros –, sendo que alguns deles foram objetos do presente trabalho.

Assim, foi possível destacar, na apreciação de artigos do CPC e relacionando-os com alguns princípios constitucionais, a preocupação do legislador em tê-los no texto processual – logo nos seus primeiros dispositivos – para demonstrar a real importância daqueles princípios na aplicação do código, razão pela qual jamais devem ser olvidados pelos operadores do direito.

A realização deste estudo somente foi possível graças às pesquisas realizadas em lições de notáveis doutrinadores pátrios, sem as quais não seria possível alcançar a finalidade aqui traçada.

Cabe ressaltar, finalmente, que as lições aqui expostas constituem-se em mais uma simples contribuição que visa oferecer aos estudiosos do direito processual civil alguns ensinamentos doutrinários, a fim de que possam realizar uma Justiça que atenda aos anseios de toda população brasileira: rápida, eficiente e justa.

Notas

1. Accácio Cambi. Desembargador aposentado. Conciliador voluntário do TJ-PR. Especialista em Processo Civil.
2. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. São Paulo. Editora Almedina Brasil. 2016, p. 61.
3. XAVIER CABRAL, Tricia Navarro. A improcedência Liminar do Pedido e do Saneamento do Processo. *In: Arruda Alvim, Teresa; Dedier Jr., Fredi (orgs.) Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil*. Processo de Conhecimento. Vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed. 2018, p. 252.

4. OLIVEIRA VARGAS, Jorge de. *Código de Processo Civil Comentado*. Fagundes Cunha, José Sebastião (coord. geral). Bochenek, Antonio Cesar; Cambi, Eduardo (orgs.) São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016, p. 108.
5. NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *O princípio constitucional da motivação das decisões judiciais No Novo Código de Processo Civil*. In: Cambi, Eduardo; Margraf, Alencar Frederico (orgs.). *In: Direito e Justiça*. Estudos em homenagem a Gilberto Giacóia. Editora Mona Ltda-ME. 2016, p. 671.
6. ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Novo Código de Processo Civil Lei 13.105/2015*. Inovações. Alterações. Supressões. Comentadas. São Paulo. Editora Método. 2015, p. 15.
7. CAMBI, Eduardo. *Curso de Processo Civil Completo* (autores) CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; D'ARCE PINHEIRO, Paulo Eduardo; Gilberto MARTINS, Sandro Martins; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. (autores). São Paulo. Revista dos Tribunais. 2017, p. 63.
8. RIOS GONÇALVES, Marcus Vinicius. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. Teoria Geral e Processo de Conhecimento (1ª parte). 12. ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2015, p. 105.
9. OLIVEIRA VARGAS, Jorge de. *Op. cit.*, p. 114.
10. CAMBI, Eduardo; HELLMAN, René Francisco. Precedentes e Dever de Motivação das Decisões Judiciais no novo Código de Processo Civil. In: Arruda Alvim, Teresa; Dedier Jr., Fredi (orgs.) *Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil*. Processo de Conhecimento. Vol. V. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed. 2018, p. 177.
11. AURELLI, Arlete Inês. Normas Fundamentais no Código de Processo Civil Brasileiro. In: Arruda Alvim, Teresa; Dedier Jr., Fredi (orgs.) *Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil*. Teoria Geral do Processo. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed. 2018, p. 574-5.
12. CAMBI, Eduardo. *Curso de Processo Civil Completo*. *Op. cit.*, p. 820.
13. MOREIRA DE PAULA, Jonas Luiz. *Código de Processo Civil Comentado*. *Op. cit.*, p. 285.
14. GOMES DE QUEIROZ, Pedro. A Apelação no CPC/2015. In: Arruda Alvim, Teresa; Dedier Jr., Fredi (orgs.) *Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil*. Vol. VII. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª edição. 2018, p. 816.
15. ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Op. cit.*, p. 533.
16. CAMBI, Eduardo, *Código de Processo Civil Comentado*. *Op. cit.*, p. 643.
17. *Idem*, p. 653.
18. CAMBI, Eduardo, *Código de Processo Civil Comentado*. *Op. cit.*, p. 666.
19. *Idem*, p. 703.
20. *Idem*, p. 735-6.
21. *Idem*, p. 741.
22. DINAMARCO, Cândido Rangel; CARRILO LOPES, Bruno Vasconcelos. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo. Ed. Malheiros. 2016, p. 27.

23. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. Op., cit., p. 208.
24. ASSUMPCÃO NEVES, Daniel Amorim. Ob. cit., p. 571.
25. *Idem*, p. 570.
26. ASSUMPCÃO NEVES, Daniel Amorim. Op. cit., p. 1.
27. CAMBI, Eduardo. *Curso de processo civil completo*. Op. cit., p. 73.
28. *Idem*, p. 1.000.
29. SCHNEIDER NUNES, Gustavo Henrique. Processo Democrático, Contraditório e Novo Código de Processo Civil. In: Arruda Alvim, Teresa; Dedier Jr., Fredi (orgs.) *Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed. 2018, p. 1.069.
30. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierie; FRANCO BAHIA, Alexandre Melo; QUINAUD PEDRON, Flávio (autores). NOVO CPC. Fundamentos e Sistematização. Lei 13.105, de 16.03.2015. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2. ed. 201, p. 132.
31. WAMBIER ALVIM, Teresa Arruda. Embargos de Declaração. In: Wambier Rodrigues, Luiz; Wambier Alvim, Teresa Arruda (coords.) *Temas Essenciais do Novo CPC*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2ª Tiragem. p. 201, 569.
32. ASSUMPCÃO NEVES, Daniel Amorim. Op. cit., p. 549.
33. CAMBI, Eduardo. *Curso de Processo Civil Completo* Op. cit., p.151.
34. *Idem*.
35. FRANCO BAHIA, Alexandre Melo. A Fundamentação Substancial das Decisões Judiciais no Marco do Novo Código de Processo Civil. In: Arruda Alvim, Teresa; Dedier Jr., Fredi (orgs.) *Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed., p. 36-7
36. FRANCO BAHIA, Alexandre Melo. Op. cit., p. 36-7.
37. *Idem*, p. 1.000.
38. *Idem*.
39. MANZANO OLIANI, José Alexandre. Apelação. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues Wambier; ARRUDA ALVIM, Teresa. (Coords.). *Temas Essenciais do Novo CPC*. Op. cit., p. 532.
40. *Idem*, p. 54-5.
41. ASSUMPCÃO NEVES, Daniel Amorim. Op. cit., p. 572.
42. MORAES PANZA, Luiz Osório, *Código de Processo Civil Comentado*. Op. cit., p. 1.392.
43. ASSUMPCÃO NEVES, Daniel Amorim. Op. cit., p. 562.
44. RIOS GONÇALVES, Marcus Vinicius. Op. cit., p. 103.
45. SILVA FILHO, Antonio José Carvalho da. *Código de Processo Civil Comentado*. Op. cit., p. 400.
46. SILVA FILHO, Antonio José Carvalho da. *Código de Processo Civil Comentado*. Op. cit. p. 638.
47. OSTERNACK AMARAL, Paulo, *Código de Processo Civil Comentado*. Op. cit., p. 638.

48. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. *Op. cit.*, p. 521.
49. NASSER FERREIRA, Jussara Suzi Borges; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. O Segredo de Justiça no Novo Código de Processo Civil – Análise das principais inovações. *In: Arruda Alvim, Teresa; Dedier Jr., Fredi (orgs.) Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil*. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed. 2018, p. 1.308.
50. DINAMARCO, Cândido Rangel; CARRILO LOPES, Bruno Vasconcelos. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo. Ed. Malheiros. 2016, p. 67.
51. AURELLI, Arlete Inês. Normas Fundamentais no Código de Processo Civil Brasileiro. *In: Arruda Alvim, Teresa; Dedier Jr., Fredi (orgs.) Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil*. Teoria Geral do Processo. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed. 2018, p. 572.
52. FAVERO VAUGHN, Gustavo. A Jurisprudência Defensiva no STJ à luz dos Princípios do Acesso à Justiça e da Celeridade Processual. *In: Arruda Alvim, Teresa; Dedier Jr., Fredi (orgs.) Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil*. Teoria Geral do Processo. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed. 2018, p. 1.011 e 1.012.
53. SMIRNE DINIZ, Cláudio. *Código de Processo Civil Comentado*. *Op. cit.*, p. 395-6.
54. CAMARGO FISCHER, Karla Ferreira de; CAMPOS FISCHER, Otávio. *Código de Processo Civil Comentado*. *Op. cit.*, p. 906.
55. ALBERTO REICHELT, Luis. O Direito Fundamental à Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e sua Densificação no Novo CPC.: Arruda Alvim, Teresa; Dedier Jr., Fredi (orgs.). *Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil*. Vol. I. São Paulo.: Revista dos Tribunais. 2. ed. 2018, p. 1.144.
56. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. 3. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016, p. 45.
57. GARCIA REDONDO, Bruno. Negócios Jurídicos Processuais. *Temas Essenciais do Novo CPC*. *Op. cit.*, p. 230.
58. HARZHEIM MACEDO, Elaine; SCHNEIDER RODRIGUES, Ricardo. Negócios Jurídicos Processuais e Políticas Públicas. Tentativa de Superação das Críticas ao Controle Judicial. *In: Arruda Alvim, Teresa; Dedier Jr., Fredi (orgs.) Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil*. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed., p. 1.201.
59. DINAMARCO, Cândido Rangel; CARRILO LOPES, Bruno Vasconcelos. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. *Op. cit.*, p. 72.
60. DOTTI, Rogéria. *Código de Processo Civil Comentado*. *Op. cit.*, p. 533-4.
61. CAMBI, Eduardo. *Código de Processo Civil Comentado*. *Op. cit.*, p. 642.
62. MONTEIRO BARBOSA, Rafael Vinheiro; DOMINGUES PORDEUS, Marcela. A Possibilidade de Interpor Apelação para Corrigir Vícios Típicos dos Embargos de Declaração. *In: Arruda Alvim, Teresa; Dedier Jr., Fredi (orgs.)*

- Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil*. Vol. V II. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed. 2018, p. 1.118.
63. *Idem*.
64. BARROS TEIXEIRA, Guilherme Freire de. A crise do direito e os novos rumos do direito processual civil brasileiro. In: *Direito e Justiça: Estudos em homenagem a Gilberto Giacoia*. *Op. cit.*, p. 605.
65. BITTENCOURT DA CRUZ, Fabrício; SANTOS JÚNIOR, Walter Godoy. *Código de Processo Civil Comentado*. *Op. cit.*, p. 605.
66. RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. Os Limites Objetivos da Coisa Julgada no Novo Código de Processo Civil. In: Arruda Alvim, Teresa; Dedier Jr., Fredi (orgs.) *Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed. 2018, p. 1.048-9.
67. GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional. In: Arruda Alvim, Teresa; Dedier Jr., Fredi (orgs.) *Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil*. Vol. VII. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed. 2018, p. 38.
68. DINAMARCO, Cândido Rangel; CARRILO LOPES, Bruno Vasconcelos. *Op. cit.*, p. 20.
69. MARINONI, Luiz Guilherme. A Intangibilidade da Copisa Julgada Diante da Decisão de Inconstitucionalidade: Impugnação, Rescisória e Modulação de Efeitos. In: Arruda Alvim, Teresa; Dedier Jr., Fredi (orgs.) *Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª edição. 2018, p. 863.
70. MARANHÃO, Clayton. *Código de Processo Civil Comentado*. *Op. cit.*, p. 785.
71. *Idem*, p. 946.
72. *Idem*.
73. MARANHÃO, Clayton. *Op. cit.*, p. 786.
74. CAVALCANTE, Marcos de Araújo. Existe, no Brasil, o Direito Fundamental à Obtenção de Respostas Corretas? Critérios para uma Teoria da Decisão Judicial e Requisitos Mínimos para se Alcançar a Resposta Correta. In: Arruda Alvim, Teresa; Dedier Jr., Fredi (orgs.) *Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed., p. 482.
75. DINAMARCO, Cândido Rangel; CARRILO LOPES, Bruno Vasconcelos. *Op. cit.*, p. 74-5.
76. MARANHÃO, Clayton. *Op. cit.*, p. 752.
77. MARANHÃO, Clayton. *Op. cit.*, p. 118.
78. MARANHÃO, Clayton. *Op. cit.* p. 117-8.
79. MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. 6. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2012. *Curso de Processo Civil*. V. I., p. 44.

Referências

- ALBERTO REICHELT, Luis. O Direito Fundamental à Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e sua Densificação no Novo CPC. *In: Arruda Alvim, Teresa; Dedier Jr., Fredi (orgs.) Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed. 2018. (129).
- ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Novo Código de Processo Civil Lei 13.105/2015*. Inovações. Alterações. Supressões. Comentadas. São Paulo. Editora Método. 2015. (30) (21) (29).
- AURELLI, Arlete Inês. Normas Fundamentais no Código de Processo Civil Brasileiro. *In: Arruda Alvim, Teresa; Dedier Jr., Fredi (orgs.) Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil*. Teoria Geral do Processo. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed. 2018.
- BARROS TEIXEIRA, Guilherme Freire de. A Crise do Direito e os novos rumos do direito processual civil brasileiro. *In Direito e Justiça: Estudos em homenagem a Gilberto Giacoia*. Cambi, Eduardo; Frederico Magraf, Alencar (Orgs). Curitiba. Editoria Mona Ltda.-ME. 2016.
- TENCOURT DA CRUZ, Fabrício; SANTOS JÚNIOR, Walter Godoy. *Código de Processo Civil Comentado*. Fagundes Cunha, José Sebastião (coord. geral). Bochenek, Antonio Cesar; Cambi, Eduardo (orgs.). São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016.
- CAMARGO FISCHER, Karla Ferreira de; CAMPOS FISCHER, Octávio. *Código de Processo Civil Comentado*. Fagundes Cunha, José Sebastião (coord. geral). Bochenek, Antonio Cesar; Cambi, Eduardo (orgs.) São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. São Paulo. Editora Almedina Brasil. 2016.
- _____. *Curso de processo civil completo* (autores) CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; D'ARCE PINHEIRO, Paulo Eduardo; Gilberto MARTINS, Sandro Martins; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. (autores). São Paulo. Revista dos Tribunais. 2017.
- _____. *Código de Processo Civil Comentado*. Fagundes Cunha, José Sebastião (coord. geral). Bochenek, Antonio Cesar; Cambi, Eduardo (orgs.). São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016.
- _____. HELLMAN, Renê Francisco. Precedentes e Dever de Motivação das Decisões Judiciais no novo Código de Processo Civil. *In: Arruda Alvim, Teresa; Dedier Jr., Fredi (orgs.) Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil*. Processo de Conhecimento. Vol. V. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed. 2018.
- CAVALCANTE, Marcos de Araújo. Existe, no Brasil, o Direito Fundamental à Obtenção de Respostas Corretas? Critérios para uma Teoria da Decisão Judicial e Requisitos Mínimos para se Alcançar a Resposta Correta. *In: Arruda Alvim, Teresa; Dedier Jr., Fredi (orgs.) Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed. 2018.

- DINAMARCO, Cândido Rangel; CARRILO LOPES, Bruno Vasconcelos. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo. Ed. Malheiros. 2016.
- DOTTI, Rogéria. *Código de Processo Civil Comentado*. Fagundes Cunha, José Sebastião (coord. geral). Bochenek, Antonio Cesar; Cambi, Eduardo (orgs.) São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016.
- FAVERO VAUGHN, Gustavo. A Jurisprudência Defensiva no STJ à luz dos Princípios do Acesso à Justiça e da Celeridade Processual. In: Arruda Alvim, Teresa; Dedier Jr., Fredi (orgs.) *Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil*. Teoria Geral do Processo. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed. 2018.
- FRANCO BAHIA, Alexandre Melo. A Fundamentação Substancial das Decisões Judiciais no Marco do Novo Código de Processo Civil. In: Arruda Alvim, Teresa; Dedier Jr., Fredi (orgs.) *Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed. 2018.
- GARCIA REDONDO, Bruno. Negócios Jurídicos Processuais. In: Wambier Rodrigues, Luiz; Wambier Alvim, Teresa Arruda (coords.) *Temas Essenciais do Novo CPC*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2ª Tiragem. 2016.
- GOMES DE QUEIROZ, Pedro. A Apelação no CPC/2015. In: Arruda Alvim, Teresa; Dedier Jr., Fredi (orgs.) *Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil*. Vol. VII. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed. 2018.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional. In: Arruda Alvim, Teresa; Dedier Jr., Fredi (orgs.) *Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil*. Vol. VII. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed. 2018.
- HARZHEIM MACEDO, Elaine; SCHNEIDER RODRIGUES, Ricardo. Negócios Jurídicos Processuais e Políticas Públicas. Tentativa de Superação das Críticas ao Controle Judicial. In: Arruda Alvim, Teresa; Dedier Jr., Fredi (orgs.) *Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil*. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed. 2018.
- MANZANO OLIANI, José Alexandre. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues Wambier; ARRUDA ALVIM, Teresa. (coords.). *Temas Essenciais do Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. 2ª tiragem.
- MARANHÃO, Clayton. *Código de Processo Civil Comentado*. Fagundes Cunha, José Sebastião (coord. geral). Bochenek, Antonio Cesar; Cambi, Eduardo (orgs.) São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. 3. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016.
- _____. A Intangibilidade da Copisa Julgada Diante da Decisão de Inconstitucionalidade: Impugnação, Rescisória e Modulação de Efeitos. In: Arruda Alvim, Teresa; Dedier Jr., Fredi (orgs.) *Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed. 2018.
- _____. *Teoria Geral do Processo*. 6. ed. rev. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2012. *Curso de Processo Civil*. V. I.

- MONTEIRO BARBOSA, Rafael Vinheiro; DOMINGUES PORDEUS, Marcela. A Possibilidade de Interpor Apelação para Corrigir Vícios Típicos dos Embargos de Declaração. *In: Arruda Alvim, Teresa; Dedier Jr., Fredi (orgs.) Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil*. Vol. V II. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed. 2018.
- MORAES PANZA, Luiz Osório, *Código de Processo Civil Comentado*. Fagundes Cunha, José Sebastião (coord. geral). Bochenek, Antonio Cesar; Cambi, Eduardo (orgs.) São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016.
- MOREIRA DE PAULA, Jonas Luiz. *Código de Processo Civil Comentado*. Fagundes Cunha, José Sebastião (coord. geral). Bochenek, Antonio Cesar; Cambi, Eduardo (orgs.) São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016.
- NASSER FERREIRA, Jussara Suzi Borges; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. O Segredo de Justiça no Novo Código de Processo Civil – Análise das principais inovações. *In: Arruda Alvim, Teresa; Dedier Jr., Fredi (orgs.) Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil*. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed. 2018.
- NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. O princípio constitucional da motivação das decisões judiciais no Novo Código de Processo Civil. *In: Cambi, Eduardo; Margraf, Alencar Frederico (orgs.) In. Direito e justiça*. Estudos em homenagem a Gilberto Giacóia. Editora Mona Ltda-ME. 2016.
- OLIVEIRA VARGAS, Jorge de. *Código de Processo Civil Comentado*. Fagundes Cunha, José Sebastião (coord. geral). Bochenek, Antonio Cesar; Cambi, Eduardo (orgs.) São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016.
- OSTERNACK AMARAL, Paulo. Antonio José. *Código de Processo Civil Comentado*. Fagundes Cunha, José Sebastião (coord. geral). Bochenek, Antonio Cesar; Cambi, Eduardo (orgs.) São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016.
- RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. Os Limites Objetivos da Coisa Julgada no Novo Código de Processo Civil. *In: Arruda Alvim, Teresa; Dedier Jr., Fredi (orgs.) Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil*. Vol. V. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed. 2018.
- RIOS GONÇALVES, Marcus Vinicius. *Novo curso de direito processual civil. Teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)*. 12. ed. São Paulo. Editoria Saraiva. 2015.
- SCHNEIDER NUNES, Gustavo Henrique. Processo Democrático, Contraditório e Novo Código de Processo Civil. *In: Arruda Alvim, Teresa; Dedier Jr., Fredi (orgs.) Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed. 2018.
- SILVA FILHO, Antonio José Carvalho da. *Código de Processo Civil Comentado*. Fagundes Cunha, José Sebastião (coord. geral). Bochenek, Antonio Cesar; Cambi, Eduardo (orgs.) São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016.
- SMIRNE DINIZ, Cláudio. *Código de Processo Civil Comentado*. Fagundes Cunha, José Sebastião (coord. geral). Bochenek, Antonio Cesar; Cambi, Eduardo (orgs.) São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016.

- THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierie; FRANCO BAHIA, Alexandre Melo; QUINAUD PEDRON, Flávio (autores). *NOVO CPC. Fundamentos e Sistematização*. Lei 13.105, de 16.03.1015. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2. ed. 2015.
- XAVIER CABRAL, Tricia Navarro. A improcedência Liminar do Pedido e do Saneamento do Processo. *In: Arruda Alvim, Teresa; Dedier Jr., Fredi (orgs.) Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil*. Processo de Conhecimento. Vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed. 2018.
- WAMBIER ALVIM, Teresa Arruda. Embargos de Declaração. *In: Wambier Rodrigues, Luiz; Wambier Alvim, Teresa Arruda (coords.) Temas Essenciais do Novo CPC*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2ª Tiragem. 2016.

JURISPRUDÊNCIA

Ementário do TJPR

ADMINISTRATIVO

Compete aos municípios legislar sobre a segurança dos consumidores em estabelecimentos financeiros

Reexame necessário. Embarço à execução fiscal. Competência do município para legislar em matéria de segurança dos consumidores em estabelecimentos financeiros (colocação de biombos) e aplicar multa pelo seu descumprimento. Correta redução da multa pelo d. Juízo *a quo* ante a nítida violação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Valor de multa e honorários de sucumbência que devem ser acrescidos de juros de mora segundo índice de remuneração da caderneta de poupança e corrigidos pelo IPCA-e. Precedentes STF e STJ. Sentença parcialmente modificada para adequação dos consectários legais em sede de reexame necessário.

(TJPR - Reex. Necessário n. 0038847-18.2017.8.16.0014 - 5a. Câmara. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Carlos Mansur Arida** - Fonte: DJ, 13.07.2018).

Agente penitenciário obtém promoção por merecimento por meio do Judiciário

Decisão monocrática. Recurso inominado. Administrativo. Servi-

dor público estadual. Agente penitenciário. Quadro próprio do poder executivo - QPPE. Promoção por merecimento. Recurso não provido.

(TJPR - Rec. Inominado n. 0047837-13.2016.8.16.0182 - 4a. T. Rec. - Ac. unânime - Rel.: Juíza **Camila Henning Salmoria** - conv. - Fonte: DJ, 24.12.2017).

Administrador que dispensa licitação para contratação de instituição financeira para gerir folha de pagamento de servidores não comete improbidade

Remessa necessária. Ação de improbidade administrativa. Contratação de instituição financeira para a gestão da folha de pagamento dos servidores municipais. Ato ímprobo não configurado. Faculdade do administrador municipal dispensar a licitação para contratação direta de instituição bancária oficial para gerenciamento da folha de pagamento. Sentença confirmada.

(TJPR - Reex. Necessário n. 0003985-83.2010.8.16.0105 - 4a. Câmara. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Juiz Subst. em 2º Grau **Hamilton Rafael Marins Schwartz** - Fonte: DJ, 02.04.2019).

É inconstitucional a lei municipal que versa sobre matéria relativa à padronização das lombadas porque o tema invade a esfera privativa da União

Ação Direta de Inconstitucionalidade - Lei municipal que dispõe sobre a padronização das lombadas nos limites do município de Piraquara - Preliminar de não conhecimento parcial da ação - Invocação de parâmetros de constitucionalidade estranhos à carta estadual - Acolhimento - Parcial indeferimento da inicial - Mérito - Matéria de competência privativa da união - Trânsito - Afronta à repartição de competências prevista na constituição federal - Art. 22, inc. XI, CF/88 - Norma de reprodução obrigatória que se insere automaticamente na constituição estadual - Parâmetro de controle de constitucionalidade válido perante o tribunal local - Existência de resolução do CONTRAN sobre a matéria - Desnecessidade de norma municipal para interpretar e dar cumprimento às leis editadas pela união - Tema que não se insere dentro do interesse meramente local do município (art.17, inc. I, da constituição estadual) - Ação julgada procedente. A constituição estadual é o parâmetro de controle que deve ser invocado nas ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas perante os tribunais locais (art. 125, § 2º, da CR/88). A única exceção a esta regra, pelo que se percebe da

casuística da corte excelsa, é a norma de reprodução obrigatória contida da constituição da república, preceito que, por explicitar conteúdo político estruturante do modelo federativo, irrenunciável pelos entes federados, se insere automaticamente no ordenamento constitucional estadual e se qualifica como parâmetro de controle válido nas ações diretas de competência dos tribunais locais, caso do art. 22, inc. XI, da CR/88. É inconstitucional lei municipal que verse sobre matéria relativa ao trânsito, porque o tema transcende os limites constitucionais da repartição de competência prevista no art. 22 da constituição da república e invade a esfera privativa da união para legislar, em nada dizendo respeito ao interesse meramente local (art. 17, inc. I, da constituição do estado). Afronta aos artigos 22, inc. XI, da constituição da república, e 17, inc. I, da constituição do estado, configuradas. Precedentes do STF e deste órgão especial. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

(TJPR - Ação Dir. de Inconstitucionalidade n.

8. 1507213-6 - O. E. - Ac. unânime - Rel.: Des.

Jorge Wajih Massad - Fonte: DJ, 04.12.2017).

É considerado ato infracional a construção, instalação ou funcionamento de empresa de produção sem a devida licença sanitária

1) Direito administrativo. Infração sanitária. Comercialização

de produtos de interesse à saúde pública sem registro ou licença sanitária. Multas aplicadas. Possibilidade. Observância do devido processo legal. Proteção à saúde pública. Ausência de ilegalidade ou abuso de poder. a) A Lei n. 9000/1996, que instituiu o Código de Saúde de Curitiba, visando tutelar a saúde pública, preceitua que: “Art. 106 - São consideradas infrações sanitárias: I - construir, instalar ou fazer funcionar em qualquer parte do Município, empresas de produção, manipulação, embalagem, (...) armazenamento, comercialização, uso, importação, exportação de medicamentos, (...) e demais produto de interesse à saúde pública, sem licença sanitária, autorização do órgão sanitário competente e/ou contrariando o disposto na Legislação Sanitária; (...) VII - (...) sem registro no órgão sanitário competente e/ou contrariando o disposto na Legislação Sanitária. b) E, no caso, restou comprovado, após o devido processo administrativo, com contraditório e ampla defesa, que a Apelante comercializou e armazenou produtos de interesse da saúde pública, sem licença sanitária, registro ou autorização do órgão sanitário competente, contrariando, assim, a Legislação, de modo que restaram devidamente fundamentadas as multas aplicadas. c) Nota-se, ainda, pelas Decisões Administrativas, que os valores das multas observaram os critérios da

Legislação Sanitária, sendo graduadas conforme os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, já que as infrações sanitárias são gravíssimas, porque a Infratora é reincidente e gerou consequências danosas à saúde pública. d) Nesse contexto, não é possível anular as multas imposta à Apelante nos Processos Administrativos, porque ausente ilegalidade ou abuso de poder. 2) Apelação cível a que se dá parcial provimento.

(TJPR - Ap. Cível n. 0002087-76.2016.8.16.0185 - 5a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

Leonel Cunha - Fonte: DJ, 30.05.2018).

PoliciaI militar reformado por invalidez perde benefício após sua exclusão da corporação em processo administrativo disciplinar

Ato administrativo. Sentença de improcedência. Pretensão de reconhecimento da nulidade do ato que determinou o cancelamento do pagamento dos proventos da reforma por invalidez. PoliciaI militar excluído da corporação após regular procedimento administrativo disciplinar. Infração praticada quando o militar estava na ativa. Exame de sanidade mental que atestou a sua higidez mental à época da prática dos atos infracionais disciplinares. Ação própria que questionou o ato de exclusão julgada improcedente. Cassação da aposentadoria em decorrência da perda da condição de servidor público. Cancelamento

da inscrição do segurado junto à PARANAPREVIDÊNCIA, nos termos do art. 40, II, e art. 43, da Lei Estadual n. 12.398/98. Mero cumprimento da determinação emanada do comando geral da polícia militar. Legalidade do ato administrativo de cancelamento do pagamento dos proventos. Precedentes. Alegado direito adquirido ao benefício, em decorrência do recolhimento da contribuição previdenciária, ao longo dos anos. Inocorrência. Contribuições vertidas no RPPS que podem ser averbadas no RGPS e lá serem consideradas para fins previdenciários. Pedido de reembolso dos valores recolhidos improcedente. Sentença confirmada. Recurso conhecido e não provido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0008665-16.2016.8.16.0004 - 6a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Desa.

Lilian Romero - Fonte: DJ, 24.09.2018).

Entrega de alimento diverso ao pactuado no edital da licitação enseja rompimento do contrato

Mandado de segurança - Administrativo - Licitação - Modalidade: pregão eletrônico - Fornecimento de gêneros alimentícios destinados à composição da merenda escolar - Constatação, por ocasião da entrega das mercadorias do lote 10, de adulteração na composição do alimento “salsicha de peru cozida e congelada”, com teor de sódio e percentuais de carboidra-

tos acima dos limites permitidos, além da presença de “DNA de frango” - rescisão contratual e execução da garantia, mediante a instauração de procedimento administrativo, com a aplicação de sanção de suspensão temporária (por 2 anos) de contratar com o poder público e de participar de procedimento licitatório - Inexistência dos propalados vícios na edição do ato sancionador - observância, outrossim, dos princípios da legalidade; do contraditório e da ampla defesa; da proporcionalidade e da razoabilidade - segurança denegada. “(...) A Administração Pública tem discricionariedade quanto ao objeto licitatório, podendo especificar características do produto desde que compatíveis com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. As exigências que o licitante considere ilegais devem ser impugnadas quando o Edital for publicado, sob pena de preclusão deste direito, com a conseqüente aceitação tácita das condições editalícias. O Princípio da Vinculação ao Edital exige que a Administração Pública rescinda o contrato administrativo, após o devido processo legal, se empresa licitante que venceu o certame faz a entrega de produto diverso daquele constante das exigências editalícias. (...)”. (TJPR, 5ª C. Cív., Processo: 337.443-8, Rel. Des. Leonel Cunha, DJe 27/04/2007).

(TJPR - Mand. de Segurança n. 1627898-7 - O. E. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Prestes Mattar** - Fonte: DJ, 11.06.2018).

CIVIL

Síndico que não obtém aprovação de contas em assembleia deve prestá-las judicialmente

Apelação Cível Ação de exigir contas Parcial procedência Ação ajuizada pelo condomínio em face de ex-síndico Irregularidades verificadas em perícia contábil Interesse de agir configurado Jurisprudência pacífica no sentido de que é exigível do ex-síndico a prestação de contas quando não comprovada sua aprovação perante a assembleia geral Manutenção do dever de prestação de contas Decisão mantida. agravo de instrumento não provido.

(TJPR - Ap. Cível n. 1712940-5 - 8a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Juiz Subst. em 2º Grau **Alexandre Barbosa Fabiani** - Fonte: DJ, 31.08.2018).

Locatário consegue por meio do Judiciário o encerramento da obrigação de pagar alugueis devido à resistência do locador em receber as chaves do imóvel

Apelações cíveis. Ação de depósito de chaves. Locação. Notificação extrajudicial do locador com apelação 1. Indicação da data para retomar a posse do imóvel que não afasta a comprovada resistência ao recebimento das chaves, tampouco sustenta a preliminar de falta de in-

teresse de agir. Imposição de condições para a entrega das chaves e rescisão do contrato. Resistência devidamente comprovada. Recurso de apelação desprovido. Majoração de honorários. Verba arbitrada na apelação 2. Origem inadequada. Fixação que deve observar os pressupostos elencados no artigo 85, § 2º do CPC. Impositiva a majoração para 10% sobre o valor atualizado da causa. Recurso de apelação conhecido e provido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0036999-09.2016.8.16.0021 - 12a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Juiz Subst. em 2º Grau **Alexandre Gomes Gonçalves** - Fonte: DJ, 10.09.2018).

Animal de pequeno porte que não causa problemas aos condôminos deve ser mantido no apartamento enquanto durar a ação que verifica sua nocividade

Agravo de instrumento. Tutela urgente. Obrigação de não fazer. Permissão de permanência de cão de estimação de porte pequeno em unidade condominial. Verossimilhança. Animal que, em linha de princípio, não ocasiona prejuízos ao sossego da vizinhança. Possibilidade de manutenção na unidade. Jurisprudência desta corte. Prova acerca de eventuais problemas causados pelo animal à ordem do condomínio que deve-

rá ser feita ao longo da instrução. Impossibilidade de se imputar ao autor/agravante o ônus da prova de fato negativo. Recurso provido.

(TJPR - Ag. de Instrumento n. 1644373-9 - 8a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Clayton de Albuquerque Maranhão** - Fonte: DJ, 08.08.2017).

Mulher é indenizada por procedimento errôneo em laqueadura que possibilitou gravidez

Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Paciente que faria procedimento de laqueadura em virtude de seu quadro de saúde e complicações em gestações anteriores. Risco tanto para a mãe como para o feto. Gravidez posterior. Perito que atestou que o procedimento de laqueadura não foi realizado. Provas documentais. Erro médico. Negligência. Nexo causal e dano configurados. Dever de indenizar. Minoração do valor fixado a título de dano moral. Possibilidade. Método bifásico de quantificação do STJ. Precedentes. Incidência, sobre o valor da condenação, de atualização monetária pelo IPCA, a partir da data do arbitramento, nos termos da súmula n. 362, do STJ. Acréscimo de juros de mora calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei n. 9.494/97), contados a partir da citação. Recurso conhecido e parcialmente provido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0006626-79.2012.8.16.0103 - 2a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Juíza Subst. em 2º Grau **Denise Hammerschmidt** - Fonte: DJ, 29.10.2018).

Poder Judiciário determina o restabelecimento dos serviços de conta digital na PSN que foi banida indevidamente

Apelação cível - Ação de reparação de danos materiais e morais - Conta digital na PSN (*playstation network*) indevidamente banida - Sentença de parcial procedência somente para o fim de reestabelecer os serviços prestados ao consumidor - Recurso do requerente - Insurgência em relação aos danos morais não reconhecidos - Consumidor que ficou aproximadamente dois meses sem poder utilizar dos serviços inerentes à plataforma online e impedido de acessar as mídias digitais salvas na nuvem - Mero dissabor do cotidiano que não é capaz de gerar abalo moral - serviço destinado ao lazer do consumidor - Pedido de condenação nas penas pela litigância de má-fé pela alteração da verdade dos fatos - Não acolhimento - Alegações tecidas pela fornecedora que não seriam capazes de infirmar minimamente a conclusão adotada pelo juízo - recurso desprovido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0031301-09.2017.8.16.0014 - 18a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Desa. **Denise Kruger Pereira** - Fonte: DJ, 03.05.2018).

***Animus domini* é requisito indispensável para a decretação de usucapião**

Usucapião. Alegada perda superveniente de objeto. Desapropriação do imóvel usucapiendo. Inocorrência. Expedição apenas do decreto que declarou a utilidade pública do imóvel. Decreto que não altera a titularidade do bem. Desapropriação ainda não efetivada. Indenização ainda não paga. Imissão na posse do município que ainda não ocorreu. Preliminar rejeitada. Usucapião. Requisitos. Exercício de posse com *animus domini*, de maneira mansa, pacífica e ininterrupta. Requisitos verificados no caso. Autora que iniciou a posse a título de mera tolerância do usufrutuário. Posterior comodato com um coproprietário, após o falecimento do usufrutuário. Inversão da posse posterior. Comodato com um dos coproprietários extinto. Permanência da autora no imóvel mesmo após a extinção. Autora que repeliu a outra coproprietária quando ela tentou entrar o imóvel. Ato inequívoco de oposição. Inversão ocorrida há mais de 10 anos. Posse com ânimo de dono desde então. Autora que sempre residiu no imóvel. Usucapião caracterizada (parágrafo único do art.1.238 do CCB). Sentença proferida já sob vigência do 2CPC/15. Honorários advocatícios majorados (art. 85, § 11, do CPC/15). Recurso desprovido.

(TJPR - Ap. Cível n. 1730600-4 - 17a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Fernando Paulino da Silva Wolff Filho** - Fonte: DJ, 22.01.2018).

Redução de alimentos para garantia de cumprimento de obrigação com os demais filhos

Agravo de Instrumento - Ação de alimentos c/c pedido de guarda - Alimentos provisórios - Princípio da igualdade entre os filhos - Redução dos alimentos necessária de modo a possibilitar o cumprimento da obrigação sem prejuízo do sustento do agravante e da obrigação alimentar com os demais filhos - Recurso conhecido e parcialmente provido.

(TJPR - Ag. de Instrumento n. 1721180-8 - 12a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Francisco Cardozo Oliveira** - Fonte: DJ, 06.12.2017).

Condomínio é condenado a indenizar condômino que sofreu danos em seu apartamento devido a infiltrações causadas por falta de manutenção em área comum

Apelação cível - Ação de obrigação de fazer cumulada com reparação de danos morais e indenização por danos materiais - Pretensão de reparação dos danos causados por infiltração na residência da autora julgada procedente - Laudo pericial que reconhece a falta de manutenção do condomínio em área comum que ensejou em danos no apartamento da requerente - Necessidade de desocupação do imóvel e lo-

cação de outro apartamento - Condenação a reparação dos danos materiais mantida - Danos morais configurados - Transtornos que ultrapassaram o mero aborrecimento cotidiano - *Quantum* indenizatório reduzido de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade - Reembolso dos valores despendidos com os honorários advocatícios contratuais - Impossibilidade - Verba honorária sucumbencial mantida. Recurso de apelação parcialmente provido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0007837-87.2016.8.16.0014 - 9a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

José Augusto Gomes Aniceto - Fonte: DJ, 27.07.2018).

Divulgação de imagem capturada de forma não ofensiva à dignidade de vítima de acidente de trânsito não gera dano moral

Apelação cível - Ação de indenização por danos morais - Notícia do falecimento de parente dos autores, publicada na mídia virtual - Divulgação de fotografia do falecido - Capturação que, no caso, não se mostrou ofensiva - Corpo resguardado por um cobertor, sem que fosse possível visualizar o rosto e grande parte do corpo - foto que mostra apenas as pernas do *de cujus* e, ainda assim, devidamente desfocada, preservando a imagem do falecido - Autorização da família desnecessária, diante do interesse público (acidente de trânsito

local - homicídio em tese) - Prova oral que demonstra a ausência de vínculo afetivo entre o *de cujus* e os familiares postulantes - sentença de improcedência mantida - honorários recursais - Sentença que já fixou tal verba no máximo legal. Recurso de apelação desprovido. Não sendo a imagem capturada de forma ofensiva (corpo resguardado por um cobertor e pernas devidamente desfocadas), não há que se falar em excesso na sua veiculação, a ponto de romper a intimidade e dignidade do falecido e da entidade familiar. A par disso, o interesse na publicação da imagem fotográfica da vítima, se restringiu à matéria jornalística, de interesse público, não possuindo qualquer finalidade lucrativa, não necessitando de autorização.

(TJPR - Ap. Cível n. 0000660-69.2016.8.16.0112 - 10a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luiz Lopes** - Fonte: DJ, 02.07.2018).

Ausência de comunicação de óbito de pessoa abrigada por família e sepultamento em jazigo público configura dolo e culpa de instituição privada

Apelação cível - Remessa necessária conhecida de ofício - Ação de indenização por danos morais cumulada com obrigação de fazer - Ausência de comunicação do óbito de pessoa abrigada à família - Sepultamento em jazigo público - Responsabilidade subjetivo minorado - Termo inicial do prazo para

cumprimento da obrigação de fazer modificado em remessa necessária - f. 2 Consectários legais das verbas indenizatória e honorária adequados de ofício - Recurso de apelação 1 parcialmente provido, recurso de apelação 2 não provido e parcial reforma da sentença em sede de remessa necessária.

(TJPR - Ap. Cível n. 0004670-97.2013.8.16.0004 - 3a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

Marcos S. Galliano Daros - Fonte: DJ, 05.07.2018).

Judiciário somente pode intervir em decisão da assembleia geral de credores no caso de descumprimento das formalidades de deliberação e de ilegalidade das cláusulas aprovadas

Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Plano homologado. Afastamento das condições de pagamento do credor quirográfico. Insubsistência. Soberania da decisão da assembleia. Possibilidade de intervenção judicial apenas em caso de descumprimento das formalidades de deliberação e de ilegalidade das cláusulas aprovadas. Hipóteses inexistentes. Recuperação judicial que pode ser obtida por meio de concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas e vincendas. Inteligência do art. 50, I, da Lei n. 11.101/2005. Regras deliberadas e aprovadas em assembleia. - A decisão da assembleia-ge-

ral de credores que aprova o plano de recuperação judicial é soberana, de sorte que ao Judiciário não cabe nela intervir, salvo em caso de descumprimento das formalidades de deliberação e de ilegalidade das cláusulas aprovadas.- As cláusulas relativas ao prazo de carência e forma de pagamento do credor quirográfico, foram deliberadas e aprovadas pela maioria dos credores, e não apresentam nenhuma ilegalidade ou abusividade, sobretudo porque o art. 50, I, da Lei n. 11.101/2005, estipula como meio de recuperação judicial a concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas e vincendas – medidas que, se levadas a efeito, permitem o pagamento dos credores e contribuem para o soerguimento da empresa em recuperação. Agravo de Instrumento não provido.

(TJPR - Ag. de Instrumento n. 0028074-82.2019.8.16.0000 - 18a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Péricles Bellusci de Batista Pereira** - Fonte: DJ, 07.10.2019).

Dupla garantia nos contratos de locação não gera a nulidade de ambas, pois somente é nula a garantia que excedeu a restrição legal

Locações. Apelação cível. Ação de exoneração de fiança c/c cobrança de multa. Locação de loja em shopping center. Duplicidade de garantia do contrato - Fiança e caução imobiliária - Vedação legal - Art. 37,

parágrafo único, da lei de locações - Nulidade da segunda. Litigância de má-fé - Não configuração. 1. “A exigência de dupla garantia em contrato de locação não implica a nulidade de ambas, mas tão-somente daquela que houver excedido a disposição legal” (REsp 868.220/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 27/09/2007, DJ 22/10/2007, p.360). 2. Recurso conhecido e não provido. (TJPR - Ap. Cível n. 1711423-5 - 11a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Ruy Muggiati** - Fonte: DJ, 06.04.2018).

Mulher grávida que sofre aborto e ao ser internada contrai infecção que ocasiona retirada de útero tem direito a indenização

Apelação cível. Ação de indenização. Autora grávida que sofre

aborto e ao ser internada para a curetagem contrai infecção hospitalar e tem a retirada de útero, ovário e trompas. Sentença de improcedência. Inconformismo. Procedência. Falha na prestação do serviço. Responsabilidade objetiva do hospital. Entendimento recente do superior tribunal de justiça. Responsabilidade solidária do município. Nexo de causalidade evidenciado. Danos morais devidos. Ausência de comprovação de danos estéticos. Condenação dos requeridos ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios. Sentença de improcedência reformada. Recurso conhecido e parcialmente provido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0009543-82.2009.8.16.0004 - 3a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Sérgio Roberto Nóbrega Rolanski** - Fonte: DJ, 29.10.2018).

CRIMINAL

Penalidade da suspensão do direito de dirigir que abrange somente aspectos administrativos torna inviável condenação na ordem judicial

Apelação criminal. Crime de violação de suspensão de dirigir veículo automotor (CTB, art. 307). Suspensão decorrente de decisão administrativa. Delito não configu-

rado. Conduta que só configura crime na hipótese de suspensão decorrente de decisão judicial. Absolvição por atipicidade da conduta. Sentença monocrática mantida. Recurso conhecido e desprovido.

(TJPR - Ap. Criminal n. 0000405-25.2014.8.16.0131 - 4a. T. Rec. - Dec. monocrática - Rel.: Des. **Aldemar Sternadt** - Fonte: DJ, 20.02.2019).

É crime a ameaça em grupo de WhatsApp

Apelação criminal. Artigo 147 do Código Penal. Crime de ameaça. Intenção de causar mal injusto e grave. Delito formal. Autoria comprovada. Acusado que ameaçou a vítima via whatsapp. Fato que ocorreu dias após briga entre as partes. Provas suficientes para a condenação. Relatos coerentes com o fato ocorrido. Inexistência de argumentos que desabonem o relato da vítima ouvida em juízo. Depoimento em harmonia com as demais testemunhas. Palavra do ofendido de especial relevância probatória. Fundado temor causado a vítima. Vontade dirigida ao fato. Dolo evidenciado. Confissão. Eventual estado de nervosismo que não exclui a imputabilidade. Subsunção do fato à norma. Tipicidade da conduta. Condenação mantida por seus próprios fundamentos. Recurso conhecido e desprovido.

(TJPR - Ap. Criminal n. 0001340-56.2016.8.16.0176 - 4a. T. Rec. Especial - Ac. unânime - Rel.: Juiz Subst. em 2º Grau **Aldemar Sternadt** - Fonte: DJ, 09.05.2018).

Réu que prestou depoimento somente na fase extrajudicial não tem direito a delação premiada

Apelação Crime. Estelionato. Delação Premiada - Impossibilidade - Falta de homologação do referido benefício - Réu revel que prestou declarações so-

mente na fase extrajudicial. Perdão judicial - Impossibilidade - falta de previsão legal. Recurso conhecido e improvido.

(TJPR - Ap. Criminal n. 1667108-0 - 3a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Antonio Carlos Choma** - Fonte: DJ, 06.09.2017).

Motorista não habilitada que caiu com veículo em valeta provocando perigo de dano é condenada com pena alternativa

Apelação Criminal. Direção não habilitada gerando perigo de dano. Art. 309 do CTB. Sentença condenatória. Pedido de absolvição. Insuficiência de provas. Inocorrência. Inaplicabilidade do *in dubio pro reo*. Conjunto probatório suficiente. Nulidade tópica reconhecida de ofício. Ausência de fundamentação da pena restritiva de liberdade originalmente imposta. Art. 93, IX da CF. Ausência de circunstâncias desabonadoras em face do réu. Aplicação da pena alternativa de multa prevista no tipo. Recurso não provido.

(TJPR - Ap. Criminal n. 0003145-17.2016.8.16.0088 - 4a. T. Rec. dos Juizados Especiais - Ac. unânime - Rel.: Desa. **Camila Henning Salmoria** - Fonte: DJ, 19.02.2019).

Antecipação de progressão de regime só ocorre excepcionalmente em estabelecimento prisional com falta de vagas

Recurso de agravo. Execução penal. Decisão que deferiu o inci-

dente de progressão antecipada do regime prisional. Recurso interposto pelo ministério público. Decisão que merece reforma. Medida excepcional autorizada pelo supremo tribunal federal como alternativa para resolver o problema da insuficiência de vagas no regime semiaberto. Apenado que cumpre pena em regime fechado e pretende ser antecipadamente progredido ao regime deficitário. Incongruência do pedido com a finalidade da excepcionalidade autorizada pela suprema corte no recurso extraordinário n. 641320/RS. Situação que aliada à ausência de proximidade temporal para a progressão do regime prisional que desautoriza a antecipação da benesse. Inviabilidade de concessão da progressão antecipada. Recurso conhecido e provido. 1. No sistema progressivo de execução da pena, adotado pela legislação brasileira, o condenado que cumpre pena privativa de liberdade, em regime fechado, deverá ser transferido para o regime subsequente, menos rigoroso, qual seja, o semiaberto, e, deste, para o regime aberto. A concessão do benefício da progressão de regime, contudo, somente é autorizada quando o acusado preencher os requisitos de natureza objetiva (lapso temporal) e subjetiva (bom comportamento carcerário), nos moldes do art. 112 da LEP, com redação dada pela Lei n. 10.792/2003. 2. Sobre a concessão da progressão antecipada, tenha-se

presente que o Supremo Tribunal Federal autoriza a concessão da benesse, em caráter excepcional, aos sentenciados inseridos nos estabelecimentos com falta de vagas, para o efeito de impedir que os apenados que mereçam a progressão para o regime deficitário, permaneçam cumprindo pena em regime mais gravoso. 2/8 Estado do Paraná Recurso de Agravo n° 0031490-84.2017.8.16.0014 3. Segundo o Supremo Tribunal Federal, a progressão antecipada deve deferida aos sentenciados que satisfaçam os requisitos subjetivos (bom comportamento) e que estejam mais próximos de satisfazer o requisito objetivo, ou seja, aqueles que estão mais próximos de alcançar o lapso temporal necessário para a progressão ou de encerrar a pena. 4. Nos termos do que foi decidido pela Suprema Corte: “a) A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso; b) Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, § 1º, alíneas “b” e “c”, do CP); c) Havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (i) a saída an-

tecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto; d) Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.” STF. Plenário. RE 641320/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 11/5/2016 (repercussão geral) (Info 825). 5. In casu, tendo em vista que a finalidade da medida determinada pela Suprema Corte é uma alternativa para resolver o problema do déficit de vagas, em especial no regime semiaberto, ante a notória insuficiência de espaço nos estabelecimentos prisionais específicos para este regime (adequado às características do semiaberto), constata-se que a progressão antecipada do apenado, que cumpre pena em regime fechado, não se adequa ao objetivo almejado pela Suprema Corte.

(TJPR - Rec. de Agravo n. 0031490-

84.2017.8.16.0014 - 4a. Câm. Crim. - Ac.

unânime - Rel.: Des. **Celso Jair Mainardi** -

Fonte: DJ, 12.01.2018).

É inaplicável o princípio da insignificância ao crime de furto qualificado praticado contra menor

Apelação Criminal - Apelado absolvido do crime de furto qua-

lificado (art. 155, § 4º IV, CP) - Insurgência da acusação - Pretensão de condenação - Acolhimento - Crime de furto praticado contra adolescente - Exegese do artigo 227 da Constituição Federal - Princípio da proteção integral da criança e adolescente - Reprovabilidade da conduta do réu - Inaplicabilidade do princípio da insignificância por não preenchimento dos requisitos - Condenação do réu na modalidade simples (Art.155, *caput*, CP) - Dosimetria - Pena-base - Condenação transitada em julgado por fato anterior ao do presente processo - Consideração como mau antecedente - Precedentes STJ - Pena provisória - Reconhecimento da atenuante do art. 65, I, CP - Pena definitiva - Ausência de majorantes e minorantes - Regime semiaberto em atenção ao art. 33, § 3º, CP - Impossibilidade de substituição por restritivas de direito - Não preenchimento dos requisitos. I - A aplicação do princípio da insignificância deve ser feita de forma moderada, para casos excepcionais. Constatando-se que o crime foi praticado contra adolescente, prevalece o princípio da proteção integral que impõe maior rigor na aplicação da Lei Penal, impedindo tal benefício. II - “(...) o Tribunal local decidiu em conformidade com a jurisprudência desta Corte, sedimentada no sentido de que pode ser Apelação Crime n. 1.688.604-7 Tribunal de Justiça do considerada

como mau antecedente a condenação definitiva por fato anterior ao imputado pela denúncia, porém com trânsito em julgado posterior”. (AgRg no AREsp 461.541/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, quinta turma, julgado em 16/06/2015, DJe 22/06/2015) III - A existência da reincidência e/ou mau antecedente impede a substituição da pena por restritivas de direito. Recurso de apelação provido. (TJPR - Ap. Criminal n. 1688604-7 - 3a. Câmara. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Gamaliel Seme Scaff** - Fonte: DJ, 11.10.2017).

Dono de blog que publicou ofensas contra detentor de cargo público é condenado pelo crime de injúria

Apelação criminal. Injúria (art. 140, CP). Ofensas referentes ao cargo ocupado pelo querelante na Assembleia Legislativa do Paraná. Publicação das ofensas no blog pessoal do réu. “Blog do Johnny”. Querelante que não fez ata notarial da postagem do blog, mas apenas tirou “printscreen” da tela do computador com as publicações contendo as ofensas, sendo que posteriormente as publicações teriam sido apagadas. Alegação recursal de que as postagens jamais existiram, e que por não haver registro notarial, as provas juntadas não devem ser consideradas válidas. Consta da publicação que o réu teria chamado o querelante de “ex-cinta larga”, “pigmeu arrogante” e “fofoqueiro de plantão que sequer expressa a

sua verdadeira opinião por medo de confrontar o chefe e perder a ‘tetinha’ que suou para conseguir ‘mamar’”. Existência da publicação que foi confirmada em juízo pelo depoimento de duas testemunhas que confirmaram a leitura do conteúdo das postagens, bem como de que o teor do texto era direcionado ao querelante. Autoria e materialidade devidamente comprovadas. Intenção de ofender e menosprezar. Palavra da vítima corroborada pelo conjunto probatório. Irrelevância da prova documental ter sido firmada por meio de ata notarial. Além disso, a prova testemunhal é suficiente para o decreto condenatório. Sentença condenatória mantida por seus próprios fundamentos. Aplicação do art. 82, § 5º da lei 9.099/95. Recurso conhecido e desprovido.

(TJPR - Ap. Criminal n. 0025470-96.2016.8.16.0019 - 4a. T. Rec. dos Juizados Especializados - Ac. unânime - Rel.: Juiz Subst. em 2º Grau **Marcelo de Resende Castanho** - Fonte: DJ, 18.06.2018).

Pai que utilizou de meios físicos para corrigir filha com propósito de educação é absolvido do crime de maus-tratos

Maus-tratos (art. 136, § 3º, CP). Absolvição, por exercício regular de direito (art. 386, inc. VI, CP). Recurso do ministério público objetivando a condenação da ré. Desacolhimento. Ofendida, que contava com doze (12) anos de idade, agredida com golpes de

cinta, que causaram lesão leve. Ausência, contudo, de dolo de expor a perigo a saúde da filha, bem como de excesso nos meios de correção. Exercício do jus corrigendi. Episódio isolado que, embora inadequado, encontra-se justificado pelas circunstâncias. Castigo corporal aplicado após a adolescente retornar à residência de madrugada, por volta das 02h00min. Nítido propósito de educação da prole. Inexistência de excesso nos meios de correção. Absolvição mantida. Recurso desprovido, com fixação de honorários ao defensor nomeado no valor de R\$ 400,00 (quatrocentos reais), pela apresentação das contrarrazões recursais.

(TJPR - Ap. Criminal n. 0002385-04.2017.8.16.0098 - 1a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Miguel Kfoury Neto** - Fonte: DJ, 20.06.2018).

Movimentação sem visibilidade externa de processo consubstancia ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa

I - Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de L. S. R., preso pela suposta prática dos crimes de tráfico de entorpecentes e porte ilegal de arma de fogo nos autos de inquérito policial n. 0011037-26.2017.8.16.0028, aos argumentos de que não se fazem presentes, no caso, os requisitos autorizadores da custódia cautelar, ainda assim tendo sido indeferido o pedido de revogação

de prisão preventiva formulado em favor do paciente. Destaca o impetrante, por outro lado, que o decreto prisional está cadastrado como 'movimentação sem visibilidade externa', o que impossibilita a análise do decreto prisional, acarretando ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Indeferida a liminar pelo d. Juízo do Plantão Judiciário (mov. 1.1), foram prestadas as informações pela autoridade impetrada em 15.01.18 (mov. 5.1). Vieram-me conclusos. Decido. II - O pedido está prejudicado, pela perda do objeto. De conformidade com as informações prestadas pelo d. Juízo impetrado, foi deferida a L. S. R. a liberdade provisória nos autos n. 0000098-50.2018.8.16.0028, em 12.01.18, expedindo-se, de consequência, o competente "Alvará de Soltura" em favor do paciente. Dessa maneira, com a soltura do paciente, não mais subsistem as alegações que deram ensejo à presente impetração. III - Diante do exposto, estando superada a tese de 'constrangimento ilegal', julgo prejudicado o pedido e declaro a extinção do feito, com fundamento no artigo 659, do Código de Processo Penal, e no artigo 200, XXIV, do RITJPR. IV - Publique-se, registre-se, intimem-se e archive-se. Curitiba, 16 de janeiro de 2018.

(TJPR - *Habeas Corpus* n. 0045311-03.2017.8.16.0000 - 4a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Sonia Regina de Castro** - Fonte: DJ, 16.01.2018).

PROCESSO CIVIL

Vício de consentimento em celebração de negócio jurídico suporta manutenção de sentença referente à ação monitória

Apelação cível. Ação monitória. Contrato de compra e venda de estabelecimento comercial (consultório odontológico). Alegação de vício de consentimento quando da celebração do negócio jurídico. Sentença que acolheu os embargos monitórios, aplicando o art. 182 do Código Civil. Insurgência do autor/embargado. Argumentação relativa à ausência do vício não acolhida. Municipalidade que reconheceu a inaptidão do imóvel para abrigar o estabelecimento comercial. Falsa percepção da realidade quanto à qualidade dos elementos essenciais ao objeto da declaração (art. 139, I, do Código Civil). Erro substancial e escusável demonstrado pelas provas colhidas nos autos. Embargantes que jamais adquiririam imóvel para exercer atividade econômica ligada à odontologia se detivessem o conhecimento acerca da real condição (inapta) do imóvel. Inteligência do art. 138 do Código Civil. Manutenção da sentença, *in totum*. Aplicação do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil. Recurso conhecido e desprovido.

(TJPR - Ap. Cível n. 1737506-9 - 11a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Juiz substituto **Anderson Ricardo Fogaça** - Fonte: DJ, 24.01.2018).

Reavaliação do bem depende de necessidade concreta

Agravo de instrumento. Execução de título extrajudicial. Insurgência em face da decisão interlocutória que indeferiu o pedido de nova avaliação. Irresignação. Não acolhimento. Preclusão. Ocorrência. Matéria já decidida por este colegiado no AI n. 1547952-0. Reavaliação que, outrossim, é medida excepcional no ordenamento jurídico pátrio. Imprescindibilidade de demonstração da sua necessidade concreta e de fundados indícios de disparidade no valor do bem constrito. Hipótese não configurada. Não demonstração de qualquer dos requisitos previstos no art. 873 do CPC. Decisão mantida. Recurso não provido.

(TJPR - Ag. de Instrumento n. 1710948-3 - 14a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Fernando Antonio Prazeres** - Fonte: DJ, 11.10.2017).

Referência expressa aos dispositivos legais disciplinadores da questão é desnecessária para fins de prequestionamento

Embargos de declaração em apelação cível. 1. Omissão alegada. Vícios inexistentes. Mera irresignação. Impossibilidade. Inviável a utilização dos embargos de declaração a pretexto de modificação do teor

do julgado, em vista da obrigatoriedade de serem observados os requisitos do art. 1.022 *caput* e incisos, do Código de Processo Civil. 2. Pretensão de prequestionamento. Não é necessário para fins de prequestionamento fazer referência expressa aos dispositivos legais disciplinadores da questão, uma vez que o que se prequestiona é a *questio juris* e não o dispositivo legal a ela referente. Acórdão mantido embargos rejeitados.

(TJPR - Ap. Cível n. 1647610-9 - 13a. Câmara. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Francisco Eduardo Gonzaga de Oliveira** - Fonte: DJ, 20.07.2017).

Ação rescisória deve ser ajuizada em até dois anos do trânsito em julgado do acórdão rescindendo

Ação rescisória. 1. Ação revisional de contrato cumulada com repetição de indébito em fase de liquidação de sentença - Decisão que homologa os cálculos de liquidação, apurando saldo credor em favor do banco-réu - Arguição de violação a literal disposição de lei - Montante apurado que foi obtido mediante compensação do saldo devedor para o financiamento com o computado em favor do mutuário - Vedação dessa dedução, em tese, existente no artigo 23 da Lei n. 8.004/1990 - Questão atinente à compensação do saldo devedor, todavia, decidida na sentença, sem que tenha havido reforma pelo acórdão proferido pela 14.^a Câmara

Cível - Ausência de (re)decisão acerca da matéria - Homologação que se limitou a atender aos limites da coisa julgada - Pretensão rescisória que deveria ter sido voltada contra o título executivo judicial - Ocorrência de decadência - CPC/73, art. 495 - Prazo bienal que começa a fluir a partir do trânsito em julgado do acórdão rescindendo - Ajuizamento da ação rescisória quando já escoado o prazo decadencial - Reconhecimento da decadência que se impõe. 2. Pretensão do réu, de aplicação de multa por litigância de má-fé e por ato atentatório à dignidade da justiça - Práticas, contudo, não configuradas - Impossibilidade, portanto, de aplicação de penalidade ao autor. 3. Processo extinto com resolução de mérito (CPC, art. 487, inc. II).

(TJPR - Ação Rescisória n. 5000224-70.2016.8.16.0000 - 14a. Câmara. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Francisco Pinto Rabello Filho** - Fonte: DJ, 12.04.2017).

Fazenda Pública deve pagar custas quando o feito tramita em vara estatizada

Apelação Cível - Execução Fiscal - Prescrição - Ocorrência - Custas processuais - Inaplicabilidade dos artigos 26 e 39 da Lei 6.830/1980 e do Enunciado n. 3 das câmaras de direito tributário deste tribunal - Vara estatizada - Custas devidas - Súmula 72 deste Tribunal de Justiça - Redução do valor das custas processuais, nos termos do artigo 23 da

Lei n. 6.149/70 - Inadmissibilidade no caso em exame - Ausência dos requisitos legais. 1. Ao exequente incumbe a responsabilidade pela movimentação do processo, somente incidindo a Súmula 106, do egrégio Superior Tribunal de Justiça, quando a demora no andamento da ação é atribuível exclusivamente à máquina judiciária. 2. O fato de o processo ter tramitado em serventia estatizada, cujo serviço é prestado por servidores públicos, não dispensa a Fazenda Pública do pagamento das custas processuais, consoante enuncia a súmula 72, deste Tribunal de Justiça. 3. Recurso desprovido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0000167-31.2016.8.16.0100 - 1a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

Guilherme Luiz Gomes - Fonte: DJ, 02.10.2019).

Propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários é possível com o propósito de instruir a ação principal

Apelação cível. Ação cautelar de exibição de documentos. Inexistência de pedido administrativo válido. Sentença reformada. “Processo civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-c do CPC. Expurgos inflacionários em caderneta de poupança. Exibição de extratos bancários. Ação cautelar de exibição de documentos. Interesse de agir. Pedido prévio à instituição financeira e

pagamento do custo do serviço. Necessidade. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: A propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária. 2. No caso concreto, recurso especial provido”. (REsp 1349453/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, segunda sessão, julgado em 10/12/2014, DJe 02/02/2015) Recurso provido.

(TJPR - Ap. Cível n. 1728061-6 - 15a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Hayton Lee Swain Filho** - Fonte: DJ, 02.10.2017).

Ausência de evidência de vício apontado em embargos de declaração impossibilita sua concessão

Processual civil. Embargos de declaração em sede de recursos de agravo de instrumento. Inventário. Acórdão que negou provimento aos recursos e, de ofício, reformou a decisão agravada. Ausência de atribuição de competência, para a jurisdição brasileira, em dispor sobre a partilha de bem imóvel, localizado no Paraguai. Alegação de

diversas omissões. Análise expressa e suficiente no acórdão. Ausência dos vícios apontados. Pretensão de rediscussão do julgado. Objetivo ao qual não se presta a via recursal eleita. Embargos de declaração rejeitados.

(TJPR - Embs. de Declaração n. 1561564-2/01 - 12a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Desa.

Ivanise Maria Tratz Martins - Fonte: DJ, 25.06.2018).

Requerimento indevido da justiça gratuita provoca aplicação de multa

Apelação cível. Ação de partilha de bens. Parcial procedência. Recurso da autora (apelante 1). Condenação ao pagamento da multa prevista no art. 100, parágrafo único, CPC. Cabimento. Litigante que, sem qualquer ressalva, pleiteia benefício da justiça gratuita ao qual sabidamente não faz jus, vez que auferiu seis mil reais mensais como empregada registrada. Direitos possessórios sobre imóvel. Expressão econômica passível de partilha. Recurso do réu (apelante 2). Plantação de pinus realizada em terreno de terceiros. Inexistência de bem a partilhar. Mera expectativa de direito à indenização por acesão edificada de boa-fé, que passou a integrar o patrimônio do terceiro, proprietário do imóvel. Consórcio. Partilha que abrange as prestações pagas até a data da separação de fato. Precedentes. Valores depositados em conta poupança. Montante

incontroverso. Inexistência de fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor. Artigo 373, II, CPC. Partilha de dívidas não especificadas. Descabimento. Partilha de indenização trabalhista. Fundamento da sentença não impugnado. Recurso da autora- apelante 1 desprovido. Recurso do réu- apelante 2 parcialmente provido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0003836-17.2016.8.16.0028 - 12a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des.

Jefferson Alberto Johnsson - Fonte: DJ, 13.07.2018).

Realização de perícia deve ser custeada pela parte que requereu a sua realização

Agravo de instrumento - Embargos à execução - Cooperativa de crédito - Decisão que determinou a aplicação do código de defesa do consumidor e inverteu o ônus da prova, bem como o seu custeio - Irresignação da cooperativa - Alegação de inaplicabilidade do CDC- possibilidade da incidência da legislação consumerista ao caso - Equiparação à instituição financeira - Realização de efetiva operação de crédito e não de mero ato cooperativo - Aplicação do código de defesa do consumidor à pessoa jurídica - mitigação da teoria finalista - Consumidor por equiparação - Consumidor de serviços bancários - Aplicação da súmula 297, do STJ - Alegação de que desnecessária a produção de prova pericial - Não acolhimento - Princípio

do livre convencimento do juiz - Realização de prova pericial que não traz qualquer risco de lesão às partes - Alegação de que as custas periciais devem ser suportadas pela parte que requereu a sua realização - Acolhimento - Inteligência do art. 95, “caput”, do CPC/15 - Decisão reformada neste ponto - Recurso conhecido e parcialmente provido.

(TJPR - Ag. de Instrumento n. 0005799-76.2018.8.16.0000 - 14a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **José Hipólito Xavier da Silva** - Fonte: DJ, 10.05.2018).

Inadmissibilidade de agravo de instrumento face a inobservância das hipóteses do rol taxativo

Decisão monocrática. Agravo de instrumento. Decisão agravada que indefere pedido de produção de provas. Rol taxativo de hipóteses de cabimento. Art. 1.015 do CPC. Matéria que não autoriza a interposição do recurso. Agravo de instrumento inadmissível. Art. 932, III, do CPC. Recurso não conhecido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0038186-81.2017.8.16.0000 - 6a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Lilian Romero** - Fonte: DJ, 19.01.2018).

Caracteriza litigância de má-fé a evidente tentativa do autor de alterar a verdade dos fatos em ação de reintegração de posse

Apelação cível. Ação de rescisão de contrato c/c reintegração de posse e perdas e danos. Sentença de parcial procedência. Preliminar

de intempestividade arguida em contrarrazões. Não ocorrência. Preliminar rejeitada. Recurso da ré. Existência de comodato verbal. Não comprovação. Imóvel registrado de fração ideal, sendo 20% em nome do autor e esposa e 80% em nome da empresa do casal. Formal de partilha que determinou a exclusividade da propriedade do autor na parte ideal do imóvel. Parte ré que, a partir de formal de partilha e através de cessão de direitos realizada pela ex-esposa do autor, passou a ser sócia da empresa que detém 80% do imóvel. Direito a posse do patrimônio da empresa configurada. Multa por litigância de má fé. Possibilidade. Evidente tentativa do autor de alterar a verdade dos fatos. Sentença reformada. Modificação do ônus da sucumbência. Recurso conhecido e provido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0001827-85.2012.8.16.0137 - 12a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Juiz Subst. em 2º Grau **Luciano Carrasco Falavinha Souza** - Fonte: DJ, 12.09.2018).

Juizado especial é absolutamente incompetente em causas que demandem perícia técnica

Direito do consumidor. Recurso inominado. Ação indenizatória. Telefone celular. Vício no produto ou mau uso do aparelho. Aferição por meio de perícia técnica. Incompetência absoluta do juizado especial declarada de ofício. Extinção do processo sem

resolução de mérito (art. 51, II, da Lei 9.099/95). Sentença reformada. Recurso prejudicado.

(TJPR - Rec. Inominado n. 0004238-33.2017.8.16.0103 - 2a. T. Rec. - Ac. unânime - Rel.: Juiz Subst. em 2º Grau **Luiz Henrique Vianna Silva** - Fonte: DJ, 07.10.2019).

Alienação fiduciária sem relação com o processo não afasta a impenhorabilidade do bem de família

Apelação Cível - Ação declaratória de reconhecimento de bem de família e sua impenhorabilidade c/c cancelamento de penhoras com pedido de tutela antecipada - Sentença de improcedência - Recurso - Pedido de desmembramento do imóvel - Bem indivisível - Artigo 87 do Código Civil - Imóvel locado para terceiros - Subsistência da impenhorabilidade - Súmula 486 do STJ - Devedores que são proprietários de outros imóveis - Irrelevância - Proteção legal que incide exclusivamente sobre o imóvel utilizado para residência ou locado para custear a moradia em outro local - Imóvel de elevado valor - Impenhorabilidade mantida - Existência de alienação fiduciária registrada na matrícula do imóvel em favor de terceiros - Irrelevância - Fiança prestada pelo proprietário - Exceção legal exclusiva aos contratos de locação - Renúncia à impenhorabilidade - Validade no caso concreto - Direito fundamen-

tal à moradia que será assegurado em outro imóvel de menor valor - Sentença parcialmente reformada.

1. Considera-se indivisível o imóvel cujo fracionamento importe em considerável perda de valor, nos termos do artigo 87 do Código Civil. 2. A impenhorabilidade do bem de família prevista na Lei n. 8.009/1990 protege um único imóvel utilizado para moradia (ou locado nas condições da Súmula 486 do STJ) e não é afastada caso o devedor seja proprietário de outros bens, que serão penhoráveis. 3. O imóvel utilizado para moradia da família é impenhorável, ainda que de elevado valor. 4. A existência de registro de alienação fiduciária ou hipoteca no registro do imóvel em favor de terceiro credor, que não é parte no processo, não afasta a impenhorabilidade do bem de família. 5. O bem de família do fiador será penhorável, nos termos do artigo 3º, VII, da Lei n. 8.009/1990, exclusivamente em caso de garantia pessoal em contrato de locação. 6. É válida a renúncia à impenhorabilidade do bem de família prevista na Lei n. 8.009/1990 quando o direito fundamental à moradia não é afetado, levando-se em conta o montante da dívida e a avaliação do imóvel. Recurso conhecido e parcialmente provido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0001262-26.2012.8.16.0104 - 17a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Desa.

Rosana Amara Girardi Fachin - Fonte: DJ, 04.07.2019).

TRIBUTÁRIO

Não compete aos municípios fixar cobrança da taxa de bombeiros, sob pena de inconstitucionalidade

Agravo de instrumento - Exceção de pré- executividade - Cobrança de taxa de serviço de bombeiros - Entendimento adotado pelo órgão especial no julgamento de ação direta de inconstitucionalidade - jurisprudência superada pelo julgamento do supremo tribunal federal - Decisão correta do juízo *a quo* - Honorários reduzidos em grau recursal. 1. A cobrança de taxa de serviço de bombeiros foi reconhecida desde o julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade de n. 1345348-4, que somente condicionou a instituição do tributo à existência de convênio entre a municipalidade e o Governo do Estado. No entanto, em agosto de 2017, o Supremo Tribunal Federal julgou matéria semelhante, em que negou a competência do Município em fixar referida taxa. 2. Considerando que o julgamento levado a cabo pelo Supremo Tribunal Federal, há de se reconhecer o acerto da decisão de primeiro grau, julgando-se inconstitucional a cobrança da taxa de bombeiros. 3. Honorários advocatícios que devem ser minorados, posto não existir justificativa para a

sua imposição em limite superior ao mínimo previsto pela legislação. 4. Recurso conhecido e parcialmente provido.

(TJPR - Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 0043886-38.2017.8.16.0000 - 2a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Juíza Subst. em 2º Grau **Ângela Maria Machado** - Fonte: DJ, 23.05.2018).

Valores bloqueados em conta bancária de autor por três anos devido a execução fiscal indevida engendra indenização por dano moral

Recurso inominado. Responsabilidade civil do estado. Ação de reparação por danos morais. Ajuizamento de execução fiscal. Débito tributário relativo a IPTU. Autor nunca foi proprietário do imóvel em questão. Valores bloqueados em conta bancária do autor. Desbloqueio realizado após 3 anos. Legitimidade passiva do município. Ausência de litisconsórcio passivo necessário. Responsabilidade objetiva do ente público caracterizada. Ato ilícito que gera art. 37, § 6º da CF abalo. Dano moral configurado. Inexistência de comprovação de inscrição anterior. *Quantum* indenizatório fixado em R\$ 4.000,00. Valor arbitrado de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Montante encontra-se dentro dos parâmetros estabelecidos por esta turma recursal. Juros e correção monetária. Recurso parcialmente provido. Correção monetária: IPCA-E (tema 810 de repercussão geral do STF). Juros de mora: índice de remuneração da caderneta de poupança.

(TJPR - Rec. Inominado n. 0045508-13.2017.8.16.0014 - 4a. T. Rec. - Ac. unânime - Rel.: Desa. **Camila Henning Salmoria** - Fonte: e-DJF3, 15.03.2018).

Município é ilegítimo para cobrar ISS sobre operações de arrendamento mercantil

Apelação cível. Tributário. Execução fiscal. ISS sobre operações de arrendamento mercantil - Leasing. Exceção de pré-executividade. Ilegitimidade do município apelante para a cobrança do tributo em questão. Contrato jurídico de natureza complexa. Núcleo da operação. Aprovação do financiamento. Competência para lançar o tributo. Vigência da lei complementar 116/2003. Município em que há a prestação do serviço, considerado como local com poderes decisórios suficientes à concessão e aprovação do financiamento. Entendimento do Superior Tribunal de Justiça, manifestado no RESP n. 1.060.2010/SC, julgado na sistemática do art. 543-c, do CPC. Ilegitimidade ativa do município apelante. Sentença mantida. Incidência de honorários recursais. Recurso desprovido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0000540-10.2007.8.16.0090 - 2a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Juiz Subst. em 2º Grau **Carlos Mauricio Ferreira** - Fonte: DJ, 31.07.2018).

Sociedade uniprofissional de advogados obtém direito de tratamento tributário diferenciado

Apelação cível e reexame necessário. Tributário. ISSQN. Ação anulatória de débito fiscal. Sociedade uniprofissional de advogados. Registro do contrato social na ordem dos advogados do Brasil. Responsabilidade subsidiária e ilimitada dos sócios. Art. 17 do estatuto da OAB. Art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei n. 406/68. Honorários advocatícios. Desprovimento do recurso. Majoração. “1. A sociedade uniprofissional de advogados de natureza civil - qualquer que seja o conteúdo de seu contrato social - goza do tratamento tributário diferenciado previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei n. 406/68, não recolhendo o ISS com base no seu faturamento bruto, mas sim no valor fixo anual calculado de acordo com o número de profissionais que a integra. Precedentes.” (AgRg no REsp 933.443/RJ, Rel. Ministro Castro Meira, segunda turma, julgado em 25/09/2012, DJe 04/10/2012). 2. O valor dos honorários advocatícios fixado na sentença, como consequência do desprovimento do recurso, deve ser majorado por força do art. 85, §11,

do Código de Processo Civil, não podendo o novo valor ultrapassar o limite máximo fixado no art. 85, § 3º, inc. II, do Código de Processo Civil. Recurso desprovido e honorários advocatícios majorados.

(TJPR - Ap. Cível e Reex. Necessário n.

0002176-43.2015.8.16.0021 - 3a. Câm. Cív.

- Ac. unânime - Rel.: Des. **Eduardo Sarrão** -

Fonte: DJ, 08.05.2018).

Incidência de IPTU sobre imóvel impossibilita apreciação de alegação de usucapião

Apelação cível. Tributário. Exceção de pré-executividade. Alegação de usucapião sobre imóvel que recai a cobrança de IPTU. Impossibilidade de individualização adequada do bem. Documentos insuficientes. Fato que permanece obscuro. Recurso provido, para dar prosseguimento à execução, com remessa para discussão para a seara dos embargos à execução, para que se possibilite a produção de provas acerca da individualização do imóvel. Recurso provido.

(TJPR - Ag. de Instrumento n. 0007635-

87.2013.8.16.0088 - 1a. Câm. Cív. - Ac.

unânime - Rel.: Juiz Subst. em 2º Grau

Fernando César Zeni - Fonte: DJ, 30.05.2018).

Município é isento do pagamento de taxa judiciária

Apelação Cível - Execução Fiscal - Extinção a requerimento do exequente - Custas processuais - Inaplicabilidade do artigo 26 da Lei 6.830/1980 e do enunciado n. 3 das

Câmaras de Direito Tributário deste tribunal - Princípio da causalidade - Taxa judiciária - FUNJUS - Leis estaduais 16.351/2009 e 17.833/2013 - Recurso parcialmente provido. 1. Tendo o apelante requerido a extinção da presente execução, aplica-se ao caso o princípio da causalidade. 2. Inaplicável o artigo 26, da Lei 6.830/80, por não se tratar de cancelamento da dívida por dispensa, anistia ou remissão do crédito tributário. 3. Os Municípios são isentos do pagamento da Taxa Judiciária, nos termos do artigo 3º, alínea i, do Decreto Estadual n. 962/1932. 4. Recurso parcialmente provido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0020237-42.2015.8.16.0185

- 1a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

Guilherme Luiz Gomes - Fonte: DJ,

02.10.2019).

Ausência de comprovação de realização de operação sob regime de substituição tributária impossibilita isenção de incidência de ICMS

Apelação cível. Mandado de segurança. Denegada segurança pelo juízo *a quo*. Tributário. ICMS. Mercadorias dadas como bonificação. Desconto incondicional. Súmula 457 do STJ. Empresa que realiza operações sob regime de substituição tributária. Informação não contestada pela parte autora. Descabimento do desconto. ICMS que deve incidir sobre a bonificação. Entendimento pacífico do STJ. EResp 715255/MG. Insuficiência

de conjunto probatório nos autos. Não comprovação de efetiva entrega de bonificações. Sentença mantida. Recurso de apelação conhecido e desprovido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0004299-31.2016.8.16.0004 - 3a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

José Laurindo de Souza Netto - Fonte: DJ, 13.12.2017).

Ativo insuficiente para quitação de crédito tributário gera ocorrência de prescrição intercorrente

Apelação cível - Execução fiscal - IPTU - Ocorrência de prescrição intercorrente dos créditos tributário - Penhora no rosto dos autos de falência - Intimação da massa falida - Informação de que o ativo não é suficiente para quitação do crédito tributário - Ausência de outros bens em nome do devedor - Processo que tramita há 18 anos - prescrição intercorrente reconhecida - Recurso conhecido e improvido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0002326-42.2000.8.16.0185 - 1a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Rubens Oliveira**

Fontoura - Fonte: DJ, 27.07.2018).

Possibilidade de isenção da Fazenda Pública ao pagamento das custas processuais em decorrência da extinção da execução fiscal por desistência do crédito executado

Tributário. Apelação cível. Execução fiscal. ICMS. Requerimento

de extinção do processo por desistência. Art. 1º, inciso VI da lei estadual n. 16.035/2008. Custas processuais devidas pelo executado. Possibilidade. Art. 4º da referida lei. Simetria com o art. 7º, parágrafo único da lei estadual n. 16.017/2008 cuja constitucionalidade foi declarada pelo órgão especial. Princípio da causalidade. Precedentes.

(TJPR - Ap. Cível n. 0000061-34.1999.8.16.0078 - 1a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Ruy Cunha Sobrinho** - Fonte: DJ, 18.01.2018).

Contribuinte de fato possui legitimidade para propor ação fundada na inexigibilidade de tributo que entenda indevido

Tributário. Mandado de segurança. Legitimidade da contribuinte para a impetração do mandado de segurança. Entendimento manifestado pelo STJ. Incidência do ICMS sobre a TUST (taxa de uso do sistema de transmissão de energia elétrica) e a TUSD (taxa de uso do sistema de distribuição de energia elétrica). Base de cálculo do tributo que não se constitui em fato gerador de forma isolada. Incidência do tributo sobre o valor da operação final. Pedido de repetição dos valores que não pode ser deduzido em sede de mandado de segurança. Custas a cargo da impetrante. Segurança denegada.

(TJPR - Mand. de Segurança n. 1150673-1 - 2a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Silvio Vericundo Fernandes Dias** - Fonte: DJ, 31.10.2016).

Acórdãos do TJPR

ADMINISTRATIVO

PROCESSO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE NÃO APRESENTA FORTES INDÍCIOS DE DANOS AO ERÁRIO PÚBLICO TEM PEDIDO DE DESBLOQUEIO DE BENS AUTORIZADO

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Agravo de Instrumento n. 0024941-32.2019.8.16.0000

Órgão Julgador: 5a. Câmara Cível

Fonte: DJ, 30.09.2019

Relator: Desembargador **Renato Braga Bettega**

EMENTA

Agravo de instrumento cível – Ação civil pública por ato de improbidade administrativa – Pedido de indisponibilidade cautelar de bens para assegurar futuro ressarcimento ao erário (art. 7º, lei 8429/92) – Agente público que assume a presidência da câmara legislativa de Mandaguari e promove licitação para encerrar ilegalidade da gestão sucedida – Manutenção do contrato anterior pelo tempo necessário visando assegurar a continuidade da prestação de serviços essenciais ao órgão legislativo – Processo que não apresenta fortes indícios

de danos ao erário decorrentes de improbidade administrativa – Recurso a que se dá provimento para o fim de determinar o desbloqueio de bens do agravante. Vistos estes autos de agravo de instrumento cível n. 0024941-32.2019.8.16.0000, da vara da fazenda pública de Mandaguari, em que é agravante J. T. e agravado Ministério Público do Estado do Paraná.

I – RELATÓRIO

Trata-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público do Estado do Paraná em face de J. T., E. G. M. Jr., P. R. N. e Cecamsis – Sistemas de Informática Ltda. – ME. Em linhas gerais, o MP-PR afirma que instaurou o Inquérito Civil MPPR – 0082.16.000207-5 para apurar a prática de uma série de ilegalidades perpetradas por diversas pessoas que atuavam perante a Câmara Municipal de Mandaguari / PR no período de 2006 a 2012, dentre elas o réu E., que era sócio / gerente “de direito” e / ou “de fato” das empresas CECAM e Cecamsis. Esclarece que os fatos foram apurados e são objeto da ação civil pública n. 0000775-94.2019.8.16.0109

que tramita perante a Vara da Fazenda Pública de Mandaguari. Informa que o réu E. foi aprovado em concurso público para o cargo de Técnico em Contabilidade de Mandaguari no ano de 2010 e, mesmo assim, continuou a ser beneficiado com contratações ilegais até o ano de 2013. Para apurar tais fatos, foi instaurado o Inquérito Civil MPPR 0082.19.000025-5, que dá suporte à presente ação civil pública. Assevera que, por meio do Ofício 25/2019, requisitou à Câmara Municipal de Mandaguari o processo licitatório, de dispensa ou de inexigibilidade de licitação para a contratação da empresa Cecamsis no ano de 2013, bem como cópia do contrato ou termo aditivo. Em resposta, por meio do Ofício 013/2019, o atual Presidente da Câmara Municipal respondeu que nada foi encontrado. Argumenta que a contratação apresenta inúmeras ilegalidades, na medida em que: a) o réu J., então Presidente da Câmara Municipal, dispensou indevidamente a licitação, já que os valores pagos, no importe de R\$ 27.100,00 (vinte e sete mil e cem reais), superaram em muito o limite legal para dispensa de licitação; b) o réu E. é servidor efetivo da Câmara Municipal desde 2010 e, portanto, sua empresa não poderia ter celebrado o contrato com este órgão, consoante art. 9º, III da Lei 8666/93; c) os contratos administrativos não podem ser celebrados verbalmente, salvo no

caso da exceção do art. 23, II, “a” da Lei 8.666/93 (pequenas compras para pronto pagamento), o que não é o caso; d) o próprio réu E., como Técnico em Contabilidade, atestava a regularidade dos serviços prestados pela sua própria empresa; e) de Janeiro a Outubro de 2013, sempre nos primeiros dias de cada mês, o réu E. emitia a Nota Fiscal de prestação de serviços de sua empresa CECAMSIS, pela suposta locação de softwares à Câmara Municipal de Mandaguari. No mesmo dia de emissão da NF, os réus J. (Presidente da Câmara) e P. (1º Secretário) assinavam as notas de empenho, mesmo cientes de que o serviço estava sendo remunerado precocemente; f) por meio do Pregão Presencial 003/2013, a Câmara Municipal de Mandaguari contratou a empresa Elotech Informática e Sistemas LTDA. para execução de serviços de “implantação de sistema integrado de gestão pública (locação, instalação e manutenção de programas aplicativos – software) nas áreas de contabilidade, orçamento, tesouraria, prestação de contas, folha de pagamento, patrimônio, compra e licitações, frotas e portal da transparência”. Como o contrato foi assinado em 24/06/2013, não havia nenhuma razão para a contratação da empresa CECAMSIS; g) a empresa CECAMSIS não poderia participar de licitações e / ou prestar serviços à entes públicos por ter débitos com

o Município de Maringá. Neste panorama, o MP-PR afirma que a ré CECAMSIS e o seu representante E. enriqueceram-se ilicitamente, devendo, por isto, serem condenados na forma do artigo 9º, *caput* e inciso XI da Lei de Improbidade Administrativa. Assevera, ainda, que os réus J., P. e E. causaram prejuízos ao erário, devendo, por isto, serem responsabilizados na forma do art. 10, *caput* e incisos I e XII da Lei de Improbidade Administrativa. Ao mesmo tempo, destaca que todos os réus praticaram atos de improbidade que atentam contra os princípios que regem a Administração Pública, devendo, assim, serem responsabilizados na forma do artigo 11, *caput* e inciso I da LIA. Ademais, para o fim de assegurar o ressarcimento dos danos, o MP-PR requereu, liminarmente, a indisponibilidade de bens dos réus no importe de R\$ 27.100,00 (vinte e sete mil e cem reais) – de cada um. Pelo MM. Juiz Max Paskin Neto, o pedido liminar foi deferido, com os seguintes fundamentos: 2. Para apuração dos fatos, houve a instauração de procedimento preparatório (Inquérito Civil MPPR-0082.16.000207-5). Os pedidos liminares, de indisponibilidade de bens merecem ser deferidos. Verifico que pretensão se amolda ao conceito de tutela de urgência, sendo uma das modalidades da tutela provisória prevista no artigo 294 e seguintes do Código de Processo

Civil. As tutelas provisórias (de urgência e de evidência), vieram sedimentar a teoria das tutelas diferenciadas, que rompeu com o modelo neutro e único de processo ordinário de cognição plena. São provisórias porque as possibilidades de cognição do processo ainda não se esgotaram, o que apenas ocorrerá no provimento definitivo. No caso dos autos a cognição sobre os pedidos e os fundamentos da demanda precisa ser sumária porque não há tempo para fazê-lo de forma mais aprofundada, em razão da urgência. Os requisitos da tutela de urgência estão previstos no artigo 300 do CPC, sendo eles: probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Compulsando os autos verifico que os fundamentos apresentados pela parte são relevantes e amparados em prova idônea, permitindo-se chegar a uma alta probabilidade de veracidade dos fatos narrados, uma vez que o inquérito civil indica possíveis ilegalidades perpetradas por diversas pessoas que atuavam perante a Câmara Municipal de Mandaguari/PR no período de 2006 a 2012. Por meio dos documentos juntados aos autos (movimentos 1.2/1.98), especialmente o inquérito civil, cuja cópia consta nos movimentos 1.33/1.39, observa-se a possibilidade de ocorrência de dispensa indevida de licitação, nos exercícios financeiros informados pelo Ministério Público. O artigo 37, § 4º, da

Constituição Federal, dispõe que “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Por sua vez, estabelece o artigo 7º, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992, que “Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado”, bem como que “A indisponibilidade que se refere o *caput* deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito”. E ainda, prevê o artigo 16 da Lei n. 8.429/1992 que “Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilícitamente ou causado dano ao patrimônio público”. Já o provável perigo ocorre quando não se pode aguardar a demora normal do desenvolvimento da marcha processual. No caso em apreço o quesito está presente apenas em relação ao

pedido de bloqueio de bens. Isso porque, trata-se de discussão acerca de altos valores, que, evidentemente, poderia gerar prejuízos ao erário, em caso de eventual condenação sem liquidez dos executados, resultando em prejuízos para toda população. De mais a mais, os bloqueios dos bens não equivalem à transmissão da propriedade, tratando-se de medida proporcional a fim de garantir eventual condenação, com constrição do direito à propriedade, de forma mínima. Por fim, em atenção ao § 3º do artigo 300 do CPC que fixa o requisito negativo, verifico que os efeitos da medida de urgência não são irreversíveis, sendo possível restituir as partes ao *status quo ante*, a qualquer tempo, uma vez que a medida que determinou o bloqueio de bens pode ser alterada, havendo comprovação em sentido diverso, bem como pode haver condenação dos requeridos pelos valores dos repasses requeridos em liminar, sem prejuízo do erário. Em razão disso, presentes os requisitos do art. 300 e art. 301, ambos do Código de Processo Civil, defiro o pedido de antecipação da tutela requerida (...). Inconformado com a decisão, o réu J. interpôs agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo. Em suma, argumenta que: a) foi eleito vereador nas eleições de 2012 e, anteriormente, não havia exercido mandato eletivo ou ocupado cargo público. Portanto, desconhe-

cia as circunstâncias em que a CECAMSIS fora contratada, assim como o exercício do cargo de técnico em contabilidade por E. b) ao tomar posse, foi eleito Presidente da Câmara Municipal de Mandaguari para o biênio 2013 / 2014. No primeiro ano, uma das primeiras medidas administrativas foi a abertura de licitação para a contratação de empresa visando o fornecimento de software de gestão, em substituição à empresa CECAMSIS. c) houve a necessidade de migração de dados da antiga base da CECAMSIS para a nova contratada, ELO-TECH. Por isto, o contrato do antigo fornecedor (CECAMSIS) foi mantido até que ultimado o procedimento de migração e checagem da consistência dos dados. d) as contas públicas da Câmara Municipal de Mandaguari referentes ao ano de 2013 foram aprovadas pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná. e) com o advento da Lei 13.655/18, não mais se admite a responsabilização do agente público por improbidade administrativa na modalidade culposa. À sequência 6.1 dos autos o pedido liminar foi concedido, determinando-se o desbloqueio de bens até segunda ordem. Intimado, o agravado ofereceu contrarrazões (mov. 14.1), sustentando a necessidade de ser decretada a indisponibilidade de bens do agravante como forma de assegurar o futuro ressarcimento ao erário. Ato contínuo, a douta Pro-

curadoria-Geral de Justiça apresentou parecer pelo conhecimento e desprovemento do recurso. Em suma, ponderou que, “ainda que o agravante tenha tomado conhecimento da irregularidade da contratação anteriormente realizada apenas no ano de 2013, quando do início do seu mandato, houve ao menos sua expressa concordância na manutenção dessas irregularidades quando do aditamento”. No mais, defendeu que a promulgação da Lei n. 13.655/2018 não modificou o art. 10 da Lei de Improbidade administrativa, persistindo a possibilidade de responsabilização do agente público na modalidade culposa por danos causados ao erário. É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Conheço do recurso, porque presentes os seus pressupostos de admissibilidade. A decisão impugnada (mov. 9.1), que decretou a indisponibilidade de bens do agravante, encontra disciplina no artigo 7º, *caput* e parágrafo único da Lei 8.429/92, *in verbis*: Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado. Parágrafo único. A indisponibilidade de a que se refere o *caput* deste artigo recairá sobre bens que assegu-

rem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito. A decisão de indisponibilidade de bens reclama a presença concomitante de determinados requisitos, a saber: a) fortes indícios sobre o cometimento do ato administrativo ímprobo; b) fortes indícios de danos ao erário decorrentes do ato administrativo ímprobo. Por outro lado, o esvaziamento patrimonial do agente público não é um requisito necessário para a decisão de indisponibilidade de bens, já que o “*periculum in mora*”, em casos tais, encontra-se implícito no art. 7º, *caput* e parágrafo único da LIA. Em sede de Recurso Especial Representativo da Controvérsia (REsp n. 1.366.721/BA), o Superior Tribunal de Justiça assim decidiu: “Processual civil e administrativo. Recurso especial repetitivo. Aplicação do procedimento previsto no art. 543-C do CPC. Ação civil pública. improbidade administrativa. cautelar de indisponibilidade dos bens do promovido. decretação. requisitos. exegese do art. 7º da Lei n. 8.429/1992, quanto ao *periculum in mora* presumido. Matéria pacificada pela colenda primeira seção. 1. Tratam os autos de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal contra o ora recorrido, em virtude de imputação de atos de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/1992). 2. Em questão

está a exegese do art. 7º da Lei n. 8.429/1992 e a possibilidade de o juízo decretar, cautelarmente, a indisponibilidade de bens do demandado quando presentes fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato ímprobo que cause dano ao Erário. 3. A respeito do tema, a Colenda Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 1.319.515/ES, de relatoria do em. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator para acórdão Ministro Mauro Campbell Marques (DJe 21/9/2012), reafirmou o entendimento consagrado em diversos precedentes (...) de que, “(...) no comando do art. 7º da Lei 8.429/1992, verifica-se que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o *periculum in mora* implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição, segundo a qual ‘os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível’. O *periculum in mora*, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquan-

to esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92. Assim, a Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes trâfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do *periculum in mora* (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art. 789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido”. 4. Note-se que a compreensão acima foi confirmada pela referida Seção, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.315.092/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 7/6/2013. 5. Portanto, a medida cautelar em exame, própria das ações regidas pela Lei de Improbidade Administrativa, não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimô-

nio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o *periculum in mora* encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa, sendo possível ao juízo que preside a referida ação, fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado, quando presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa. 6. Recursos especiais providos, a que restabelecida a decisão de primeiro grau, que determinou a indisponibilidade dos bens dos promovidos. 7. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8º da Resolução n. 8/2008/STJ.” (STJ, Resp n. 1.366.721/BA, Rel. Min. Og Fernandes, Primeira Seção, DJe 19.09.2014). Atentaaao posicionamento da Corte Superior, esta Câmara assim vem decidindo: “Agravo de instrumento. Ação civil pública por improbidade administrativa. Recebimento irregular de diárias pagas. Quebra de sigilo bancário e fiscal. Indisponibilidade dos bens. Inépcia da petição inicial. Descrição dos atos praticados. Capitulação contida na inicial decorre logicamente da descrição. Inquérito civil. Justa causa para o recebimento da petição inicial. Indícios da ocorrência de ato ímprobo. Presença do *fumus boni iuris*. *Periculum in mora* implícito no art. 7º da lei 8.429/92. Para a decretação da

indisponibilidade de bens em ação por ato de improbidade administrativa, basta que se demonstre a presença do *fumus boni iuris*, que engloba a plausibilidade dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido inicial, pois, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o *periculum in mora* está implícito no comando normativo do art. 7º da Lei 8.429/92. Recurso não provido.” (TJPR, AI n. 1204635-4, Rel. Nilson Mizuta, Quinta Câmara Cível, DJe 07.08.2015). Ademais, os fortes indícios de improbidade administrativa, que causam danos ao erário, devem decorrer de uma conduta dolosa do agente público. Isto porque, desde o advento da Lei 13.655/2018, não mais se admite a responsabilização do agente público na modalidade culposa. Diante da novidade legislativa, as Câmaras de direito público (4ª e 5ª) deste Tribunal conferiram nova redação ao enunciado de número 10: enunciados de precedentes interpretativos do Superior Tribunal de Justiça e das 4ª. e 5ª. Câmaras cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Enunciado n. 10 «O artigo 10 da Lei 8.429/1992 foi alterado pela Lei 13.655/2018, não mais sendo admitida a caracterização de ato de improbidade administrativa que cause lesão ao erário na modalidade culposa». Referências: Interesse público. Alteração da LINDB revoga parcialmente Lei de Improbidade

Administrativa; Lei 13.655/18 recentemente introduziu disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público (artigos 20 a 30) no corpo da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei 4.657/42). Uma vez compreendida a matéria (indisponibilidade cautelar de bens), passo a examinar o caso concreto. Primeiramente, é de transcendental importância destacar que o MP-PR busca, com a presente ação, o ressarcimento ao erário de R\$ 27.100,00 (vinte e sete mil e cem reais) pagos pela Câmara Municipal de Mandaguari à empresa Cecamsis no período compreendido entre Janeiro e Outubro de 2013, a partir dos fatos apurados por meio do IC 0082.19.000025-5. A decisão guerreada (mov. 9.1), em aparente equívoco, determinou a indisponibilidade de bens do agravante por verificar, no IC 0082.16.000207-5, possíveis ilegalidades cometidas pelos réus no período compreendido entre 2006 e 2012. Pois bem. Após minuciosa análise dos argumentos articulados pelas partes, entendendo que o recurso merece provimento, conforme passo a explicar. É fato incontroverso dos autos que o agravante assumiu a presidência da Câmara Municipal de Mandaguari em 2013. Como o agravante não tinha nenhum vínculo com o ente federado, afigura-se razoável a afirmação de que ele

não tinha ciência sobre as circunstâncias em que se deram as contratações da empresa CECAMSIS com a Câmara Municipal (a primeira delas no ano de 2007). Ao assumir a chefia do Poder Legislativo municipal, provavelmente por verificar que a contratação da empresa Cecam-sis não tinha sido precedida de licitação, o agravante deu início a procedimento licitatório para contratação de outra empresa que oferecesse o mesmo serviço. Cuida-se do Pregão Presencial n. 003/2013, que resultou na contratação da empresa Elotech Informática e Sistemas LTDA. (mov. 1.7). O aditamento do contrato preexistente com a empresa Cecam-sis para vigência no ano de 2013, enquanto tramitava o procedimento licitatório (Pregão Presencial 003/2013), é bastante compreensível, na medida em que a Câmara Municipal de Mandaguari não poderia ficar sem aqueles relevantes serviços (fornecimento de software para as áreas de contabilidade, orçamento, tesouraria, prestação de contas, folha de pagamento, patrimônio, compras e licitações, frotas e portal da transparência). Neste panorama, não se verificam indícios sobre o cometimento de ato de improbidade administrativa pelo agravante, que foi o responsável por abrir procedimento licitatório visando encerrar uma ilegalidade da gestão anterior. Mas tudo, evidentemente, sem provocar o colapso da admi-

nistração. E não é só. Mesmo que o aditamento do contrato da empresa Cecam-sis para o ano de 2013 fosse ilícito, os valores que ela recebeu não deveriam ser ressarcidos, pois os serviços incontrovertidamente foram prestados e devem ser remunerados. É de fundamental importância destacar que os valores contratados com a empresa Cecam-sis, no importe de R\$ 2.480,00 (dois mil, quatrocentos e oitenta reais) mensais, não estão acima dos valores praticados no mercado, tanto é verdade que a empresa Elotech, vencedora do procedimento licitatório (Pregão Presencial 003/2013), receberá R\$ 6.000,00 (seis mil reais) pela implantação dos sistemas e mais R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) mensais pela execução dos serviços (mov. 1.7). Ambos os precedentes invocados pelo MP-PR em sua inicial (o primeiro do Tribunal gaúcho e o segundo do Tribunal paranaense) revelam casos em que os agentes públicos foram condenados ao ressarcimento ao erário por permitir a contratação de produtos ou serviços superfaturados, o que não é o caso dos autos. Ademais, em sede de cognição sumária, não comporta acolhimento a alegação do “parquet” de que a empresa Cecam-sis recebeu valores para a prestação de serviços que já competiam à empresa Elotech. Na verdade, a primeira foi sucedida pela segunda, de modo que ambas não prestaram

serviços conjuntamente. Sendo assim, por não verificar a presença de fortes indícios sobre o cometimento de improbidade administrativa (pressuposto necessário à decretação cautelar de indisponibilidade de bens), voto no sentido de ser dado provimento ao recurso, confirmando a decisão de sequência 5.1 – TJ que ordenou o desbloqueio de bens do agravante.

III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, acordam os Desembargadores da 5ª Câmara

Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, por unanimidade de votos, em julgar conhecido e provido o recurso de J.T. O julgamento foi presidido pelo Desembargador Leonel Cunha, sem voto, e dele participaram Desembargador Renato Braga Bettega (relator), Desembargador Nilson Mizuta e Desembargador Carlos Mansur Arida.

23 de setembro de 2019

Desembargador Renato Braga Bettega

Relator

CIVIL

RETENÇÃO DE 70% SOBRE O MONTANTE PAGO PELO ADQUIRENTE EM CONTRATO DE COMPRA E VENDA É ILEGAL

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Apelação Cível n. 0003159-64.2018.8.16.0109

Órgão Julgador: 4a. Câmara Cível

Fonte: DJ, 09.10.2019

Relator: Desembargador **Abraham Lincoln Calixto**

EMENTA

Direito civil. Apelação cível. Ação de rescisão contratual. Compromisso de compra e venda de imóvel. Distrato proposto pela

vendedora. Danos morais. Não configuração. Cláusula que estabelece a retenção de 70% (setenta por cento) sobre o montante pago pelo adquirente. Ilegalidade. Entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça. Retenção que deve recair sobre 25% (vinte e cinco por cento) considerando as particularidades do caso concreto e o valor pago. Vedação de cumulação de retenção e multa contratual, com exclusão desta. Pleito de indenização pelo tempo em que o terreno esteve na posse do promissário comprador e de IPTU. Descabimento. Percentual de retenção fixado que já abrange tais verbas. Juros moratórios fixados na sen-

tença desde a prolação da sentença. Impossibilidade. Termo inicial que deve incidir a partir do trânsito em julgado. Recursos parcialmente providos. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0003159-64.2018.8.16.0109, do Foro Regional de Mandaguari da Comarca da Região Metropolitana de Maringá – Vara Cível, em que figura como apelantes W. B. dos S. G. e B.M.W. Empreendimentos Imobiliários Ltda e apelados os mesmos.

I. RELATÓRIO

1. Trata-se de recursos de Apelação Cível interposto por W. B. dos S. G. e B.M.W. EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA contra a r. sentença de mov. 72.1, que, na Ação de Resolução de Compromisso de Compra e Venda de Imóvel, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais nos seguintes termos: “[...] JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a pretensão inicial para o fim de: a) decretar a rescisão do contrato de compra e venda, referente ao Lote n. 18, da Quadra n. F, localizado no loteamento denominado “Jardim Oasis”, entabulado entre as partes na data de 02 de setembro de 2013, e; b) condenar a ré ao pagamento do percentual de 2% (dois por cento) sobre o montante pago, a título de multa rescisória. O valor deverá ser corrigido monetariamente segundo o INPC e acrescido de juros de

mora de 1% a contar da citação.” Ainda, igualmente julgou parcialmente procedentes os pedidos reconventionais, *verbis*: “[...] JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pleito reconvenicional, com resolução do mérito, com fulcro no art. 487, I, do CPC, para o fim de: a) determinar que a parte autora/reconvinda devolva a totalidade do valor adimplido à parte reconvinte/ré, autorizando o desconto do valor devido à título de multa de 2%; b) julgo improcedente os pedidos relativos a condenação da autora/reconvinda no pagamento de perdas e danos e indenização por danos morais.” Pela sucumbência, condenou as partes ao pagamento das despesas e custas processuais, bem como dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) do proveito econômico obtido com a devolução dos valores em favor do réu/reconvinte e em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa em favor da autora/reconvinda. 2. Nas razões recursais de mov. 109.1, o apelante W. B. dos S. G. requer preliminarmente, a concessão dos benefícios da gratuidade da justiça, e, no mérito, a reforma do *decisum*, explicando que firmou com a recorrida compromisso de compra e venda do imóvel lote n. 10-A do loteamento, Jardim Oasis, Município de Mandaguari/PR. Aduz que a rescisão do contrato se deu por culpa da recorrida diante da onerosidade excessiva do

contrato e que, com a redução da cláusula penal de 70% (setenta por cento) do montante pago para 2% (dois por cento), a procedência dos pedidos reconventionais foi total, devendo os valores serem restituídos integralmente. Alega que a falta de informação adequada e clara na pactuação enseja a total procedência de seus pleitos e que com a falta de regularização de infraestrutura do loteamento e de alvará para construção no terreno, é cabível a indenização por danos morais. Defende a necessidade de nova fixação da sucumbência e das custas processuais diante do acolhimento dos pedidos da parte, requerendo, ao final, o provimento do recurso a partir dos pontos expostos. 3. B.M.W. EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, por sua vez, apresentou apelação (mov. 115.1) defendendo a legalidade da devolução de 30% (trinta por cento) constante na cláusula quarta do contrato como forma de indenização pelos prejuízos suportados, ou que a retenção obedeça ao percentual de 25% (vinte e cinco por cento), conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Argumenta que o termo inicial da contagem dos juros moratórios no caso de restituição dos valores pagos é o trânsito em julgado da sentença condenatória e que o primeiro apelante deve restituir o percentual de 1% (um por cento) ao mês, referente ao preço atualizado do imóvel, em razão da frui-

ção do imóvel e inadimplemento, suscitando ainda que os débitos de IPTU do imóvel são de responsabilidade do apelado. Requer, ao final, o provimento do recurso a partir dos pontos elencados. 4. A apelada B.M.W. EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA apresentou contrarrazões no mov. 120.1 pelo desprovimento do recurso da parte adversa, ao passo que o apelado W. B. dos S. G. deixou o prazo transcorrer in albis, sem manifestação (mov. 121.0). É o relatório.

II. VOTO E SUA FUNDAMENTAÇÃO

1. Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto, observando que restam deferidos os benefícios da gratuidade da justiça ao apelante W.B. dos S. G. diante dos documentos juntados no mov. 109. 2. Cinge-se a controvérsia recursal em verificar o valor devido à apelante B.M.W. EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA em rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel, bem como da possibilidade de indenização de danos morais em favor do apelante W. B. dos S. G. 3. Os recursos merecem parcial provimento. 4. Consoante se infere da análise dos autos, em especial do documento acostado no mov. 1.5, as partes celebraram contrato de compromisso de venda e compra, em 10 de fevereiro de 2017, referente ao lote n. 10-A, quadra A, do Lo-

teamento Jardim Oásis, pelo valor de R\$ 59.827,20 (cinquenta e nove mil, oitocentos e vinte e sete reais e vinte centavos), parcelados em 1+119 (uma mais dezenove) parcelas de R\$ 498,56 (quatrocentos e noventa e oito reais e cinquenta e seis centavos), renegociadas posteriormente pelo aditamento de mov. 1.6 em virtude do inadimplemento do adquirente, que continuou mesmo após a renegociação. A vendedora então propôs a presente ação requerendo a resolução do contrato e a aplicação das cláusulas pertinentes aos encargos para que haja a restituição dos valores devidos. Na contestação de mov. 35.1 o adquirente defendeu a irregularidade na venda diante da inexistência de comprovação na implantação do loteamento perante os órgãos de fiscalização e controle da Prefeitura de Mandaguari e que a contratação e aditivção foram excessivamente onerosas, inviabilizando o adimplemento e impossibilitando a devolução de valores por ausência de culpa. Ao final da manifestação, pleiteou reconvenionalmente, em suma, a devolução dos valores pagos, a nulidade das cláusulas e condições contratuais ilegais, rescisão contratual e indenização por danos morais. 5. Inicialmente, não se pode olvidar que a vendedora se enquadra como fornecedora de bem imóvel, sendo perfeitamente aplicável a Lei n. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, ao caso

em apreço. Do mesmo modo, sobreleva registrar que a força obrigatória dos contratos é exceção e não prepondera, devendo prevalecer, máxime quando se trata de direito de consumidor, os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva. Sobre o tema, já não é nova a orientação do colendo Superior Tribunal de Justiça: “CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NORMA DE ORDEM PÚBLICA. DERROGAÇÃO DA LIBERDADE CONTRATUAL. O caráter de norma pública atribuído ao Código de Defesa do Consumidor derroga a liberdade contratual para ajustá-la aos parâmetros da lei (...)” (REsp 292942/MG, Relator Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ 07/05/01). Pensar o contrário, isto é, admitir a aplicação do princípio do pacta sunt servanda como argumento para afastar a apreciação pelo Judiciário das cláusulas apontadas como abusivas, seria permitir arbitrariedades, de modo que os fornecedores poderiam estipular qualquer espécie de avença ilegal, ideia esta que não guarda compatibilidade com a legislação consumerista e a nova ordem constitucional. 6. Em que pese as alegações do apelante W. G. sobre o dever de informação, estabelecido no artigo 6º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor, o inadimplemento se iniciou em outubro de 2017 conforme notificação de mov. 1.10 e somente após

o envio do referido documento, datado de 22 de março de 2018, informou que deixou de quitar as parcelas pactuadas em virtude de irregularidades constatadas pelo setor de obras da Prefeitura de Mandaguari (mov. 35.5). Nesse passo, é forçoso reconhecer que a rescisão ocorreu por sua culpa, pois não contestou as abusividades de cláusulas e condições antes de se tornar inadimplente e sequer realizou diligências para verificação da situação do imóvel na época da contratação. Oportuno colacionar a seguinte decisão deste e. Tribunal de Justiça, *verbis*: “Apelações cíveis – Ação de cobrança com pedido de indenização por perdas e danos e reconvenção – Compra e venda de imóvel – Pedidos principal e reconvenção julgados improcedentes. Apelação 01: do réu – Pretensão reformista fundada em alegada omissão maliciosa de fatos relevantes ligados ao imóvel adquirido – Inocorrência – Assunção expressa do dever de regularizar o imóvel adquirido – Falta de diligência do comprador quanto à verificação da regularidade da construção antes da consecução do negócio – Descumprimento contratual não evidenciado [...]” (TJPR – 6ª C. Cível – 0020967-72.2015.8.16.0017 – Maringá – Rel.: Desembargador Marques Cury – J. 18.06.2019) (g.n.) Desta forma, conforme se verá adiante, não há que se falar em procedência total

dos pedidos reconventionais. 7. Igualmente sem razão ao recorrente W. G. em sua pretensão de receber indenização por danos morais. Sobre o tema ensina Héctor Valverde Santana: “A configuração do dano moral não pressupõe o reconhecimento da dor por parte da vítima, mas a demonstração de um atentado aos direitos da personalidade. Porém, não é toda alteração anímica que caracteriza o dano moral, excluindo-se os eventos consequentes dos normais relacionamentos humanos, nem sempre fáceis ou prazerosos, mas que são identificados como meros aborrecimentos, contrariedades, dissabores do cotidiano e outras vicissitudes.” (in *Dano Moral no Direito do Consumidor* [livro eletrônico], 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019) Nesse passo, não se vislumbra a ofensa à psique ou à esfera social do primeiro apelante pela simples irregularidade na infraestrutura do loteamento, ressaltando que o mesmo teve influência direta na rescisão contratual pois, apesar da negativa da municipalidade, reiteradamente deixou de quitar as obrigações contratuais, o que afasta o nexo de causalidade. Logo, a mera alegação de dano sem atendimento aos requisitos do instituto não enseja indenização, como bem reconhecido na r. sentença, *verbis*: “Como já dito, o dano moral passível de ressarcimento é aquele que acarreta sofrimento

além do normal e não o mero aborrecimento. Os fatos relatados pelo autor, não se enquadram no conceito de dano moral, cujo substrato envolve a dor profunda e o sofrimento relevante. Percebe-se que ambas as partes se excederam e não souberam resolver o incidente. Não se caracterizou, no entanto, nenhuma ofensa digna de reparação”. *Mutatis Mutandis*, já decidiu essa e. Corte no mesmo sentido: “Direitos Civil e Processual Civil. Apelação cível em nominada “Ação de rescisão contratual, restituição de quantia paga e. Sentença de parcial procedência. Decisão que perdas e danos” rescindiu o contrato a pedido do consumidor e limitou da do retenção da promitente vendedora em 10% (dez por cento) valores atualizados e efetivamente pagos. (...) (4) inexistência de dano moral indenizável – ausência de prova de circunstância especial que deflagre a ocorrência de ofensa a direitos da personalidade do requerente. (...). Sentença parcialmente reformada. Recurso conhecido e parcialmente provido.” (TJPR – 6ª C. Cível – 0020247-37.2017.8.16.0017 – Maringá – Rel.: Desembargador Renato Lopes de Paiva – J. 18.09.2018) Desta forma, correto o entendimento da magistrada a quo ao afastar o pleito de danos morais formulado pelo primeiro recorrente. 8. Em relação à aplicação das cláusulas contratuais compensatórias, como cediço, nos termos da Súmu-

la n. 543 do Superior Tribunal de Justiça, deve ocorrer a devolução das parcelas pagas pelo promitente comprador em caso de resolução de contrato de compromisso de compra e venda de imóvel: “Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.” Nesse passo, a Corte Superior firmou entendimento que, apesar das disposições contratuais, a retenção em caso de inadimplemento do adquirente deve respeitar os percentuais de 10% (dez por cento) a 25% (vinte e cinco por cento), *verbis*: “Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Contrato de promessa de compra e venda de imóvel. Distrato. Devolução dos valores pagos. Retenção fixada em 10%. Possibilidade. Precedentes. Revisão do entendimento do acórdão recorrido. Análise de cláusulas e reexame de matéria fático-probatória. Descabimento. Súmulas n. 5 e 7 do STJ. Agravo desprovido. 1. A jurisprudência consolidada nesta Corte Superior é no sentido de que, em caso de resolução do compromisso de compra e venda por culpa do promitente comprador, é lícita a cláu-

sula contratual prevendo a retenção de 10% a 25% dos valores pagos. 2. O Tribunal a quo, com base na análise das peculiaridades da presente demanda e das cláusulas contratuais, fixou a retenção em 10% dos valores adimplidos, de modo que o reexame é medida inadmissível nesta instância extraordinária, nos termos das Súmulas n. 5 e 7 do STJ. 3. Agravo interno desprovido.” (AgInt no AREsp 1359159/ES, Terceira turma, Relator Marco Aurélio Bellizze, DJe 22/03/19) “Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Processual civil. Contrato de promessa de compra e venda de imóvel. Resolução. Retenção. Percentual de 10%. Razoabilidade. Agravo não provido. 1. A jurisprudência desta Corte de Justiça, nas hipóteses de rescisão de contrato de promessa de compra e venda por inadimplemento do comprador, tem admitido a flutuação do percentual de retenção pelo vendedor entre 10% a 25% do total da quantia paga. 2. (...)” (AgRg no AREsp 600.887/PE, Quarta Turma, Relator Ministro Raul Araújo, DJe 22/06/15). Nesse sentido, a cláusula quarta do contrato (mov. 1.5) previu a ilegal retenção de 70% (setenta por cento) dos valores pagos, caso em que a e. magistrada a quo aplicou tão somente, e de forma reduzida, a multa prevista na cláusula décima oitava no percentual de 2% (dois por cento). Todavia, conforme os entendimentos jurisprudenciais

colacionados, a retenção prevalece quando há cumulação com multa contratual, conforme entendimento desta e. Corte: “Ação declaratória c/c restituição de valores – Compromisso de compra e venda – Resolução – Retenção de arras – Legitimidade – Impossibilidade de cumulação com multa contratual – Prevalência das arras – Entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça – Cobrança de alugueres – Ausência de demonstração do débito – Sentença parcialmente reformada. Recurso conhecido e parcialmente provido.” (TJPR – 1ª Turma Recursal – 0027035-76. 2017. 8.16.0014 – Londrina – Rel.: Juiz Nestario da Silva Queiroz – J. 21.03.2018) Destarte, considerando as particularidades do caso em tela e o baixo valor adimplido pelo adquirente o percentual a ser retido pela B.M.W. Empreendimentos Imobiliários LTDA deve ser de 25% (vinte e cinco por cento), com a consequente exclusão da cláusula que estabelece multa compensatória. 9. Noutro ponto, não assiste razão à apelante B.M.W. em sua pretensão de receber indenização pelo tempo de fruição do imóvel e do valor devido a título de IPTU. Isso porque no percentual fixado anteriormente como retenção dos valores pagos já se compreende a indenização à promitente vendedora de todas as despesas ou prejuízos que possa ter suportado ante o desfazimento do negócio e pelo tempo em

que ficou sem a posse do imóvel. Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: “[...] A lei consumerista coíbe a cláusula de decaimento que determine a retenção do valor integral ou substancial das prestações pagas por consubstanciar vantagem exagerada do incorporador. 3. Não obstante, é justo e razoável admitir-se a retenção, pelo vendedor, de parte das prestações pagas como forma de indenizá-lo pelos prejuízos suportados, notadamente as despesas administrativas realizadas com a divulgação, comercialização e corretagem, além do pagamento de tributos e taxas incidentes sobre o imóvel, e a eventual utilização do bem pelo comprador.” (REsp n. 1.132.943/PE, Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJ 27/09/13). E, também, desse e. Tribunal de Justiça: “[...] A retenção do percentual de 10% do valor total pago, já determinada em Autos n. 0004384-97.2017.8.16.0160 sentença, possui natureza indenizatória e compensatória por eventual utilização do bem, o que impede a sua cumulação com alugueres indenizatórios.” (Apelação n. 0004384-97.2017.8.16.0160, 17ª. Câmara Cível, Relatora Desembargadora ROSANA AMARA GIRARDI FACHIN, DJ 29/04/19). Ademais, como a propriedade do imóvel retornará integralmente à titularidade da segunda recorrente ante o desfazimento do negócio, poderá ser no-

vamente comercializada permitindo-se a obtenção de lucro. Especificamente quanto ao IPTU, não é demais esclarecer que a apelante B.M.W. não demonstrou ter feito qualquer pagamento à Administração que eventualmente pudesse gerar direito de regresso e ainda que futuramente possam surgir obrigações tributárias referentes ao período em que o apelante esteve na posse do imóvel, não é possível prolatar sentença condicional. Desse modo, não há falar no acréscimo de outras verbas indenizatórias ao percentual de retenção já fixado pelo presente acórdão. 10. Ainda, tenho que melhor sorte assiste à segunda apelante B.M.W. no que se refere ao termo inicial de incidência dos juros moratórios. A despeito de o i. Magistrado singular ter determinado a fluência dos juros desde prolação da sentença, a jurisprudência assentou que tal encargo deve incidir desde o trânsito em julgado do *decisum*, porquanto da desistência do negócio por parte do comprador não decorre que a parte vendedora se encontrava anteriormente em mora. Nesse sentido, veja-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “[...] Os juros moratórios, na hipótese de resolução do compromisso de compra e venda de imóvel por iniciativa dos promitentes compradores, devem incidir a partir da data do trânsito em julgado, posto que inexistente mora anterior do promitente vendedor (...).”

(REsp n. 1.617.652/DF, Terceira Turma, Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ 29/09/17). “[...] em caso de rescisão do contrato de compromisso de compra e venda de imóvel por desistência dos adquirentes, na qual os autores pretendem a restituição das parcelas pagas de maneira diversa da cláusula penal pactuada, o termo inicial dos juros moratórios é o trânsito em julgado da decisão condenatória. Precedentes (...)” (AgInt no AREsp n. 1.296.227/SP, Terceira Turma, Relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, DJ 14/12/18). Essa e. Corte de Justiça perfilha do mesmo entendimento: “[...] Os juros moratórios, na hipótese de resolução do compromisso de compra e venda de imóvel por iniciativa dos promitentes compradores, devem incidir a partir da data do trânsito em julgado, posto que inexistente mora anterior do promitente vendedor (...)” (Apelação Cível n. 0055291-63.2016.8.16.0014, 17ª. Câmara Cível, Relator Desembargador LAURI CAETANO DA SILVA, DJ 25/04/19). Portanto, a r. sentença deve ser parcialmente reformada para modificar o termo inicial dos juros moratórios, que passa a ser desde o trânsito em julgado. 11. Por fim, considerando o acolhimento parcial dos argumentos das partes, resta prejudicado o pleito do apelante W. G. em relação aos honorários fixados na origem diante da necessidade de nova redistribuição

da sucumbência em sede recursal. 12. Tendo sido parcialmente procedentes os pedidos da apelante B.M.W. EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA quanto à retenção parcial de 25% (vinte e cinco por cento) e modificação do termo inicial dos juros moratórios e tendo o mesmo sucumbido quanto à retenção integral, percentual de fruição do imóvel e pagamento de IPTU, além do apelante W. G. ter sucumbido quanto aos seus pedidos, com exceção da nulidade cláusula de multa, a sucumbência foi recíproca, pelo que condeno as partes ao pagamento das custas e despesas processuais na proporção de 40% (quarenta por cento) em relação à apelante B.M.W. e nos 60% (sessenta por cento) restantes em relação ao apelante W. G. Nesta mesma proporção condeno as partes em honorários advocatícios ao patrono da parte contrária bem como dos honorários advocatícios, estes últimos fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 3º, inciso I, do Código de Processo Civil, tomando-se em consideração o grau de zelo, o lugar da prestação de serviço, a complexidade da causa e o tempo exigido para realização do trabalho pelos procuradores dos apelantes, restando suspensa a condenação do recorrente W. G. em virtude da concessão dos benefícios da gratuidade da justiça. 13. Forte em tais fundamentos, voto no sen-

tido de dar parcial provimento aos recursos de apelação cível, para os fins de declarar válida a retenção de 25% (vinte e cinco por cento) dos valores pagos pelo adquirente em favor da apelante B.M.W. EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, ajustar o termo inicial dos juros moratórios defendido pela vendedora e declarar nula a cláusula de multa compensatória conforme pleiteado pelo apelante W. G.

III. DISPOSITIVO

Acordam os Desembargadores integrantes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Esta-

do do Paraná, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento aos recursos de apelação, nos termos do voto e sua fundamentação. O julgamento foi presidido pelo (a) Desembargadora Regina Helena Afonso De Oliveira Portes, sem voto, e dele participaram Desembargador Abraham Lincoln Merheb Calixto (relator), Desembargadora Maria Aparecida Blanco De Lima e Desembargador Luiz Taro Oyama.

Curitiba, 01 de outubro de 2019.

DES. ABRAHAM LINCOLN
CALIXTO
RELATOR

CRIMINAL

MANTIDA CONDENAÇÃO EM CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS QUANDO ACERVO PROBATÓRIO É APTO PARA COMPROVAR AUTORIA E MATERIALIDADE

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Apelação Criminal n. 0000861-67.2018.8.16.0055

Órgão Julgador: 4a. Câmara Criminal

Fonte: DJ, 08.10.2019

Relator: Desembargador **Rui Bacellar Filho**

EMENTA

Apelação crime – Tráfico de drogas (Lei n. 11.343/06, art. 33) – Condenação – Recurso da defesa. Pretensão de absolvição – Improcedência – Suficiente comprovação da materialidade e da autoria do tráfico – Validade dos depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão – Comprovação suficiente da traficância – condenação mantida. Pedido de redução da pena base – improcedência – avaliação negativa das circunstâncias do crime – motivação idônea – validade da elevação da pena base em razão da natureza da droga, na forma prevista pelo ar-

tigo 42 da lei de drogas; avaliação negativa dos antecedentes do réu por meio de fundamentação idônea – réu condenado por fato anterior, com trânsito em julgado posterior – precedentes. Dosimetria penal escorreita – sentença mantida. Recurso não provido.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime n. 0000861-67.2018.8.16.0055, da Vara Criminal da Comarca de Cambará em que é apelante R.D.B.P. e é apelado o Ministério Público do Estado do Paraná.

RELATÓRIO

R.D.B.P. foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, acusado da prática de fatos descritos pela denúncia nos seguintes termos (mov. 28.2): “No dia 06 do mês de abril do ano de 2018, por volta das 21h15min, em via pública, na rua Pedro Covre, s/nº, bairro Ignez Panichi Hamzé, neste município e comarca de Cambará/PR, policiais militares surpreenderam o denunciado R.D.D.B.P. cometendo o crime de tráfico ilícito de drogas, pois ele, de forma consciente e voluntária, visando o cometimento do crime em comento, trazia consigo, 42 (quarenta e duas) pedras de ‘crack’, envoltas, cada uma delas, em papel alumínio, com peso total de 12g (doze gramas), devidamente preparadas e prontas para a venda, sendo que o mesmo, ao avistar os milícia-

nos, dispensou um maço de cigarros, no chão, o qual continha, em seu interior, a referida substância entorpecente. A droga acima referida, que é substância entorpecente, qual seja, o ‘crack’, causadora de dependência, conforme estabelece a Portaria nº. 344, de 12/05/1998, do Ministério da Saúde, estava junto com o denunciado, o que ensejou a sua prisão em flagrante.” A sentença (mov. 116.1) julgou procedente a denúncia para condenar o réu R.D.B.P. por infração ao artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, à pena de 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 700 (setecentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal. A d. Defesa interpôs apelação, em cujas razões (mov. 127.1) pretende a absolvição do acusado com amparo na premissa *in dubio pro reo*, sob o argumento de que não há provas da prática do crime de tráfico de drogas. Sustenta que “Diante da confirmação de que o local é utilizado por usuários e traficantes, não é possível afirmar com toda a certeza que aquela droga é realmente do Apelante, pois outra pessoa poderia ter evadido do local de deixado aquele maço de cigarros”. Alternativamente, para o caso de ser mantida a condenação, requer a fixação da pena base no mínimo legal. Requer seja dado provimento ao recurso. Em suas contrarrazões (mov. 135.1), o il. representante do Ministério Público junto à primeira

instância requer o não provimento do recurso. A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso (mov. 8.1/TJ).

VOTO

Trata-se de apelação interposta por R.D.B. P. em relação a sentença que o condenou por infração ao artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06. O recurso merece ser conhecido, uma vez que preenche os seus pressupostos de admissibilidade. A pretensão de absolvição do apelante não merece prosperar, uma vez que, ao contrário do alegado nas razões recursais, existem nos autos provas suficientes para a manutenção do decreto condenatório. A materialidade do crime de tráfico e a autoria dos fatos pelo réu resultaram devidamente comprovadas por meio do auto de prisão em flagrante (mov. 1.2), do auto de exibição e apreensão (mov. 1.6), do auto de constatação provisória de droga (mov. 1.8), da fotografia (mov. 1.9), do boletim de ocorrência (mov. 1.14), do laudo toxicológico definitivo (mov. 93.1) e da prova oral produzida. Em audiência de instrução e julgamento o réu afirmou que (mov. 143.4): essa droga não era minha; eu estava de tornozelo e estava morando com a minha esposa na mesma rua em que eles me abordaram; eu tinha ido buscar umas coisas para a minha enteada e no que eles desceram com a viatura

eu me desesperei, sim, porque eu estava de tornozelo e a minha meta era só cinquenta metros; como eu tinha ido buscar remédio porque ela estava doente, eles me abordaram; no que me abordaram na rua, tinha mais de oito pessoas ali, me levaram para o batalhão, desligaram a luz e me bateram; até a minha orelha chegou a rasgar na época, foi o L. G. que bateu em mim; já faz tempo que os dois policiais vêm de marcação para cima de mim; toda vez que eles me veem eles me param, seja na rua ou em qualquer lugar, mas não sei a razão; o L.G. começou a bater em mim na rua desde a primeira vez que me prendeu, dizendo que eu tinha roubado uma televisão, que até a testemunha falou que não era a televisão dela; eu fiquei nervoso porque estava de tornozelo e porque não fazia nem seis dias que eu tinha saído da cadeia. Apesar da negativa do réu com relação à traficância, os depoimentos dos agentes públicos responsáveis pela apreensão da substância entorpecente revelam satisfatoriamente a prática do crime de tráfico pelo acusado. O policial militar A.T.R. declarou em Juízo (mov. 100.2): a gente estava patrulhando o bairro Ignez, mais precisamente ali em um local que é bem conhecido pela prática do tráfico de drogas, inclusive a gente já realizou algumas prisões no mesmo local em que o Rafael foi pego; em uma esquina antes de onde a

gente estava, a gente virou a viatura e, nesse primeiro momento, eu acho que ele não viu a gente; ele viu quando a gente já estava bem próximo, cerca de vinte metros mais ou menos; aí ele ficou nervoso, tentou correr e a gente viu ele jogar alguma coisa no chão, um pacote branco; a gente deu voz de abordagem; fizemos a revista primeiramente nele e não foi achado nada de ilícito; procurado ali próximo aonde ele jogou, foi achado um maço de cigarro que se eu não me engano tinha “quarenta e poucas pedras de crack” que já estavam embaladas em papel alumínio; a gente deu voz de prisão e encaminhamos ele para fazer o boletim e posteriormente ir para a delegacia; já havia informações de que ele traficava; ele já havia sido preso anteriormente; não me recordo se ele estava de tornozeleira, eu acredito que não; essas informações dele são desde quando eu vim trabalhar em Cambará; sobre essa situação ele alegou que não era dele e que não tinha nada a ver com ele, mas foi nítido, a gente viu ele jogando; eu vi ele jogando; (...) no momento da abordagem só tinha ele no local; tinha mais pessoas, só que mais para frente, ali no local onde ele estava, só tinha ele; eu tenho certeza que o maço de cigarro era dele, eu vi ele jogar o pacote; não tinha outra coisa ali, outro lixo parecido, só tinha aquilo; ele só dispensou, estava uns cinco metros dele. No mesmo sen-

tido foram as declarações do policial militar Luiz Guilherme de Souza Pinto que, quando ouvido em Juízo, disse (mov. 100.3): no dia em questão a gente estava realizando patrulhamento no bairro Ignez em uma esquina da Arminio Age com a Pedro Covre, que há anos é bastante frequentada por usuários e é ponto de tráfico de drogas; quando a gente viu a pessoa do R. no local, ele demonstrou grande nervosismo e, quando a gente se aproximou dele, ele dispensou algo; foi dado voz de abordagem, feito buscas nele; não foi encontrado nada e no local onde ele dispensou foi encontrado quarenta e duas pedras de crack já prontas para venda; já havia notícias de que ele traficava; (...) tenho 100% de certeza de que ele jogou a embalagem; existiam mais pessoas na rua, não eram muitas, acho que mais duas pessoas; eu vi ele dispensando a droga. Veja que os dois policiais foram categóricos a atestar que viram o ora apelante dispensar o objeto que, mais tarde, foi localizado como embalagem para o crack apreendido. Os depoimentos prestados por policiais responsáveis pela apreensão de substâncias entorpecentes merecem total credibilidade, pois gozam de presunção de veracidade, em especial porque, no caso, nada nos autos indica a intenção de prejudicar inocente. Além disso, os depoimentos dos policiais são harmônicos entre si, sem apresentar contradições so-

bre os detalhes da abordagem ou da ocorrência do crime. Portanto, como não há razão para considerar indignas de confiança as palavras dos policiais, estas devem ser tidas por válidas para respaldar a condenação. Nesse sentido: “Penal e Processual Penal. Apelação crime. Tráfico ilícito de drogas. Sentença de parcial procedência. Recurso da defesa. Preliminar. Veículo apreendido no curso da ação penal. Apelante que não é parte legítima para pleitear a restituição de bem de propriedade de terceiro. Preliminar. Ausência de justa causa e inépcia da denúncia. Não ocorrência. Peça inicial suficiente para a instauração da ação penal. Superveniência de sentença condenatória que afasta a alegação. Mérito. Pleito absolutório e desclassificatório. Inviabilidade. Provas sólidas e robustas a bem demonstrar a autoria e materialidade do delito de tráfico de entorpecentes. Negativa de autoria isolada nos autos. Depoimento dos policiais militares que atuaram no feito. Validade. Elementos probatórios. Existência de narcodenúncias. Apreensão de significativa quantidade de “crack”. Delito que se consuma com a prática de qualquer verbo do núcleo do tipo. Tipo doloso congruente. Condição de usuário que não afasta a prática do crime de tráfico. Condenação mantida. Dosimetria. Causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do artigo 33, da lei n.

11.343/06. Impossibilidade. Amplo lastro cognitivo demonstrando que os inculpadados se dedicam à atividade criminosa. Ausência de requisito objetivo inarredável para a incidência da benesse. Reprimenda mantida. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido, com determinação para que o juízo de origem, esgotada a instância ordinária, providencie o início da execução provisória da pena imposta aos apelantes. I (...) IV – Os elementos probatórios coligidos aos autos são fortes e suficientes para produzir a certeza necessária para dar respaldo ao decreto condenatório, não pairando dúvidas sobre a materialidade e autoria do delito de tráfico de drogas previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. V – É assente nesta Corte o entendimento de que são válidos os depoimentos de policiais militares em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito. VI – O delito de tráfico de drogas consuma-se com a prática de qualquer um dos núcleos do tipo, já que se trata de crime plurinuclear, de ação múltipla ou de conteúdo variado. VI – O fato de o acusado ter se declarado usuário de drogas ilícitas, não constitui, por si só, elemento suficiente para descaracterizar a narcotraficância, porquanto a condição de usuário não é incom-

patível com a comercialização dos entorpecentes. (...) VIII – Tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal restaurou o tradicional entendimento, no sentido de que a cumprimento provisório da pena imposta em acórdão penal condenatório, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência, determino ao Juízo de origem que, exaurida a instância ordinária, providencie o início da execução provisória da pena imposta ao sentenciado, com a expedição ou retificação do mandado de prisão e da guia de recolhimento provisória.” (TJPR, 4ª CCR, AC 0001107-50.2017.8.16.0103, Rel. Des. Celso Jair Mainardi, DJPR 22/06/2018). “Apelação crime. Tráfico de drogas (ART. 33 *Caput* e § 4º da Lei 11.343/2006). Insurgência da defesa. Pleito absolutório da apelante 2. Pleito desclassificatório do apelante 1 Para o artigo 28 da Lei 11.343/2006. Impossibilidade. Conjunto fático-processual que demonstra a prática de atos de traficância. Prática do tráfico atestada pelos depoimentos coerentes e harmônicos dos policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante. Validade de depoimento testemunhal de servidor policial. Versão apresentada pela apelante 2 totalmente dissociada do conjunto probatório. Quantidade de droga apreendida que se mostra incompatível ao uso. Pleito desclassificatório do

apelante 1 não cabível. Consumação do crime de tráfico comprovada. Recurso conhecido e improvido.” (TJPR, 4ª CCR, AC 0000984-83.2014.8.16.0062, Rel. Juiz Antônio Carlos Ribeiro Martins, DJPR 11/09/2018). Como se pode ver, os depoimentos dos agentes públicos responsáveis pela prisão em flagrante revelam, de forma satisfatória, a prática do crime pelo apelante, estão em perfeita consonância com os documentos constantes dos autos e são uníssonos quanto à prática criminosa. Ressalte-se que a prova do tráfico deve ser apreciada em seu conjunto, sem desprezo aos depoimentos de policiais nem a outros indicativos que levem a concluir pela responsabilidade penal da pessoa acusada. E as palavras dos policiais militares são corroboradas pelo auto de exibição e apreensão (mov. 1.6) que revela a apreensão de um total de 12g (doze gramas) de crack, divididos em 42 (quarenta e duas) porções prontas para a venda (cf. fotografia de mov. 1.9). Rememore-se que os policiais informaram que o réu demonstrou um certo nervosismo no momento em que visualizou a viatura e que, ao se aproximarem, viram que ele dispensou uma carteira de cigarro em um local próximo. Disseram que após efetuarem a abordagem e realizarem diligências no local, foi localizada a substância apreendida dentro da carteira de cigarro dispensada pelo acusado. Em seu in-

terrogatório em Juízo o réu alegou que é perseguido pelos policiais e que, inclusive, foi agredido no dia da prisão. Todavia, nada indica que os agentes públicos tivessem com o apelante qualquer desavença, desentendimento ou discussão, e nada indica que alimentassem aversão ou ódio contra ele. Aliás, o laudo de lesões corporais, realizado no dia da prisão, atestou que o réu negou ter sido agredido e que “Ao exame não foram encontradas escoriações ou lesões em qualquer parte do corpo” (mov. 1.13). Por consequência, a alegação do réu resulta isolada nos autos e, por isso, o pleito de absolvição não é procedente. Em resumo, porque resultou suficientemente comprovada a prática do delito de tráfico de drogas (Lei 11.343/06, art. 33) pelo réu, deve ser mantida a sua condenação e o recurso não comporta provimento quanto ao pedido principal. Alternativamente, o apelante pretende a redução da sua pena base para o mínimo legal. O MM. Juiz sentenciante fundamentou a aplicação da pena de Rafael nos seguintes termos (mov. 116.1): “TV – Dosimetria da pena Considerando as disposições do artigo 59 e seguintes do Código Penal, especialmente o artigo 68 daquele diploma legal, que elegeram o sistema trifásico para a quantificação das sanções aplicáveis à condenada, passo a fixar a pena. Do crime de tráfico ilícito de drogas – Art. 33, *caput* da

Lei 11.343/06 Parto do mínimo legal estabelecido no artigo 33 da Lei n. 11.343/06, que é 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. 1ª Fase: Circunstâncias judiciais (artigo 59 do Código Penal) Culpabilidade: Analisando a culpabilidade, entendida como reprovabilidade da conduta face às particularidades do agente e do fato, verifico que o réu agiu com dolo e alto grau de reprovabilidade de conduta, entretanto, não transborda os limites abstratos considerados pelo legislador, não havendo fundamento para a exasperação da pena. Antecedentes: De acordo com sua folha de antecedentes o réu já foi condenado outra vez com trânsito em julgado em 09/09/2018 (infração cometida em 12/03/2018 – 0000631-25.2018.8.16.0055). Considerando que o réu praticou este novo crime em 06/04/2018, ou seja, sofreu condenação por fato anterior ao delito em análise, porém com trânsito em julgado posterior, resta reconhecida a valoração negativa dos antecedentes do acusado. Nota-se que há trânsito em julgado de condenação por infração anterior ao crime, ora em julgamento, o que, embora impeça o reconhecimento da reincidência, se mostra possível, que tal fato seja considerado como maus antecedentes, conforme julgado que colaciono abaixo: (cita jurisprudência). Dessa forma, tal circunstância deve ser tida como negativa. Conduta

social: Não há, nos autos, elementos suficientes para qualquer valorização da vida do réu em seu ambiente familiar e social. Portanto, deixo de valorá-la. Personalidade do agente: A personalidade do agente, consoante entendimento da doutrina moderna, deve ser aferida quando existentes nos autos laudos técnicos que demonstrem cabalmente o caráter do réu, visto que o juiz, embora de formação acadêmica ampla, não dispõe de meios para determinar a personalidade do agente. Diante disso, deixo de valorar esta circunstância. Circunstâncias do crime: as circunstâncias do crime são as modalidades da ação criminosa, particularmente no que respeita à sua natureza, à espécie de meios empregados, ao objeto, ao tempo, ao lugar, à atitude ou estado de ânimo do réu antes, durante ou após o crime. Motivos: Os motivos do crime não restaram justificados, razão pela qual deixo de valorar. Consequências: As consequências do crime são normais à espécie, nada tendo a se valorar como fator extrapenal. Comportamento da vítima: Não há que se falar em comportamento da vítima, pois se trata de crime vago. Natureza da droga: A natureza da droga apreendida é relevante, já que se trata de “crack”, capaz de causar rápida dependência física e psíquica. Ademais, é de conhecimento de todos o alto poder lesivo dessa substância entorpecente, a evidenciar a maior re-

provabilidade da conduta do agente. Por tais razões, deve a circunstância ser considerada para majoração da pena base. Quantidade Apreendida: A quantidade das substâncias apreendidas não deve ser considerada em desfavor do acusado. À vista dessas circunstâncias analisadas individualmente, sopesando-se as diretrizes estabelecidas no artigo 59 do Código Penal e artigo 42 da lei n. 11.343/2006, tendo em vista duas circunstâncias desfavoráveis ao réu – antecedentes e natureza da droga –, fixo a pena-base em 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa. 2ª fase: Agravantes e Atenuantes Não há presenças de agravantes ou atenuantes. 3ª fase: Causas de aumento e diminuição Ressalto que não é caso de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Isso porque, entendendo que o réu não preenche os requisitos do supracitado artigo, uma vez que se extrai dos autos que o réu se dedicava a atividade criminosa de tráfico ilícito de drogas, tendo sido, inclusive, denunciado e condenado com trânsito em julgado pela prática do mesmo crime nos autos de n. 0000631-25.2018.8.16.0055, bem como pelas informações prestadas pelos policiais militares, que sustentam que haviam diversas denúncias do acusado envolvido no tráfico ilícito de drogas. Dessa forma, incabível a aplicação desta causa de diminui-

ção de pena. Pena final Diante do exposto, fica o réu Rafael Dias Dela Bela Pescarolo condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa. Considerando a ausência de maiores informações a respeito da situação econômica em que se encontra o acusado, fixo o valor do dia-multa em 1/30 do salário mínimo vigente na data dos fatos. Fica consignado que o valor apurado deverá ser corrigido monetariamente. V – Do regime inicial Considerando que a pena imposta ao sentenciado supera 4 (quatro) anos de reclusão, de acordo com o disposto no § 2º, alínea “b” do art. 33 do Código Penal, fixo o regime inicial no Semiaberto. (...) VI – Da substituição e sursis Verifico que na situação em tela, não é cabível a aplicabilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista o montante da pena. Do mesmo modo, incabível a aplicação da suspensão condicional da pena, diante do não preenchimento dos requisitos legais (art. 77, inciso III do Código Penal).” Na análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, combinado com o artigo 42 da Lei n. 11.343/06, o MM. Juiz sentenciante considerou desfavoráveis ao réu a natureza da droga apreendida (crack) e os antecedentes e, assim, fixou a pena base 02 (dois) anos de reclusão e 200 (duzentos) dias-

-multas acima do mínimo legal. E o artigo 42 da Lei n. 11.343/06 prevê que a natureza e a quantidade da droga e a personalidade e a conduta social do agente devem preponderar sobre as circunstâncias judiciais. Então, a natureza e a quantidade da droga servem como parâmetros válidos para a elevação da pena base. Nesse sentido: “Tráfico de entorpecentes (artigo 33, “caput”, da Lei n. 11.343/06) – Sentença condenatória – Insurgência quanto a dosimetria penal estabelecida – Pedido redução da pena-base aplicada – Impossibilidade – Pena fixada de forma adequada – Circunstâncias judiciais devidamente valoradas – Fundamentação adequada – Aumento devidamente justificado na natureza da droga apreendida (crack) – Artigo 42, da Lei n. 11.343/06 – Pedido de aplicação da causa especial de diminuição de reprimenda prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06 em seu grau máximo – Inviabilidade – Não preenchimento dos requisitos legais para referida aplicação – Evidenciada a habitualidade criminosa – Manutenção do regime semiaberto para inicial cumprimento da reprimenda – Sentença condenatória mantida – Recurso desprovido.” (TJPR, 4ª CCr, ApCr 1661790-4, Rel. Des. Carvílio da Silveira Filho, DJPR 23/07/2018). No caso em exame, portanto, é idônea e deve ser mantida a fundamentação do aumento da pena base em razão da natureza

(crack) da droga apreendida. Também foi correto o aumento da pena base em razão da avaliação negativa dos antecedentes do réu. Em consulta ao sistema Oráculo, constatou-se que R.D.B.P. foi condenado a 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa em 15/08/2018, na ação penal n. 0000631-25.2018.8.16.0055, que tramitou perante a Vara Criminal de Cambará, pela prática de tráfico de drogas no dia 12/03/2018, portanto, anteriormente ao fato em análise (06/04/2018), mas que transitou em julgado posteriormente, apenas em 03/09/2018. E é pacífico no e. Superior Tribunal de Justiça e neste Tribunal o entendimento de ser possível o aumento da pena base pela avaliação negativa dos antecedentes em razão de condenação por crime anterior, mas com trânsito em julgado posterior aos fatos discutidos, tal como ocorre no caso em exame. Nesse sentido: “Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial. Receptação. Maus antecedentes. Condenações por fatos anteriores com trânsito em julgado posterior. Possibilidade. Reincidência. Requisitos do art. 63 do CP. Reconhecimento. Agravo improvido. 1. Esta Corte Superior firmou-se no sentido de que a condenação por crime anterior, com trânsito em julgado posterior à prática delitiva em apuração, justifica a valoração negativa da circunstância judicial dos

anteriores, conduta social ou personalidade do agente, lastreando a exasperação da pena-base. 2. Havendo condenação com trânsito em julgado anterior à prática do novo delito, não há como afastar o reconhecimento da agravante da reincidência, nos estritos termos do art. 63 do Código Penal. 3. Agravo regimental improvido”. (STJ, 6ª Turma, AgInt no AREsp 721347, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 23/10/2017 – sem grifos no original). “Penal. Processo penal. Apelação criminal. Crime de roubo. ART. 157, *caput*, CP. Sentença condenatória. Recurso do réu. Pena. Pedido de redução. Tese parcialmente acolhida. 1)- Pena base. Circunstância judicial dos ‘maus antecedentes’ valorada negativamente. Pedido de afastamento. Tese não acolhida. Réu que ostenta condenação penal por fato anterior, com trânsito em julgado posterior à data do delito ora tratado. Vetor caracterizado. (...)” (TJPR, 4ª CCR, ApCr 0001703-46.2017.8.16.0196, Rel. Des. Sônia Regina de Castro, DJPR 22/10/2018). Dessa forma, é válida a fundamentação exposta para a avaliação negativa dessa circunstância judicial (anteriores do réu), de modo que a sentença deve ser mantida quanto a esse aspecto. Na segunda fase, diante da ausência de circunstâncias atenuantes e agravantes, a pena intermediária do apelante deve ser mantida em 07 (sete) anos de reclusão e 700 (sete-

centos) dias-multas. Na terceira fase, foi correta a negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, pois está comprovado que o réu se dedica a atividades criminosas (condenação por anterior delito de tráfico de drogas e informações, prestadas pelos policiais, de que havia diversas denúncias do envolvimento do réu no comércio ilícito de entorpecentes na cidade de Cambará/PR). Afastada a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no mencionado dispositivo legal, deve ser mantida a pena aplicada ao apelante, conforme estabelecido pela r. sentença. A definição do regime prisional e a fixação do valor do dia-multa devem ser mantidas porque se deram por fundamentação válida e estão adequadas às circunstâncias que envolveram o crime. Ante a quantidade de pena aplicada, nem sequer se cogita a possibilidade de suspensão ou substituição da pena privativa de liberdade. Portanto, a sentença deve ser mantida em todos os termos. Por fim, em razão da confirmação da condenação do réu em segunda instância, é possível a execução provisória da pena. Saliente-se, quanto a isso, que o c. Plenário do e. Supremo Tribunal Federal, em voto de Relatoria do e. Ministro Teori Zavascki, denegou a ordem pretendida no *habeas corpus* n. 126292, para restaurar o tradicional

entendimento da Suprema Corte de que a execução provisória de sentença penal condenatória confirmada por acórdão decorrente de julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio da presunção de inocência. Observe-se: “Constitucional. *Habeas Corpus*. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. execução provisória. possibilidade. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. *Habeas corpus* denegado.” (STF, Tribunal Pleno, HC 126292, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 17/05/2016). Aliás, o e. Superior Tribunal de Justiça reafirmou que [1] “os recursos às instâncias superiores carecem de efeito suspensivo e a execução provisória da pena é consectário lógico do esgotamento da jurisdição das instâncias ordinárias, de forma que é possível a determinação do cumprimento provisório da pena fixada”. Portanto, comunique-se à Vara Criminal de origem, via Sistema ‘Projudi’, sobre a manutenção do decreto condenatório, com cópia deste acórdão e

determinação ao MM. Juiz para que proceda à atualização do mandado de prisão e à expedição de Guia de Recolhimento em desfavor do apelante R.D.B.P., para que, esgotadas as instâncias ordinárias, se inicie a execução da sua pena em regime inicial semiaberto, com observância do disposto nos artigos 106 e 107 da Lei de Execuções Penais, nos artigos 676 a 681 do Código de Processo Penal e nos itens 7.4.1 e seguintes do Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça/TJPR. Do exposto, voto por negar provimento ao recurso.

DECISÃO

Acordam os integrantes da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso. O julgamento foi presidido pela Senhora Desembargadora Sonia Regina de Castro, com voto, e dele participou o Senhor Desembargador Carvílio da Silveira Filho.

Curitiba, 30 de setembro de 2019.

Des. Rui Portugal Bacellar Filho

Relator

PROCESSO CIVIL

EXTINTA AÇÃO DE CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA PROFERIDA EM DEMANDA COLETIVA DEVIDO AO RECONHECIMENTO DE PRESCRIÇÃO

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Apelação Cível n. 0007703-27.2015.8.16.0004

Órgão Julgador: 2a. Vara da Fazenda Pública de Curitiba

Fonte: DJ, 08.10.2019

Relator: Desembargadora **Angela Maria Machado Costa**

EMENTA

Apelação cível – Cumprimento individual de sentença proferida em demanda coletiva – Extinção da pretensão executória face o reconhecimento da prescrição – Divergência de entendimento entre os órgãos colegiados – Instauração de incidente de resolução de demandas repetidas – Suspensão do recurso.

VISTOS

Relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível de n. 0007703-27.2015.8.16.0004, oriundos da 2ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca da Re-

gião Metropolitana de Curitiba, em que figura como apelante S. S. W. K. e como apelado o ESTADO DO PARANÁ. Trata-se de recurso de apelação cível interposto em face da sentença que extinguiu a execução, ante ao reconhecimento da prescrição, eis que entre a data de trânsito em julgado da sentença coletiva, e a data de ajuizamento da execução individual teriam se passado mais de cinco anos. Conforme explicitado, a presente demanda foi intentada como execução individual da sentença proferida no curso dos autos de n. 000044-79.2006.8.16.0004, promovida pelo SINDISAÚDE, em prol de seus associados, buscando a percepção de verbas remuneratórias. Entendeu o juízo a quo que a demanda coletiva teve seu trânsito em julgado na data de 09 de novembro de 2010, momento em que teria se iniciado o prazo para a propositura da execução. Considerando ser desnecessária qualquer providência para permitir o início da contagem do prazo prescricional, este decorreria em 05 (cinco) anos, ou seja, no mesmo prazo para a propositura da demanda coletiva. Julgou, ainda, que o período de liquidação de sentença, em que pese tenha se estendido para além do razoável, não seria suficiente para justificar a suspensão do prazo prescricional. Neste cenário, entendeu por aplicar a figura da prescrição, com vistas a extinguir o procedimento executivo. Inconformado, o recorrente

apresentou o presente recurso de apelação cível, em que discute a justiça da sentença. Em síntese, sustenta que o julgamento teria aplicado incorretamente o entendimento sumular do Superior Tribunal de Justiça. Assevera que o entendimento é que nas execuções individuais, o prazo prescricional independe de qualquer ato a ser praticado pelo executado, nos termos da tese n. 880, do Superior Tribunal de Justiça. No entanto, modulando os efeitos dessa decisão, o Tribunal Superior entendeu que, para as execuções já iniciadas, o prazo deveria iniciar a partir de 30 de junho de 2017. Nesta seara, considerando que o início da execução dependia de ato a ser praticado pelo recorrente, requer a reforma da decisão, com fito de determinar a cassação da sentença que reconheceu a prescrição no caso em comento. Intimado, o Estado apresentou contrarrazões, em que requer a manutenção da sentença recorrida. É o que importava relatar.

FUNDAMENTAÇÃO

Consigne-se, inicialmente, que se encontram presentes os pressupostos intrínsecos de admissibilidade do recurso, quais sejam, o cabimento, a legitimidade e o interesse, bem como os pressupostos extrínsecos, consistentes no preparo, na tempestividade e na regularidade formal, razão pela qual conheço do recurso de apelação. No mérito, entendo que a

questão deve ser suspensa, para a análise da questão pela Seção Cível, em sede de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Pois bem, o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, no tema n. 880, ficou assim assentado na jurisprudência da Corte: A partir da vigência da Lei n. 10.444/2002, que incluiu o § 1º ao art. 604, dispositivo que foi sucedido, conforme Lei n. 11.232/2005, pelo art. 475-B, §§ 1º e 2º, todos do CPC/1973, não é mais imprescindível, para acerto da conta exequenda, a junta de documentos pela parte executada, ainda que esteja pendente de envio eventual documentação requisitada pelo juízo ao devedor, que não tenha havido dita requisição, por qualquer motivo, ou mesmo que a documentação tenha sido encaminhada de forma incompleta pelo executado. Assim, sob a égide do diploma legal citado e para as decisões transitadas em julgado sob a vigência do CPC/1973, a demora, independentemente do seu motivo, para juntada das fichas financeiras ou outros documentos correlatos aos autos da execução, ainda que sob a responsabilidade do devedor ente público, não obsta o transcurso do lapso prescricional executório, nos termos da Súmula 150/STF. Como bem demonstrou o recorrente, esta tese – cuja aplicação leva a uma conclusão contrária aos interesses da parte recorrente – determina que a cadência do prazo pres-

cricional da demanda coletiva prescinde da juntada de qualquer documento para a execução, ainda que tal seja de responsabilidade do ente público executado. Esta decisão foi regularmente proferida pela Corte Superior no curso do REsp 1.336.026/PE, de Relatoria do Min. OG FERNANDES. O referido julgado foi objeto de recurso de embargos de declaração. Provavelmente considerando os possíveis efeitos desta decisão, o mesmo Superior Tribunal de Justiça, em 08 de novembro de 2017, reapreciou a questão, estabelecendo uma modulação aos efeitos da decisão, considerando a data em que publicada a decisão em sede de recurso repetitivo. Assim, o Superior Tribunal de Justiça fez constar de sua decisão que: Os efeitos deste acórdão ficam modulados a partir de 30/6/2017. Resta firmado, com essa modulação, que, para as decisões transitadas em julgado até 17/3/2016 (quando ainda em vigor o CPC/1973) e que estejam dependendo, para ingressar com o pedido de cumprimento de sentença, do fornecimento pelo executado de documentos ou fichas financeiras (tenha tal providência sido deferida, ou não, pelo juiz ou esteja, ou não, completa a documentação), o prazo prescricional de 5 anos para a propositura da execução ou cumprimento de sentença conta-se a partir de 30/6/2017. A modulação levada a cabo, no Superior Tribunal

de Justiça, portanto, criou um novo marco temporal, a partir do qual passaria a cadênciã o prazo prescricional da pretensão executiva reconhecida em sede de demanda coletiva. A rigor, de todas as decisões transitadas até 17 de março de 2016, que ainda dependam de informações por parte do executado, o prazo prescricional apenas teria início a partir de 30 de junho de 2017. Assim assentada a questão, fato é que as Câmaras deste E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná têm divergido quando a aplicação ou não nas execuções individuais da ação civil pública em apreço. Parte da jurisprudência vem aplicando o Tema n. 880, do Superior Tribunal de Justiça, sem qualquer modulação; o restante, porém, aplica a modulação de efeitos, e, com isso, afasta a prescrição da execução individual. Confira-se, abaixo, dois exemplos: Processo Civil e Administrativo. Apelação Cível. Execução individual de sentença proferida em ação coletiva (Sindsaúde). Servidor público. Diferenças remuneratórias. Embargos à execução. Sentença que reconheceu a prescrição da pretensão executória. Reforma. Questão acerca do fornecimento de documentos para elaboração dos cálculos. Suspensão ou interrupção do prazo. matéria julgada pelo Superior Tribunal de Justiça sob o rito dos recursos repetitivos no RESP 1.336.026/PE. Tema 880. Modula-

ção dos efeitos. Trânsito em julgado da sentença coletiva anterior à 17.03.2016. Prazo prescricional a ser contado a partir de 30.06.2017. Incidência do paradigma. Questões já analisadas pelo próprio superior tribunal de justiça. RESP 1792287/RS. Recurso conhecido e provido. 1. O Superior Tribunal de Justiça, apreciando o Recurso Especial n. 1.336.026/PE, sob o rito dos recursos repetitivos, com alterações ocorridas em virtude de Embargos de Declaração, consolidou a tese n. 880, no seguinte sentido: «A partir da vigência da Lei n. 10.444/2002, que incluiu o § 1º ao art. 604, dispositivo que foi sucedido, conforme Lei n. 11.232/2005, pelo art. 475-B, §§ 1º e 2º, todos do CPC/1973, não é mais imprescindível, para acerto da conta exequenda, a juntada de documentos pela parte executada, ainda que esteja pendente de envio eventual documentação requisitada pelo juízo ao devedor, que não tenha havido dita requisição, por qualquer motivo, ou mesmo que a documentação tenha sido encaminhada de forma incompleta pelo executado. Assim, sob a égide do diploma legal citado e para as decisões transitadas em julgado sob a vigência do CPC/1973, a demora, independentemente do seu motivo, para juntada das fichas financeiras ou outros documentos correlatos aos autos da execução, ainda que sob a responsabilidade do devedor ente público, não obsta o transcur-

so do lapso prescricional executório, nos termos da Súmula 150/STF». (EDcl no REsp 1336026/PE, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 13/02/2019, DJe 21/02/2019) 2. Por ocasião do julgamento dos aludidos Embargos de Declaração, os efeitos do acórdão sofreram modulação: «Os efeitos decorrentes dos comandos contidos neste acórdão ficam modulados a partir de 30/6/2017, com fundamento no § 3º do art. 927 do CPC/2015. Resta firmado, com essa modulação, que, para as decisões transitadas em julgado até 17/3/2016 (quando ainda em vigor o CPC/1973) e que estejam dependendo, para ingressar com o pedido de cumprimento de sentença, do fornecimento pelo executado de documentos ou fichas financeiras (tenha tal providência sido deferida, ou não, pelo juiz ou esteja, ou não, completa a documentação), o prazo prescricional de 5 anos para propositura da execução ou cumprimento de sentença conta-se a partir de 30/6/2017.» 3. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça: Não merece guarida a tese de que a modulação dos efeitos não se aplica àqueles casos em que a Ação de Execução já tenha sido ajuizada antes do marco de 30.6.2017, mas somente às hipóteses em que não houve ainda o ajuizamento. 5. A modulação dos efeitos consignada pela Primeira Seção no julgamento do recurso re-

presentativo da controvérsia (REsp 1.336.026/PE, Rel. Ministro Og Fernandes) visou cobrir de segurança jurídica aqueles credores que dependiam, para o cumprimento da sentença, do fornecimento de elementos de cálculo pelo executado em momento no qual a jurisprudência do próprio STJ amparava a tese de que, em situações como a exposta, o prazo prescricional da execução não corria. 6. Assim, tendo em vista o objetivo da modulação de efeitos em tela é irrelevante, para sua aplicação, se a Execução foi ou não apresentada antes de 30.6.2017. (REsp 1792287/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, segunda turma, julgado em 26/02/2019, DJe 12/03/2019).4. Esse entendimento vem sendo manifestado nas decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça: Processual Civil. Execução de sentença. Fazenda pública. Prescrição. Tema 880 do STJ afastado. Modulação. Apresentação de documentos e fichas financeiras. Inércia. 1. Extrai-se do acórdão vergastado e das razões de Recurso Especial que não se aplica à hipótese dos autos o decidido no Tema 880/STJ. Com efeito, apreciando os Embargos de Declaração no Recurso Representativo de Controvérsia REsp. 1.336.026/PE, a Primeira Seção decidiu, na sessão de julgamento de 13.6.2018, modular os efeitos do que fora consignado no referido recurso representativo, utilizando como marco

temporal de aplicação da resolução da controvérsia o dia 30.6.2017, data da publicação do acórdão, com fundamento no § 3º do art. 927 do CPC/2015. Dessa forma, para as decisões transitadas em julgado até 17/3/2016 (quando ainda em vigor o CPC/1973) que estejam dependendo do fornecimento pelo executado de documentos ou fichas financeiras (tenha tal providência sido deferida, ou não, pelo juiz ou esteja, ou não, completa a documentação), o prazo prescricional de 5 anos para propositura da execução conta-se a partir de 30/6/2017. 2. No caso dos autos, o prazo prescricional para a execução conta-se de 30.6.2017, uma vez que o trânsito em julgado da ação ocorreu em 15.2.2000. Considerando que o ajuizamento da Execução se deu em 10/6/2011, não está prescrita a pretensão executiva. 3. Recurso Especial não provido” (AgInt no AREsp 1386408/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, segunda turma, julgado em 21/03/2019, DJe 22/04/2019)5. Tendo em vista à similitude dos fatos fundamentais discutidos no caso em exame e aqueles que serviram de base para a elaboração da tese jurídica n. 880 pelo Superior Tribunal de Justiça, inclusive, com a modulação dos efeitos, tem incidência no caso o paradigma. 5. Considerando que a r. sentença coletiva transitou em julgado em 09.11.2010, portanto

na vigência do Código de Processo Civil de 1973, o prazo prescricional para a execução conta-se de 30.06.2017. Assim, tendo sido ajuizada a execução em 28.11.2015, não está prescrita a pretensão executiva. (Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 5ª Câmara Cível. AC 0007873-96.2015.8.16.0004. Rel. Juiz Luciano Campos de Albuquerque. Julgado em 24 de setembro de 2019). Apelação cível. Servidor público. Execução individual de sentença coletiva (Sindsaúde). Extinção pela prescrição da pretensão executória. Entendimento firmado em sede de recurso repetitivo. Temas 887 e 880/STJ. Termo inicial. Trânsito em julgado da ação coletiva. Tratativas extrajudiciais que não interrompem ou suspendem a prescrição. Modulação de efeitos. Inaplicabilidade. Execução que não dependia de documentos na data da modulação. Opção por execução individual que não estava subordinada à documentação de demais substituídos. Protesto de interrupção do prazo prescricional. Não aproveitamento aos demais credores. Art. 204 do CCB. Protesto realizado quando o prazo prescricional já estava esgotado. Honorários recursais. Sentença mantida. Recurso não provido. (Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 1ª Câmara Cível. AC 0007448-69.2015.8.16.0004. Rel. Des. Vicente Del Prete Misurelli. Julgado em 20 de agosto de 2019). A exis-

tência de marcante divergência entre os órgãos colegiados deste Tribunal de Justiça do Estado do Paraná permite falar na inexistência de segurança jurídica quanto ao tratamento da matéria. Por si só, tal fato autoriza a instalação de Incidente de Resolução de Demandas Repetidas. Bem assim, voto por instaurar Incidente de Resolução de Demandas Repetidas, para que a questão seja decidida, de maneira definitiva, pela Seção Cível deste E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. É como voto.

DISPOSITIVO

PARANÁ, por unanimidade de votos, em julgar suspensão por incidente de resolução de demandas repetitivas o recurso de S. S. W. K. O julgamento foi presidido pelo (a) Desembargador Antonio Renato Strapasson, com voto, e dele participaram Juíza Subst. 2º grau Ângela Maria Machado Costa (relator) e Desembargador Sílvio Vericundo Fernandes Dias.

08 de outubro de 2019

Juíza Subst. 2º Grau Ângela Maria Machado Costa
Juiz (a) relator (a)

TRIBUTÁRIO

CABE RESTITUIÇÃO DOS VALORES DE ICMS COBRADOS INDEVIDAMENTE EM FATURA DE ENERGIA ELÉTRICA

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Recurso Inominado n. 0001499-45.2018.8.16.0041

Órgão Julgador: 3a. Turma

Recursal dos Juizados Especiais

Fonte: DJ, 07.10.2019

Relator: Desembargador **Fernando Swain Ganem**

EMENTA

Sociedade de economia mista. Falha no serviço. Dever de infor-

mação. Perda do benefício fiscal de isenção do ICMS para unidade consumidora localizada na área rural. Possibilidade de recadastramento informado após a perda do benéfico por dois meses. Devida a restituição na forma simples. Dano moral arbitrado em R\$ 3.000,00. Recurso conhecido e parcialmente provido. Trata-se de ação declaratória/condenatória na qual alega o autor ser morador da área rural e por essa razão isento de tarifas referente ao ICMS nas faturas de energia elétrica, ocorre que a concessionária realizou cobranças a título de ICMS nas faturas referente a março e abril de 2016. Pleiteia a

restituição dos valores cobrados indevidamente e indenização por danos morais. Sobreveio sentença que julgou improcedente os pedidos iniciais, sob o argumento de que a cobrança perpetrada pela Copel é lícita. Inconformado o autor interpôs o presente recurso inominado. Sustenta, em síntese, que as telas do sistema são provas unilaterais e não comprovam a licitude da cobrança, requer a reforma da sentença para que a ré seja condenada ao pagamento dos danos morais e a restituição em dobro dos valores cobrados indevidamente

É O RELATO NECESSÁRIO

Passo ao voto. Trata-se de relação de consumo, sendo que a inversão do ônus da prova já foi realizada pelo juízo a quo. Restou incontroverso nos autos que o autor, ora recorrente, era isento do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica, contudo, especificamente nas faturas vencidas em 10.04.2016 e 10.05.2016 recebeu cobrança a título de ICMS, nos valores de R\$ 172,41 e R\$ 93,79, respectivamente. A Copel afirma em contestação que a cobrança é lícita, pois está de acordo com a normativa da Secretaria da Fazenda/PR, Decreto n. 1600/2015 e Decreto n. 3531/2016. Alega que ocorreu o descadastramento da unidade consumidora e após um mês o consumidor foi orientado acerca da necessidade da apresentação de documentação

para realizar o recadastramento de acordo com as normas supra referidas. Para comprovar que o consumidor foi devidamente notificado acerca do descadastramento e da necessidade de apresentação de documentação para o recadastramento apresenta apenas telas de sistema interno (mov. 14.1, p. 3-5). As telas apresentadas pela ré são insuficientes para comprovar que o consumidor foi notificado a tempo de regularizar a situação e permanecer com a isenção do ICMS se enquadrando nos novos critérios da legislação. De acordo com o entendimento consolidado desta turma recursal, telas sistêmicas são provas unilaterais, portanto, inaptas para desconstituir o direito do autor. A legislação consumerista elege como direito básico do consumidor “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (art. 6º, III, do CDC). A ré não cumpriu com sua obrigação pois apenas oportunizou a regularização do cadastro do consumidor após a perda do benefício de isenção do ICMS, por dois meses consecutivos. Assim, deverá ser condenada a restituir a quantia paga pelo autor a título de ICMS, que totaliza R\$ 266,20. Ressalta-se que a restituição deve ocorrer na forma simples,

tendo em vista que não se enquadra na hipótese prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC. No que tange ao dano moral, denota-se que no caso em tela o desgaste pelo qual passou o recorrente, usuário das concessionárias de serviços para a solução do problema transborda o mero aborrecimento, caracterizando o transtorno que justifica a indenização por danos morais. A cobrança feita erroneamente não deveria ocorrer com o consumidor que espera um fiel cumprimento do pactuado com a ré. O arbitramento da indenização pelo dano moral deve sempre ter o cuidado de não proporcionar, por um lado, o enriquecimento ilícito do autor em detrimento do réu, nem por outro, a banalização da violação aos direitos do consumidor. Também deve ser considerada a dupla finalidade do instituto, qual seja, a reparatória em face do ofendido e a educativa e sancionatória quanto ao ofensor, razão pela qual arbitro a indenização por dano moral em R\$ 3.000,00 (três mil reais). Sentença reformada para condenar a ré ao pagamento de R\$ 3.000,00 (três mil

reais) a título de indenização por danos morais, corrigidos pelo índice INPC-IGP-DI e juros de mora de 1% a.m – Conforme enunciado 12.13 “a” das tr’s/pr, bem como a ressarcir o valor de R\$ 266,20 (duzentos e sessenta e seis reais e vinte centavos), corrigidos pela média do INPC-IGP-DI a partir das datas das cobranças – acrescidos de juros de mora à taxa de 1% a.m, a partir da data da citação. Diante da sucumbência mínima deixo de condenar a ré ao pagamento de honorários advocatícios. Ante o exposto, esta 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais resolve, por unanimidade dos votos, em relação ao recurso de Manoel Cosmo do Nascimento, julgar pelo(a) Com Resolução do Mérito – Provimento em Parte nos exatos termos do voto. O julgamento foi presidido pelo (a) Juiz(a) Fernanda De Quadros Jorgensen Geronasso, sem voto, e dele participaram os Juízes Fernando Swain Ganem (relator), Leo Henrique Furtado Araújo e Marco Vinícius Schiebel.

09 de setembro de 2019
Fernando Swain Ganem
Juiz (a) relator (a)

APOIO INSTITUCIONAL

