

CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO PARANÁ



**ACADEMIA DA
MAGISTRATURA**
Produção Jurídico-Científica

2^a EDIÇÃO

CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA

ROGÉRIO KANAYAMA

JUÍZA AUXILIAR SUPERVISORA

LIDIANE RAFAELA ARAÚJO MARTINS

ELABORAÇÃO

CONRADO GERCHEVSKI NETO

REVISÃO

ALESSANDRA PAULI

CARLOS ALBERTO GIOVANETI CAVALHEIRO

COLABORAÇÃO

ADRIANA DE LOURDES SIMETTE

ANA LUCIA PENHALBEL MORAES

BRUNA GREGGIO

CARLOS EDUARDO MATTIOLI KOCKANNY

CARLOS GREGÓRIO BEZERRA GUERRA

CAROLINA MAIA ALMEIDA

DANIELLE MARIE DE FARIAS SERIGATI VARASQUIM

DENISE DAMO COMEL

DIEGO GUSTAVO PEREIRA

ÉRIKA FIORI BONATTO MÜLLER

FABIANA LEONEL AYRES BRESSAN

FÁBIO BERGAMIN CAPELA

FELIPE FORTE COBO

JAMES BYRON WESCHENFELDER BORDIGNON

JOSÉ GUILHERME XAVIER MILANEZI

JUAN DANIEL PEREIRA SOBREIRO

MARCELLA DE LOURDES DE OLIVEIRA RIBEIRO MANSANO

MARCELO GOMES FERACIN

MARIA TERESA THOMAZ

MAYRA DOS SANTOS ZAVATTARO

RICARDO PIOVESAN

ROBESPIERRE FOUREAUX ALVES

ACADEMIA DA

MAGISTRATURA

Produção Jurídico-Científica

A Academia da Magistratura, projeto desenvolvido pela Corregedoria-Geral da Justiça, consiste em espaço destinado aos Magistrados para elaboração de textos científicos.

Nesse ambiente, os Juízes podem expor seus posicionamentos e discutir temas de relevante interesse para a jurisdição, o que contribui para o crescimento intelectual da Magistratura.

A medida permite, ainda, a difusão de conhecimento, dever ético imposto aos Juízes brasileiros.

ROGÉRIO KANAYAMA

SUMÁRIO

FÓRUNS DESCENTRALIZADOS

DR^a. ADRIANA DE LOURDES SIMETTE1

COMO A CAPACITAÇÃO EM JUSTIÇA RESTAURATIVA SE MOSTROU UMA NOVA ESPERANÇA DA PAZ

DR^a. ANA LUCIA PENHALBEL MORAES.....3

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PROCESSO ESTRUTURAL NO PROBLEMA DAS CADEIAS PÚBLICAS SUPERLOTADAS E INSALUBRES DO ESTADO DO PARANÁ

DR^a. BRUNA GREGGIO6

EVOLUÇÃO E DESAFIOS NA ATUAÇÃO JURISDICIONAL CONTEMPORÂNEA

DR. CARLOS EDUARDO MATTIOLI KOCKANNY10

A COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE OS DEVERES CONSTITUCIONAIS DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E CELERIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL: O PROBLEMA DA LÓGICA “PRODUTIVISTA”

DR. CARLOS GREGÓRIO BEZERRA GUERRA16

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES DE POSSE E PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO

DR^a. CAROLINA MAIA ALMEIDA.....29

O DANO MORAL JURIDICAMENTE INDENIZÁVEL

DR^a. DANIELLE MARIE DE FARIAS SERIGATI VARASQUIM36

IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS NO ARROLAMENTO

DR^a. DENISE DAMO COMEL43

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA EDIÇÃO DE NORMA INCONSTITUCIONAL

DR. DIEGO GUSTAVO PEREIRA60

CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR, COM ABERTURA DE PROCEDIMENTO PREPARATÓRIO À ADOÇÃO

DR^a. ÉRIKA FIORI BONATTO MÜLLER74

OFICINA DE PAIS

DR^a. FABIANA LEONEL AYRES BRESAN77

MAUS ANTECEDENTES E A DECISÃO DO STF NO HC N ° 162305/SP, DE 27/09/2018

DR. FÁBIO BERGAMIN CAPELA80

A IMPORTÂNCIA DOS FÓRUMS DESCENTRALIZADOS

DR. FELIPE FORTE COBO.....89

RECUPERAÇÃO JUDICIAL: DO CONTROLE JUDICIAL DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES AO ABUSO DE DIREITO DE VOTO - UMA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL

DR. JAMES BYRON WESCHENFELDER BORDIGNON91

PROJETO ENXUGUE ESSA LÁGRIMA

DR. JOSÉ GUILHERME XAVIER MILANEZI100

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: DESAFIOS NO RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL E NA ANÁLISE DO ELEMENTO SUBJETIVO DO ATO ÍMPROBO

DR. JUAN DANIEL PEREIRA SOBREIRO.....102

DIREITO PENAL DO INIMIGO - BREVE REFLEXÃO

DR^a. MARCELLA DE LOURDES DE OLIVEIRA RIBEIRO MANSANO.....113

O DANO MORAL COMO UMA DAS CAUSAS DO EXCESSO DE DEMANDA JUDICIAL

DR. MARCELO GOMES FERACIN119

DOS VÁRIOS MÉTODOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS - MSCC

DR^a. MARIA TERESA THOMAZ.....131

DEPOIMENTO ESPECIAL: O TERMO DE COOPERAÇÃO FIRMADO PELOS ÓRGÃOS DA REDE NO ESTADO DO PARANÁ

DR^a. MAYRA DOS SANTOS ZAVATTARO138

BUSINESS PROCESS MANAGEMENT COMO FERRAMENTA DE GESTÃO PROCESSUAL

DR. RICARDO PIOVESAN141

ENTREGA VOLUNTÁRIA DE BEBÊS PARA ADOÇÃO: UM DIREITO AINDA POUCO CONHECIDO

DR. ROBESPIERRE FOUREAUX ALVES147

DR^a. ADRIANA DE LOURDES SIMETTE

Juíza de Direito da 1^a Vara Descentralizada de Santa Felicidade do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba

FÓRUNS DESCENTRALIZADOS

A Resolução nº 125 do CNJ apresentou o desafio aos Tribunais de Justiça de todo o País de estruturar os meios alternativos de resolução de conflitos e o correto atendimento e orientação ao cidadão.

Com o desafio lançado, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, ainda em 4 de julho de 2012, inaugurava o primeiro FÓRUM DESCENTRALIZADO, localizado no Bairro de Santa Felicidade, que, desde sua formação, teve por escopo principal aproximar a população e atender competências que mais almejam a busca por Justiça dentro do espectro de atuação da Justiça Estadual (Família, Infância e Juventude, Juizados Especiais Cíveis e Criminais e CEJUSC) - competências que, quando observadas isoladamente, são, entre si, antagônicas, mas que têm um elo comum: Interesse social.

Nasceu, portanto, o embrião da Secretaria Única, unindo o cumprimento de atos relativos às áreas do Direito de Família, Infância, Juizados Especiais Cíveis e Criminais em uma mesma estrutura de recursos humanos, que atende mais de cento e cinquenta mil habitantes.

Esta complexidade de competências exigiu, por consequência, a adoção de inúmeros projetos que se transformaram, ao longo dos cinco anos, em programas de atendimento ao público que ao Fórum recorre e, ao mesmo tempo, em programas de retorno de prestações pecuniárias e de serviços a esta mesma comunidade.

Formou-se, pois, o círculo que se autoalimenta e que traz a perspectiva de que a união de competências (Vara da Família, Vara da Infância e Juventude, Juizados Especiais Cíveis e Criminais e CEJUSC) exigiu de todo o Fórum a preocupação com o correto encaminhamento do cidadão para todas as portas que este espaço público passou a possuir.

Hoje convivem dentro do Fórum de Santa Felicidade cerca de nove projetos, que vão desde a correta recepção e encaminhamento do cidadão em face

da demanda que o traz ao Fórum, conhecido como **Serviços para Cidadania** - que tem por escopo a orientação cidadã daqueles que buscam serviços que estão além da competência do Fórum Descentralizado, destinando-os aos equipamentos competentes, e a análise do melhor encaminhamento dentro da estrutura do próprio Fórum, com base no problema apresentado (mediação, conciliação, justiça restaurativa, Defensoria Pública, Núcleos de Prática das Faculdades Tuiuti e Dom Bosco, setor de reclamação, que exige uma triagem qualificada); passam pela noção de que é indispensável a atuação de voluntários (**Projeto Mediadores Voluntários**); seguem pela constatação de que o tempo das pessoas é precioso e deve ser bem aproveitado através da **Sala de Espera Inteligente (SEI)**; sem prescindir da necessidade de bem informar aquelas que apresentam demandas nas áreas da Infância e Família, com o **Projeto Conversa em Família**; e terminam com o direcionamento adequado dos prestadores de serviço (**Projeto Ação e Reflexão**) e dos recursos oriundos das prestações pecuniárias, atendendo o disposto na Resolução nº 154 do CNJ, com o retorno destas verbas à Comunidade por meio do **Projeto Santa Felicidade em Ação** e, ainda, a orientação e encaminhamento adequado a **usuários de drogas – OPUD**.

Somente o Projeto Santa Felicidade em Ação já devolveu ou está devolvendo à comunidade mais de R\$ 420.000,00 (quatrocentos e vinte mil reais) em obras ou melhorias em espaços que atendem os próprios cidadãos, escolas ou entidades voltadas a um fim social.

Todo esse trabalho acaba por expressar, de forma empírica, a noção de tribunal multiportas (ideia inicial desenvolvida nos países anglosaxônicos referente à criação dos chamados *Multidoor Courthouse*), que tem por objetivo dar encaminhamento qualificado para cada procura.

Em verdade, todos os Fóruns Descentralizados - Santa Felicidade, CIC, Pinheirinho, Bairro Novo- Sítio Cercado e Boqueirão, que atendem, juntos, cerca de 50% (cinquenta por cento) da população de Curitiba - trazem em seus respectivos DNAs a constatação intrínseca de que nasceram vinculados à vocação do desenvolvimento de projetos que vão muito além da prestação jurisdicional e que exigem de todos os seus atores muito empenho e empatia para que se possa construir a Justiça que todos nós, enquanto participantes desta obra, almejamos.

DR^a. ANA LUCIA PENHALBEL MORAES

Juíza de Direito do Juizado Especial Cível, Criminal e da Fazenda Pública do Foro Regional de Nova Esperança da Comarca da Região Metropolitana de Maringá

COMO A CAPACITAÇÃO EM JUSTIÇA RESTAURATIVA SE MOSTROU UMA NOVA ESPERANÇA DA PAZ

Em meados de 2016, por intermédio do núcleo de práticas restaurativas da Universidade Estadual de Maringá, sob a coordenação da 3ª Vara Judicial, realizou-se, no Foro Regional de Nova Esperança, o primeiro curso de práticas restaurativas e círculos de construção de paz, ministrado pelas professoras Nilza Machado Souza e Adriane Eliege Siega, capacitando servidores do TJ/PR, psicólogas e assistentes sociais do Município, conselheiros tutelares e coordenadoras e diretoras das escolas públicas municipais.

Éramos trinta e oito participantes e, naquele momento, tínhamos uma vaga ideia sobre o tema e seu alcance. A primeira turma compareceu ao primeiro encontro bastante reticente, a maioria sem entender a razão de um curso cujo tema era justiça, afinal a maioria trabalhava na prefeitura, em escolas, postos de saúde, e a única relação com a justiça acontecia quando tinham que reportar problemas ao Fórum. Conforme as semanas se passavam, percebia-se o quanto nosso conceito de justiça era limitado e punitivo. Pudemos aprender sobre a justiça como valor e objetivo, e principalmente, que existiam práticas e técnicas prontas para serem replicadas com perspectivas animadoras para todos os profissionais envolvidos. Daí para frente, foram mãos à obra!

Nesses quase dois anos de projeto e capacitação, todos os profissionais envolvidos puderam experimentar o poder da comunicação. Aprendemos a falar e, principalmente, a ouvir de forma atenta e acolhedora, solucionar conflitos e experimentar a paz como instrumento da justiça.

O projeto Nova Esperança da Paz, já capacitou 128 (cento e vinte e oito) facilitadores, entre profissionais das áreas de educação, saúde, assistência social, serviços públicos e privados, que levam seu conhecimento e experiência para a vida, quer aplicando as práticas circulares, quer

desenvolvendo em suas relações interpessoais a comunicação não violenta, quer simplesmente conhecendo o projeto e referendando seus resultados, o que é fundamental como suporte para novas aplicações.

A última edição do curso de formação contemplou ainda as entidades religiosas do Município, capacitando os catequistas e coordenadores de pastoral da igreja católica, os voluntários dos serviços religiosos, de assistência social, pastores evangélicos e coordenadores de grupos de jovens e de grupos de recuperação. Enfim, estamos buscando estender esta experiência de forma orgânica, objetivando uma sociedade que oportuniza o diálogo, o respeito e a solidariedade como norte para a pacificação.

A Secretaria Municipal de Educação do Município de Nova Esperança, desde o início do projeto, vem desenvolvendo a prática circular para solução de conflitos no ambiente escolar. Os resultados foram tão satisfatórios que deram azo à legislação municipal, tornando a Justiça Restaurativa política pública municipal, com a aplicação de práticas restaurativas em todos os casos de conflito no ambiente escolar. Assim, situações em que anteriormente se buscava a punição via conselhos tutelares, polícia militar ou mesmo representações junto ao Ministério Público têm sido resolvidas efetivamente com escuta e fala, conscientização e responsabilização.

Especialmente as questões ligadas a *bullying* escolar e comportamentos inadequados encontraram soluções pacíficas, como relatou a psicóloga Lílian Yamamoto em outubro de 2017: *“Finalizamos os Círculos de Construção da Paz realizados em duas escolas: Tancredo Neves e Julio Benatti. Gostaria de mencionar aqui, o quanto foi de grande valia a contribuição das facilitadoras e das professoras, pudemos colher frutos valiosos. Nestes momentos, presenciamos relatos vividos pelos alunos, de sofrimento, angústia, alegrias, despedidas e reconciliações. Presenciamos o germinar dos valores no seio do coração de cada criança. Pudemos sentir que os diálogos em Círculos oportunizaram uma fala para todos, foi desenvolvendo em cada criança o respeito pela escuta pelo outro”*.

A diretora da escola Ladislau Ban, relata sua experiência: *“Acho importante, pois os alunos têm oportunidade de expressar seus sentimentos e momento de falar, escutar e cooperar, na vida social. Todos precisamos aprender a viver e a conviver, por isso acho que o círculo estabelece esta conexão profunda entre as pessoas, na construção da paz e no fortalecimento dos relacionamentos”*.

Ainda, segundo a coordenadora do Centro de Referência Especializado de Assistência Social – CREAS, Lorena Molina Gonçalves, e a Assistente Social Gabriela Rossi, “desde que adotaram as práticas restaurativas em suas respectivas áreas de atuação, os círculos têm auxiliado os profissionais com as famílias atendidas, ante sua dinâmica de acolhimento que promove o diálogo para a resolução de conflitos. Têm sido também utilizadas

como forma de alcance de responsabilização e reconhecimento de responsabilidades tanto no atendimento dos adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas como no atendimento de famílias de crianças em medidas de proteção”.

Nosso projeto, portanto, traz em seu cerne um plano de ações sociais, que objetiva capacitar com qualidade o maior número de facilitadores possível, com a finalidade de restaurar laços sociais, solucionar conflitos e gerar compromissos futuros mais harmônicos.

Mais informações podem ser obtidas na página do Projeto “Justiça Restaurativa Nova Esperança” na rede social *facebook*.

DR^a. BRUNA GREGGIO

Juíza de Direito Substituta da 1^a Seção Judiciária, com sede no Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PROCESSO ESTRUTURAL NO PROBLEMA DAS CADEIAS PÚBLICAS SUPERLOTADAS E INSALUBRES DO ESTADO DO PARANÁ

Os Juízes paranaenses já se depararam, diversas vezes, com cadeias públicas lotadas (geralmente com presos já condenados) e insalubres, com riscos de fuga constantes, notícias de rebelião (às vezes com refém), ou seja, perigosas e indignas, tanto para os que ocupam as celas quanto para os que são obrigados a cuidar dos ocupantes, em vez de estarem exercendo sua verdadeira função de policial civil.

Essa situação causa ao Magistrado uma sensação de impotência e de “administrador do caos”. A frustração existente ao visitar mensalmente uma cadeia nessas condições é enorme.

Para evitar essa situação e forçar o Estado do Paraná a remover os presos da cadeia, diversas ações civis públicas foram propostas pelo Ministério Público. O Juiz da Comarca, geralmente, acata o pedido e determina a remoção imediata dos presos ou a reforma da cadeia. Contudo, por não se tratar de problema específico de cada Comarca mas, sim, de um problema sistêmico do Paraná, o Tribunal de Justiça, geralmente, acaba reformando as decisões, por entender que existe uma ordem a ser seguida e por haver interferência indevida no Poder Executivo[1].

Por ser um problema que aflige todas as Comarcas do Estado do Paraná, o Poder Executivo, juntamente com o Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública, criou a Central de Vagas do Sistema Penitenciário Estadual (Resolução Conjunta nº 3/2012) a fim de uniformizar os critérios para remoção. Ainda, no ano de 2013, foi instituído pela SEJU, o Comitê de Transferência de Presos (CONTRANSP), composto por representantes do Judiciário, do Executivo e do Ministério Público, para auxiliar nesses critérios e fiscalizar se estão sendo cumpridos.

Dessa forma, é natural que o Juiz da Comarca que possua a cadeia superlotada e com todos os problemas existentes se encontre de “mãos atadas”, já que é necessário respeitar o trâmite fixado nessas Resoluções e, numa situação caótica, ou de “estado de coisa inconstitucional”, o tempo nunca está a favor.

As Resoluções, obviamente, não podem impedir o Juiz de julgar um processo quando relatada uma ofensa aos direitos constitucionais. Assim, uma forma de conseguir resolver, ainda que somente alguns problemas existentes nas cadeias superlotadas, é aplicar ao processo a ideia do processo estrutural.

Essa ideia de processo estrutural surgiu das structural injunctions, concebidas pela doutrina norte-americana. Percebeu-se que muitas decisões sobre questões coletivas exigem soluções que não são simples e que envolvem muito mais do que o Juiz escolher “quem está certo”. Problemas coletivos e complexos também exigem respostas complexas e difusas, com várias imposições e medidas que ocorram gradativamente[2].

Sérgio Cruz Arenhart[3] explica que, nesse tipo de processo, são tomadas, pelo Juiz, medidas estruturais pois é necessária alguma forma de alteração institucional. Disso decorrem decisões que se protraem no tempo, implicando vários atos judiciais em sequência e uma grande intervenção na estrutura de entes públicos e privados. Ou seja, é necessário que o Juiz estruture suas decisões a fim de criar uma solução exequível para um problema complexo que envolve vários direitos e a finitude orçamentária.

A propósito:

“O fundamental em relação às decisões estruturais, é perceber que elas foram pensadas para lidar com o caráter burocrático do Estado atual e de várias instituições típicas da sociedade moderna. Ela se volta a proteger os direitos fundamentais diante dos desafios postos por essa burocratização das relações públicas e privadas. Por isso seu papel não é apenas o de eliminar uma determinada conduta ilícita, impondo um fazer ou uma abstenção. Ao contrário, sua finalidade se dirige exatamente à reestruturação dessa relação burocrática, de modo a alterar substancialmente a forma como as interações sociais se travam. Por isso, são medidas de longo prazo, que exigem muito mais do que uma simples decisão do Estado”.

A partir do momento em que o Juiz determina que o Estado remova os presos em tantos dias sob pena de multa diária, em vez de solucionar um problema, estará criando outro (e uma injustiça) maior ainda. Primeiro, porque não se constrói vaga de presídio em dias. Segundo, porque fará com que o preso da sua Comarca “fure a fila” da Central de Vagas, prejudicando o preso

de outra Comarca que estava esperando há algum tempo (mantendo ou aumentando o problema do colega). Terceiro, se não houver o cumprimento da decisão, a retirada de um dinheiro que já tinha destinação certa (para o sistema carcerário, para a área de segurança ou para qualquer área pública) não irá fazer com que os presos sejam transferidos e prejudicará, ainda mais, a população pobre que mais necessita de políticas públicas para as quais esse dinheiro estava reservado.

Assim, a fim de evitar que o Juiz dê uma sentença ineficaz do ponto de vista prático, é necessário que este imponha uma solução razoável e exequível, considerando a necessidade de tutelar direitos fundamentais e de acomodar a finitude do orçamento estatal.

A aplicação do “processo estrutural” permite que o Juiz atue em colaboração com o Poder Executivo, Ministério Público, Conselho da Comunidade e todos os agentes que interessam ao feito, a fim de solucionar, de forma eficiente, o problema das condições indignas da cadeia. No processo estrutural, o Juiz atua em colaboração com as partes, como um gestor, exigindo destas, baseado no princípio da cooperação e no entendimento de que todos estão lá para atingir os ditames da Constituição da República, atitudes propositivas para solucionar o problema.

“Assim, pode a sentença delegar a execução ou fiscalização do julgado a outros órgãos, criar etapas para o cumprimento da ordem judicial, nomear terceiros encarregados de esboçar plano de cumprimento, ou adotar outras providências que a situação concreta requeira. Enfim, deve haver ampla margem para a gestão da decisão judicial, de modo a compatibilizá-la com as necessidades da situação concreta e com as possibilidades das partes. Pode-se, por exemplo, ditar à Administração Pública o objetivo a ser alcançado, reservando-lhe a escolha dos meios e preservando sua discricionariedade, ou se pode estabelecer, desde logo, um cronograma de atividades a serem adotadas. Pode-se impor certas condutas ao réu, ou deixar essa determinação a um órgão técnico especializado. Pode-se escalonar medidas a serem adotadas no tempo, com prestação de contas periódicas, ou mesmo nomear um interventor fiscalizador para acompanhar o desenvolvimento da satisfação à prestação jurisdicional”[4].

No caso específico das condições indignas da cadeia, não é exequível determinar a imediata remoção dos presos, transpassando a Central de Vagas e o CONTRANSP. Contudo, é possível, por meio do processo estrutural e baseado no tema repetitivo 220 do STF[5], estruturar diretrizes para resolver o problema da cadeia insalubre e que não possui a estrutura

adequada para proteger os presos e os agentes que os fiscalizam. Ora, se o Poder Executivo não possui condições de remover todos os presos para os presídios, tem o dever de manter a cadeia pública em condições mínimas de salubridade.

Assim, aplicando a ideia de processo estrutural, é possível que o Juiz conceda, por exemplo, um prazo para que o Estado, baseado no princípio da cooperação, elabore um relatório com um plano indicando: a) como será feita a reforma da cadeia; b) em qual prazo – dentro do prazo razoável indicado na sentença – a reforma ocorrerá; c) para onde os presos serão removidos e como ocorrerá essa remoção enquanto perdurar a reforma; e d) de qual parte do orçamento sairá o dinheiro para a reforma. Após a apresentação desse plano, o Ministério Público, a OAB, a Defensoria Pública e o Conselho da Comunidade poderão se manifestar, apresentando sugestões e/ou objeções. Com a apresentação desse plano, o próprio Estado estará se obrigando a cumpri-lo com critérios objetivos e passíveis de fiscalização[6] tanto pelo Poder Judiciário quanto pelo Ministério Público e o Legislativo - pois o Juiz poderá enviar cópia da sentença para a Poder Legislativo, a fim de fiscalizar a forma de cumprimento, já que dinheiro público está sendo gasto.

Tais medidas são só exemplificativas pois **o processo estrutural permite e necessita que o Juiz seja criativo** na fixação de diretrizes básicas e na condução da execução destas, aliadas à realidade das partes e da Comarca

Caso a parte ré não quera colaborar, é possível aplicar medidas coercitivas típicas e atípicas e litigância de má-fé (art. 536, §3º, CPC).

Enfim, a aplicação do processo estrutural permite que os Juízes que lidam diariamente com a situação caótica das delegacias sejam, em vez de verdadeiros “administradores do caos”, gestores da solução mais eficaz possível.

[1] REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CADEIA PÚBLICA DE IBAITI. REMOÇÃO DE PRESOS DEFINITIVOS E LIMITAÇÃO DOS PRESOS PROVISÓRIOS À CAPACIDADE MÁXIMA DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. TRANSFERÊNCIA DOS PRESOS DEFINITIVOS. IMPOSSIBILIDADE. INTERFERÊNCIA INDEVIDA DO PODER JUDICIÁRIO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL DO PODER EXECUTIVO. IMPLEMENTAÇÃO DE MEDIDAS ADMINISTRATIVAS CONJUNTAS ENTRE ÓRGÃOS E PODERES PARA SOLUÇÃO DO PROBLEMA. SISTEMA PRISIONAL. RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. A situação do sistema carcerário brasileiro, reconhecido como “Estado de Coisas Inconstitucional” pelo Supremo Tribunal Federal, é precária e exige a atuação conjunta e harmônica de diversos setores do Poder Público e da sociedade. 2. A imposição de quebra da sistemática de distribuição de vagas criada por Resolução Conjunta do Poder Executivo, Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, por meio de ação civil pública, impossibilitaria o Estado do Paraná, responsável pela administração do Sistema Penitenciário, de dar o adequado tratamento aos detentos de outras localidades

que padecem dos mesmos vícios existentes na Comarca da Ibaiti. SENTENÇA REFORMADA EM REEXAME NECESSÁRIO (TJPR - 5ª C.Cível - 0002481- 85.2013.8.16.0089 - Ibaiti - Rel.: Nilson Mizuta - J. 27.03.2018).

[2] *“Sem dúvida alguma, a estrutura tradicional do direito processual é, aqui, a responsável por obnubilar a visão do magistrado, impedindo uma visão completa do problema e, conseqüentemente, uma decisão adequada da controvérsia. A questão é ainda mais grave no campo da tutela coletiva. Nesse tipo de processo, pela peculiar interferência gerada no âmbito econômico, político, social ou cultural, os problemas acima vistos são amplificados”* (ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. Revista de Processo. Vol. 225, nov – 2013).

[3] ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. Revista de Processo. Vol. 225, nov – 2013.

[4] ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. Revista de Processo. Vol. 225, nov – 2013.

[5] REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido (RE 592581, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016).

[6] A fiscalização é de extrema importância, sob pena de os agentes não quererem cumprir o plano elaborado. Vide: O processo estrutural como instrumento adequado de controle de políticas públicas (uma análise empreendida à luz das experiências jurisdicionais argentina, colombiana e brasileira perante a crise do sistema prisional) (AZEVEDO, Júlio Camargo de. Revista de Processo Comparado. Vol. 6/2017. p 49-49. jul-dez de 2017).

DR. CARLOS EDUARDO MATTIOLI KOCKANNY

Juiz de Direito da Vara de Família e Sucessões, Infância e Juventude, Acidentes do Trabalho, Registros Públicos e Corregedoria do Foro Extrajudicial da Comarca de União da Vitória

EVOLUÇÃO E DESAFIOS NA ATUAÇÃO JURISDICIONAL CONTEMPORÂNEA

○ Ministro Edson Fachin, antes de ingressar no Supremo Tribunal Federal, em artigo no Conjur, destacou que “Esopo, em uma de suas fábulas, conseguiu estruturar uma pequena e poderosa lição sobre a humanidade: ‘ninguém é tão grande que não possa aprender, nem tão pequeno que não possa ensinar’. Pois bem, dessa singela frase emerge o desafio central e estrutural do Judiciário hoje, qual seja, compreender que seu trabalho se dá no contexto da família e da própria sociedade, e que somente em comunhão com ambas, sem se colocar soberbamente acima dos demais, e nem, tampouco, se inferiorizando frente aos demais poderes, conseguirá cumprir fielmente seu papel constitucional de garantia do direito, e mais do que isso, de garantia da justiça”.

O trabalho realizado na Vara da Infância e da Juventude e no CEJUSC (Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania) de União da Vitória pressupõe uma completa reformulação na forma tradicional de trabalho do Poder Judiciário, buscando constantemente a formação de parcerias, assim como a implementação de trabalho mais dialogado e humanizado, atento ao “outro”, permitindo maior qualificação dos resultados produzidos, de maneira que possam causar transformação positiva não apenas às pessoas envolvidas, mas especialmente junto às comunidades em que atua.

Tal se formatou primeiro na Vara da Infância e da Juventude, no contexto do artigo 227 da Constituição da República, sendo, portanto, por comando constitucional, dever da família, da sociedade e do Estado garantir à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o asseguramento dos mais diversos direitos, assim como salvaguardá-los de qualquer forma de violência. Se obrigação de toda sociedade tutelar este público, ainda mais sublime o dever do Poder Público, especialmente do Poder Judiciário, na execução do trabalho nas Varas da Infância e da Juventude, sendo imperativa a articulação de trabalho com a sociedade local nesta seara.

Diante do quadro existente em 2005, quando da vinda à Comarca de União da Vitória, especialmente em face de suas particularidades, como a composição por seis Municípios, a contígua Comarca de Porto União/SC com separação por apenas uma linha de trem, a segunda maior extensão territorial do Estado do Paraná, a grande distância do Fórum para todos os Municípios[1], baixo índice de desenvolvimento humano, terra não adequada para a agricultura, inexistência de industrialização, quadro de servidores no Fórum aquém do necessário, inexistência de equipe técnica multidisciplinar, etc., buscou-se trabalhar com aparato de gestão no âmbito institucional interno, assim como estabelecer estrutura de comunicação e diálogo interinstitucional com toda a sociedade local.

Nesse sentido, inicialmente fomentou-se trabalho de interiorização do Poder Judiciário, que possibilitou a criação, alguns anos depois, de três Postos Avançados da Vara da Família nos Municípios da Comarca, onde são realizadas audiências de conciliação e mediação, além de instrução e julgamento e execução de projetos de cidadania do CEJUSC. Também se planejou o incremento das seis redes de proteção da criança e do adolescente nos Municípios.

Da identificação do abandono da escola como regra em quase a totalidade dos processos atendidos, tanto na seara infracional como nas questões envolvendo situação de risco, optou-se por eleger a temática para planejamento particular, possibilitando não somente o trato da questão de maneira particularizada, como também de forma a fomentar o trabalho em rede.

O Projeto de Combate à Evasão Escolar lançado em 2008 tem como pilar fundamental a adoção de uma série de medidas sequenciais, verificadas as peculiaridades locais, a exemplo de trabalho com o problema inicialmente de forma coletiva, antes mesmo do encaminhamento individual dos casos; motivação da rede de evasão escolar, tornando a Vara da Infância e da Juventude parceira dos demais atores; busca das causas da evasão escolar, de forma a possibilitar não somente o trabalho individualizado das demandas mais graves e sensíveis mas, também, fomentar a criação de políticas públicas a respeito.

Com o passar dos anos, verificaram-se profundos reflexos positivos no público atingido, redução significativa dos índices de abandono e reprovação escolar, diminuição da estatística infracional, especialmente de delitos mais graves, assim como grande incremento de atuação das redes de proteção.

Nessa linha de trabalho, com a evolução do projeto, outros braços de atuação foram criados, tais como a atenção da rede de proteção aos responsáveis legais dos alunos (Projeto Escola de Pais), ao meio educacional, aos professores, diretores e equipes pedagógicas (Programa de capacitação

continuada DEDICA – Olhares para a Infância e Juventude).

Com o sucesso das iniciativas, e numa visão contemporânea e progressista, buscando-se o afastamento dos tradicionais métodos e problemas vinculados ao Judiciário, como a excessiva burocratização, o distanciamento da sociedade, a morosidade, o excesso de formalismo, a incompreensão da linguagem jurídica, a ausência de visão estratégica e de gestão, etc., passou-se a incrementar em todo o cotidiano da Vara Judicial preceitos diferenciados de atendimento e atuação.

Ressalta-se, por oportuno, que não se configura modelo com viés de assistencialismo via Poder Judiciário, como já se propalou, nem mesmo de subversão institucional ou afastamento dos ditames legais e constitucionais.

Ao contrário. Para todo e qualquer programa ou projeto executado na Comarca há precisa observância do arcabouço legislativo, sendo a atuação jurisdicional local fulcrada amplamente no “Planejamento e Gestão Estratégica” no âmbito do Poder Judiciário, disposta pelo Conselho Nacional de Justiça (Resolução nº 70/2009 e Resolução nº 198/2014), além da normatização que estabeleceu a criação da “Política Judiciária de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse”, hoje estabelecida via CEJUSC (Resolução nº 125/2010 CNJ, Lei Federal 13.105/2015).

A propósito, com o advento do CEJUSC, possibilitou-se encaminhar os projetos já em execução a um setor especializado, para trabalho e desenvolvimento especialmente no âmbito da “Cidadania”. A certificação recebida para trabalho nessa área foi pioneira no âmbito do Tribunal de Justiça, no final do ano de 2016. Em formatação de trabalho distinta daquela tradicionalmente executada pelo Judiciário, com estrutura própria (ainda muito aquém do desejado), com trabalho multidisciplinar, estabelecendo-se as mais diversas parcerias institucionais, o CEJUSC vem consolidar atuação jurisdicional contemporânea, afastando o Poder Judiciário da velha, arcaica, burocrática, morosa, ineficiente e inexpressiva ação formatada ao longo de sua história, causando a maior transformação já vivenciada quanto à sua atuação e resultados atingidos.

Em União da Vitória atualmente mais de 30 (trinta) projetos de cidadania estão em plena execução, com mais de uma dúzia de novas ideias em planejamento. Mencionam-se, exemplificativamente, além dos programas já citados no presente texto, os projetos “Pai Presente é Pai Responsável” (derivado do projeto do CNJ com atendimento no âmbito da Psicologia), “Viva em Paz” (o qual atende homens acusados de violência doméstica no âmbito da terapia psicológica coletiva, no contexto da Lei Maria da Penha), “Qualidade de Vida a Pessoas Institucionalizadas” (atendimento e acompanhamento de idosos, adultos com problemas mentais, etc., que se encontram abrigados, buscando a reaproximação familiar), “Travessia”

(atendimento de vítimas de violência recebidas no Fórum para testemunho), “Amigos do Povo” (o qual busca aproximação do Poder Judiciário e das Polícias com comunidades de carência socioeconômica e altos índices de violência, com encaminhamento de problemas ao Fórum), “Duas Casas para Crescer” (pais em fase de divórcio), “Mediare” (acompanhamento das famílias após a realização de audiência de mediação com resultado frutífero), “Primeiro Passo” (mulheres vítimas de violência), “Resgate” (moradores em situação de rua), “Confiar” (atendimento de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual), “Adolescente Aprendiz”, “Construindo a Prevenção” (orientação sexual a meninas adolescentes com o fim de evitar a gravidez precoce), “Vida Sim” (prevenção ao público com risco de suicídio), além do uso de técnicas de Justiça Restaurativa e Constelações Sistêmicas. O CEJUSC local formalizou convênio com mais de 50 (cinquenta) cursos de todas as instituições de ensino de nível superior da região, em todas as áreas, trabalhando, por exemplo, com Contabilidade, Arquitetura e Urbanismo, Sistemas de Informações, Administração, Educação Física, Veterinária, Agronomia, entre outros, além dos tradicionais trabalhos com os cursos de Direito, Serviço Social, Pedagogia e Psicologia. Uma das instituições possui sede no Estado de Santa Catarina, sendo formalizados também convênios com todos os Municípios da Comarca, alguns deles para realização de exame de DNA, outros para triagem socioeconômica no interior com a criação de aparatos similares a uma Defensoria Pública Municipal, atendimento diário e a realização de mediações nos postos avançados do Fórum no interior.

Por meio de convênio com o Estado do Paraná, buscando o aperfeiçoamento do trabalho com o Núcleo Regional de Educação, possui o Fórum local, de forma pioneira, um espaço de uso exclusivo da Secretaria de Estado da Educação, o que possibilita uma ação articulada muito mais efetiva na consecução dos projetos ligados à área da educação, que em 2018 completam 10 (dez) anos.

Enfim, sem se afastar do atendimento do acervo judicial, atualmente cerca de 5.000 (cinco mil) processos em trâmite (com avaliação da Unidade Judiciária em março de 2018 pela Egrégia Corregedoria-Geral da Justiça como de “produtividade excelente”), busca o Poder Judiciário de União da Vitória, especialmente via CEJUSC e Vara da Infância e da Juventude e Família, atuação jurisdicional mais condizente com o anseio do jurisdicionado, do operador jurídico, da sociedade como um todo, com resultados e reflexos concretos e positivos no meio social, bem como com o incremento de melhora da imagem da própria Justiça, atendendo aos comandos da Política Judiciária Nacional estabelecida pelo Conselho Nacional de Justiça no “atendimento adequado aos problemas jurídicos e conflitos sociais existentes, buscando outros mecanismos de solução, de acordo com a natureza e as peculiaridades de cada caso” (Resolução nº 125).

Na materialização de um atendimento jurisdicional significativamente diferenciado do que se vislumbra usualmente, vem cumprindo a Comarca de União da Vitória com o objetivo preconizado pelo Ministro Luiz Edson Fachin no artigo anteriormente referido, segundo o qual “cabe ao Poder Judiciário construir com grandes e pequenos as soluções para os problemas reais”.

[1] Centro de um deles a 85 Km do Fórum, diversas comunidades com mais de 130 Km de distância, boa parte do caminho por estradas rurais não asfaltadas.

DR. CARLOS GREGÓRIO BEZERRA GUERRA

Juiz de Direito da Comarca de Coronel Vivida

A COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE OS DEVERES CONSTITUCIONAIS DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E CELERIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL: O PROBLEMA DA LÓGICA “PRODUTIVISTA”

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva investigar a compatibilidade entre os deveres de fundamentação judicial e celeridade da prestação jurisdicional no contexto da lógica produtivista existente na atual quadra da história do Poder Judiciário no Brasil, especificamente no que se refere à justiça estadual de primeiro grau.

Por primeiro, investiga-se a existência de uma lógica produtivista no âmbito do Poder Judiciário a partir da análise da atuação do Conselho Nacional de Justiça enquanto ente regulador da atividade jurisdicional, verificando o desenho institucional dado pelas resoluções e demais instrumentos reguladores expedidos por esse órgão, especificamente a imposição de metas e o seu cumprimento.

Constatando-se a situação inicialmente presumida, passa-se a análise dos deveres constitucionais de fundamentação e celeridade, por meio de uma leitura que partilha dos pressupostos da Crítica Hermenêutica do Direito, em sentido estrito, e da Teoria Crítica de base frankfurtiana, em sentido amplo. Realiza-se uma breve análise do pensamento exteriorizado na obra “Verdade e Consenso”, de STRECK[1] e na obra “Como decidem as cortes?”, de RODRIGUEZ[2], apresentando um ponto em comum entre ambas as teorias, qual seja, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais como elemento indispensável ao exercício do Estado Democrático de Direito.

Na sequência será abordado o dever de celeridade à luz da reforma constitucional do Poder Judiciário, ocorrida em 2004, e da criação do Conselho Nacional de Justiça. Promove-se uma investigação sobre como

a celeridade foi alçada ao objetivo primordial da prestação jurisdicional, buscando realizar uma análise crítica dos efeitos da adoção extremada de um dever em detrimento de outro, de modo que a celeridade sem fundamentação representa arbitrariedade, e a fundamentação sem celeridade significa ineficácia dos direitos em razão da ausência de tutela jurisdicional em tempo hábil a evitar ou interromper a violação de direitos.

Por fim, analisa-se a possibilidade de compatibilizar os deveres de fundamentação e celeridade, tendo como parâmetro delimitador da questão o quantitativo de processos que tiveram início no Poder Judiciário nos últimos anos e a estrutura material existente para dar conta de todas as atribuições que decorrem desse acesso quase irrestrito ao sistema de justiça.

É fundamental não olvidar que o problema aqui trabalhado é relevante para a discussão acerca do Poder Judiciário e suas práticas, na medida em que se percebe um aumento das críticas às decisões judiciais, seja em razão da demora na prestação jurisdicional, seja na ausência de fundamentação racional. Veja-se, por tempos a morosidade da justiça figurou como umas das graves queixas da sociedade em relação à prestação jurisdicional, talvez a maior delas. Todavia, em que pese a morosidade ainda permanecer como a principal frente de combate do Conselho Nacional de Justiça, como se percebe das metas do Poder Judiciário nos últimos anos, há hoje uma crescente insatisfação com a qualidade do serviço judiciário prestado, não apenas com o atendimento aos usuários mas, também, com o ponto mais sensível de toda prestação jurisdicional, qual seja, o ato decisional, função precípua do Poder Judiciário.

Por outro lado, à medida que cresce a insatisfação com a qualidade das decisões judiciais, cresce também a quantidade de processos a serem julgados, conforme se vê da análise dos resultados das metas do Judiciário acima referidas. A pressão pelo cumprimento das metas, associado ao grande volume de processos diminui o tempo para a análise dos feitos e pode estar gerando uma diminuição da qualidade das decisões, com o conseqüente aumento dos erros. Por essa razão, é imprescindível analisar se existe uma estrutura material que permita aos julgadores uma atuação célere e que não relegue a qualidade do ato jurisdicional praticado e/ou se a jurisdição deveria se limitar a um número menor de demandas.

Faz-se imprescindível observar que se considera sem qualidade a decisão que não é racionalmente fundamentada. É nesse sentido que se insere o presente trabalho. Ou seja, avaliar se existe uma cultura do produtivismo dentro do aparelho da Justiça e se essa cultura permite compatibilizar os deveres de celeridade e fundamentação das decisões judiciais.

2. A COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE OS DEVERES CONSTITUCIONAIS DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E CELERIDADE DA PRESTAÇÃO

JURISDICIONAL: O PROBLEMA DA LÓGICA “PRODUTIVISTA”

2.1. Uma breve introdução à questão

Em discurso como paraninfo da turma dos formandos de 1920 da Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, Rui Barbosa diz, em certo ponto do seu texto, que “(...) *justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta*”[3]. Decorrido um pouco menos de um século do célebre discurso, que acabou se tornando lugar comum no meio jurídico, o Conselho Nacional de Justiça, utilizando a rede social Twitter, publicou, em 2013, a mesma citação[4]. O que se pode depreender da manifestação pública é que a questão da celeridade continua sendo central enquanto problema a ser enfrentado pelo Poder Judiciário e que o que era um discurso ou fala de um acadêmico ou advogado tornou-se, no século XXI, um discurso de um órgão do próprio Poder Judiciário, ainda que com membros externos e com função de controle.

Por meio da Resolução 70/2009[5], o Conselho Nacional de Justiça institucionalizou um plano estratégico para o Poder Judiciário a ser cumprido durante os anos de 2010 a 2014, com objetivos específicos e com a criação de índices para verificação do cumprimento das metas nacionais. Pois bem, pode-se ter aí o embrião do atual desenho institucional do modelo de prestação jurisdicional dominante no País. O art. 6º da referida Resolução instituiu que o CNJ coordenaria a instituição de índices, metas, projetos e ações de âmbito nacional, comum a todos os tribunais, inaugurando uma nova fase no Judiciário pátrio, qual seja, o de metas e indicadores, muito mais responsivo à demanda por celeridade.

Antes da Resolução 70/2009 do CNJ, já havia relatórios anuais para verificação do quantitativo de demandas e da carga de trabalho dos Magistrados. É relevante tecer uma brevíssima comparação entre os dados obtidos em 2003[6] e os obtidos no ano-base 2016[7]. No ano de 2003, a carga de trabalho dos Magistrados estaduais de 1º grau foi de 4.676,72 processos por Magistrado e existiam 5,51 Magistrados por cem mil habitantes. Já em 2016, a média de Magistrados estaduais por cem mil habitantes foi de 5,66, enquanto a carga de trabalho foi de 7.364 processos por Magistrado. Como se percebe, houve uma estagnação na quantidade de Magistrados e um aumento da carga de trabalho.

Pois bem. Desde a criação do Conselho Nacional de Justiça, não se verifica uma mudança na diminuição do acervo processual, muito pelo contrário. Se levarmos em consideração apenas os dados a partir de 2009, ano em que se passou a adotar uma metodologia comum, temos que nesse citado ano havia 60,7 milhões de processos pendentes, enquanto no ano-base 2016 esse número cresceu para 79,7 milhões de processos[8]. À primeira vista, seria possível pensar que isso se deve à baixa produtividade dos Magistrados, mas nesse mesmo relatório do ano-base 2016 percebe-se que

o número de sentenças e decisões passou de 20,7 milhões em 2009 para 26,3 milhões em 2016, e o número de processos baixados passou de 25,3 milhões em 2009 para 29,4 milhões em 2016.

Tendo em vista que não houve alteração considerável do número de Magistrados por cem mil habitantes de 2003 a 2016, é possível que um dos fatores que tem maior influência para o aumento da produtividade seja a atividade correcional. Nesse sentido, a coação pelo temor de ter instaurado contra si um procedimento disciplinar pode ser um instrumento bastante eficaz para o aumento da produtividade dos Juízes, uma vez que já não são raros os casos de procedimentos com penalização do julgador com aposentadoria compulsória[9], sem que aqui se faça qualquer juízo de valor acerca do acerto ou desacerto das eventuais punições, na medida em que não se debruçou sobre os procedimentos. Todavia, a atividade correcional acompanha cada vez mais de perto o cumprimento das metas por meio dos sistemas de gestão processual e cobra cada vez mais dos Magistrados o cumprimento das metas e o conseqüente aumento da produtividade.

De outro turno, o aumento da produtividade dos Magistrados veio acompanhada de uma natural perda da qualidade das decisões judiciais, o que pode ser explicado por uma série de fatores, tais como: menor quantidade de tempo para apreciação dos processos; necessidade de delegar funções de pré-análise processual à assessoria, composta em grande parte por estagiários[10]; adoção de uma racionalidade autoritária; entre outras. Para os efeitos deste trabalho, abordase especificamente um desses fatores, qual seja, o aumento da quantidade de processos a serem apreciados e a exigência de uma maior celeridade para o cumprimento das metas estabelecidas pelo CNJ.

É nesse contexto que se insere a questão primordial deste trabalho: a lógica produtivista na atividade jurisdicional, as suas conseqüências e a necessidade de se compatibilizar celeridade e qualidade da prestação jurisdicional, consubstanciada no dever de fundamentação do julgador quando do exercício da prestação jurisdicional.

2.2. 2. O dever de fundamentação das decisões judiciais

A Constituição Federal, enquanto promulgadora de um Estado Democrático de Direito, traz em seu artigo 93, IX, o dever de fundamentação das decisões judiciais. Senão, vejamos:

“IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público

à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional n° 45, de 2004)”[11].

Todavia, a par do dever de fundamentação restar translúcido no dispositivo em comento, os julgadores, há tempo, vêm desrespeitando esse preceito, talvez por um déficit de conhecimento sobre teorias das decisões judiciais ou mesmo por puro autoritarismo, que está intrínseco na cultura jurídica pátria. Essa constatação acerca da violação ao dever de fundamentação das decisões vem sendo alertada por juristas brasileiros que empreendem pesquisas sérias e com autonomia investigativa, podendo-se citar, entre outros, Lenio Luiz Streck e José Rodrigo Rodriguez.

Certamente que o constituinte, ao introduzir o dever de fundamentação na Constituição, apenas reproduzia um marco civilizatório próprio do Estado moderno, ou seja, o exercício do poder só possui legitimidade à medida que esteja balizado pela soberania popular, que é expressada pelo império do Direito. Assim, o julgador deve fundamentar suas decisões porque não está a exercer um poder seu, mas apenas um poder delegado a si com limites e deveres específicos.

No entanto, o que se tem percebido é um cumprimento parcial do dever de fundamentação, na medida em que o ônus argumentativo tem sido confundido com o simples justificar da decisão, muitas vezes fruto da pura vontade do julgador, o que STRECK e RAATZ[12] denominam de “*versões fracas do dever de fundamentação*”. Por seu turno, RODRIGUEZ[13], em pesquisa empírica, debruçou-se sobre os acórdãos das Cortes superiores do País e vislumbrou a existência de um modo de decidir que dista dos imperativos do Estado Democrático de Direito, conseguindo perceber que prevalece no modo de fundamentação das decisões a utilização de argumentos de autoridade, sejam colhidos na jurisprudência, sejam colhidos na doutrina. E é nesse sentido que tece sua crítica:

“Ora, uma argumentação que não se fundamente principalmente em argumentos de autoridade deve apresentar-se como convincente por si só, independentemente da pessoa que a proferiu ou de qualquer outra autoridade ou pessoa que, eventualmente, concorde com determinado modo de pensar. Ela deve ser justificada independentemente da pessoa que articula os argumentos, ou seja, deve representar a melhor solução possível para aquele caso — o melhor direito, a solução mais adequada —, esteja ela presente no texto da lei ou tenha sido obtida por intermédio de algum outro modelo de racionalidade judicial. Prevalece no Brasil a articulação de opiniões acompanhadas da citação, sem contextualização ou análise, de uma série de “jurisprudências” e “doutrinas” a título de argumento de autoridade”[14].

No mais das vezes, prevalece a personalização da jurisdição. Cada julgador decide o que bem entende e depois encontra um argumento de autoridade que sirva de justificação para a sua decisão. Por óbvio que tal ato atenta contra a lógica democrática na medida em que cria um direito do julgador versus o direito da sociedade, que, em algum momento histórico, foi positivado e que está vigente. Ainda que a atividade decisional não deva estar vinculada ao pensamento textualista ou positivista exegético, o julgador não pode violar o texto da lei, criando um novo texto. Em seu “Verdade e Consenso”, STRECK nos adverte:

“(...) Além disso, é necessário alertar para o fato de que a afirmação “a norma é (sempre) produto da interpretação do texto”, ou de que o “intérprete sempre atribui sentido (Sinnggebung) ao texto”, nem de longe pode significar a possibilidade deste – o intérprete – poder “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem “existência” autônoma). O texto “limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção, como querem as diversas formas de decisionismo”, alerta Adeodato”[15].

Lado outro, não se está a dizer que o intérprete deve promover uma fundamentação baseada unicamente em bases exegéticas. Muito menos que deve prevalecer uma visão positivista/kelseniana do Direito. A uma, porque o primeiro erro reside em dizer, como se faz comumente na “cultura dos cursinhos para concurso”, que Kelsen em sua teoria entende que o direito aplicado pelo julgador deve guardar idêntica semelhança com a vontade do legislador. Ora, evidentemente não é essa a teorização de Kelsen. Muito pelo contrário. Kelsen foi além do seu tempo e tratou do discurso científico acerca do Direito, fazendo inclusive uma separação entre a interpretação do direito feita por um cientista e a aplicação do direito feita pelas Cortes, sendo que esta última goza de um espaço interpretativo preenchido no momento da aplicação da norma, ou seja, o ato de decisão para Kelsen é um ato de vontade. A duas, porque a decisão judicial não deve ser mero ato de vontade, sob pena de se jogar fora séculos de construção de uma sociedade democrática fundada no império da lei.

Esse modo de decidir, além dos problemas anteriormente relatados, causa ainda um risco de violação ao devido processo legal em seu sentido amplo, uma vez que a decisão judicial que não enfrenta racionalmente todos os argumentos jurídicos trazidos pelas partes não permite à parte que teve seu direito não tutelado saber por qual razão seus fundamentos não foram acolhidos e, assim, submeter a questão a uma instância superior para reanálise. As Cortes Superiores, por sua vez, solidificaram o entendimento

de que a decisão pode ter fundamentação suficiente, ou seja, pode abordar apenas os pontos que para o julgador é suficiente para dar provimento ou não aos pedidos.

Esse contexto criou a necessidade de se debater e criar balizas ao dever de fundamentação e, com esse viés, a partir da redação do novo Código de Processo Civil, inaugurou-se na legislação infraconstitucional uma regulamentação clara do dever de fundamentação.

Vejamos:

“Art. 489, §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”[16].

Lendo cada um dos incisos acima perceber-se-á critérios jurídicos racionais necessários à fundamentação de uma decisão judicial. Partindo desse marco legislativo, depreende-se que a decisão judicial fundada em argumentos de força, como citações doutrinárias, jurisprudenciais e sumulares, sem a contextualização da adoção do pensamento ao caso concreto e sem a explicação jurídica da posição assumida não pode ser tida como válida. Logo, de uma fundamentação suficiente, aceita nos tribunais, passa-se a um dever de fundamentação exauriente enquanto exigência da lei.

O artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil representa, no atual contexto da jurisdição brasileira, um avanço e um desafio. Isso porque traz a necessária explicitação de critérios para se saber se uma decisão está fundamentada ou não, mas também é um desafio, posto que confronta dois grandes

problemas: a cultura autoritária do Judiciário e o “produtivismo”. Quanto ao primeiro dos problemas, é necessário evidentemente uma posição firme dos Tribunais Superiores e uma cobrança das instituições que atuam no sistema de Justiça e dos doutrinadores para que o julgador se sinta constrangido, epistemologicamente ou disciplinarmente, ao cumprimento da lei, por mais absurdo que isso possa soar. No entanto, parece ser um problema a ser resolvido com o passar do tempo, na medida em que se solidifique a cultura democrática no Brasil. Já o segundo problema merece uma atenção redobrada, uma vez que não depende apenas do constrangimento do julgador para o cumprimento da lei como veremos na sequência.

2.3. 3.A lógica produtivista na atividade jurisdicional

Se por um lado a criação do Conselho Nacional de Justiça foi extremamente benéfica para a sociedade, no que diz respeito à abertura do Poder Judiciário e ao conseqüente incremento da transparência acerca desse Poder, por outro teve o condão de promover algumas mudanças consideráveis no exercício da jurisdição.

O primeiro trabalho de grande impacto do CNJ foi a coleta de dados de todos os órgãos do Poder Judiciário nacional, permitindo dar início a uma radiografia da situação orçamentário-financeira e jurisdicional. Data do ano-base de 2003 a primeira avaliação de dados e de 2009 a mudança mais significativa nesse processo, o estabelecimento de metas. No correr dos anos, percebeu-se o aprimoramento da coleta de dados e dos grupos de gestão processual, levando em conta também o processo de informatização do Poder Judiciário e de digitalização dos processos, efetivando uma mudança dos processos físicos para os processos digitais. Como dito anteriormente, essa mudança se deu tendo como um dos objetivos primordiais diminuir ou extinguir a morosidade na prestação jurisdicional[17].

Em 2010[18] foi estabelecido como Meta 1 do Poder Judiciário brasileiro julgar quantidade igual à de processos de conhecimento distribuídos em 2010 e parcela do estoque, com acompanhamento mensal. Desde esse ano até o corrente, essa meta foi mantida e disseminada como o objetivo de todo Magistrado, julgar mais processos do que os distribuídos no ano em sua Unidade Judicial.

Aliado ao estabelecimento de metas de julgamento anual de processos, implementou-se uma atuação correcional mais presente e rígida com os prazos para despachos, decisões e sentenças de cada processo individual, inclusive com o início de procedimentos disciplinares contra Magistrados que venham a descumprir injustificadamente os prazos processuais.

O próprio regimento interno do CNJ traz a previsão, em seu artigo 78,

de representação contra Magistrado por excesso de prazo injustificado, podendo qualquer pessoa com interesse legítimo suscitar o excesso. Há ainda a instituição de premiações para os Juízes mais produtivos[19] como uma forma de reconhecimento na busca pelo objetivo de dar maior celeridade à prestação jurisdicional.

Todas essas ações, sejam de desestímulo pelo temor de uma sanção ou por estímulo em razão de uma premiação, introduzem no Poder Judiciário a lógica produtivista em que o objetivo central da atividade jurisdicional passa a ser baixar o maior número de processos possíveis. A celeridade judicial ganha status de princípio superior nos deveres do Magistrado, e a qualidade das decisões proferidas passam a ser um objetivo subsidiário, devendo o julgador se preocupar mais com a quantidade de decisões proferidas do que com a qualidade de cada uma delas, ainda que esse discurso não esteja explicitado.

Percebe-se que se trata de um processo em curso, que teve início com a criação do CNJ e que vem espraiando-se por todo o Poder Judiciário. É emblemática a reportagem do site Consultor Jurídico acerca da decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que aposentou compulsoriamente um Juiz por produzir apenas 33 sentenças por mês, em média. Chama ainda mais atenção a fala do Desembargador Amorim Cantuária, para quem *“o juiz mantém prática antiga da Magistratura, trabalhando em ritmo artesanal. Hoje, infelizmente, a nossa produção tem que ser industrial”*[20]. Assim, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo envia uma mensagem clara aos demais julgadores: a prestação jurisdicional não comporta mais a análise detida de um processo, pois o julgador precisa, antes de tudo, produzir de modo fabril. Hoje caminhamos para tornar obsoleta a discussão acerca do Juiz Hércules de Dworkin[21], uma vez que o sistema judicial vem impondo a figura do Juiz-Taylor[22], que busca a cada dia melhorar a gestão produtiva de sua atividade e consegue aumentar o número de processos baixados e o tempo de espera por uma decisão judicial.

Quando da contextualização, foi dito no início desse trabalho que, segundo os dados do CNJ, em que pese o crescimento da quantidade de decisões e sentenças dos Magistrados brasileiros, houve um aumento do número de processos pendentes, e, como não houve um aumento do número de Magistrados, conseqüentemente aumentou a carga de trabalho de cada Magistrado. O grande e gravoso problema que surge é como o Magistrado, inserido nessa cobrança produtivista, cumprirá com os deveres de fundamentação se a carga de trabalho cada vez aumenta mais? Como em um sistema de Justiça que adota a lógica fabril, o Magistrado conseguirá em cada decisão e sentença abordar cada ponto argumentado pelas partes dos processos, além de cumprir os demais deveres presentes no artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil?

Sem sombra de dúvida que, ainda que não existisse a lógica produtivista, haveria os julgadores que, jungidos pelo autoritarismo, continuariam a desrespeitar o citado artigo de lei, mas sob essa lógica o respeito ao dever de fundamentação pode vir a ser descumprido até mesmo pelos julgadores conscientes e conscientes de sua função em um Estado Democrático de Direito, uma vez que a cobrança pelo cumprimento de metas e prazos coloca sobre o Juiz a pressão e o temor de sofrer sanções. Chega-se a um ponto de um verdadeiro “nó górdio”, que não cabe ao julgador desatar. Ora, entre decidir de forma fundamentada e decidir um maior número de processos, em um ambiente judicial que não diminui a taxa de congestionamento do sistema, parece muito mais justificável o eventual atraso das decisões, mas com o fiel cumprimento do art. 489, §1º, do Código de Processo Civil.

Porém, quem possui o poder regulamentar e correccional da atividade judiciária é o Conselho Nacional de Justiça, e é esse órgão que os Juízes temem, em razão do seu poder sancionatório. Logo, entre a aplicação da lei, em sentido estrito, e a aplicação de uma determinação do CNJ, parece razoável crer que os Magistrados adotarão esta última. Até mesmo porque, em uma eventual reclamação acerca do descumprimento do dever de fundamentação, poderá argumentar que a carga de trabalho não permite analisar cada um dos argumentos trazidos pela parte, sendo suficiente a fundamentação utilizada.

Não se quer com isso legitimar ou justificar a conduta dos Magistrados, de forma alguma. Causa grande preocupação refletir que o atual estado de coisas do sistema Judicial nos leva a acentuar cada vez mais o déficit democrático de nossa sociedade, uma vez que um órgão de Estado passa a descumprir uma norma procedimental da decisão judicial, colocando em jogo o próprio império do Direito. Contudo, precisamos avançar na discussão sobre o papel do CNJ nesse contexto, posto que desse Órgão parte a gestão estratégica do Poder Judiciário.

3 CONCLUSÃO

Desse modo, pode-se observar com o presente trabalho que o dever de fundamentação das decisões judiciais é um imperativo do Estado Democrático de Direito, sem o qual a população fica entregue ao decisionismo e à subjetividade de cada julgador, que não enfrenta racionalmente o caso que lhe foi entregue para a prestação jurisdicional.

Todavia, também é possível concluir que a criação do Conselho Nacional de Justiça, que teve como uma das justificativas a necessidade de combater a morosidade judicial, acabou por criar uma lógica produtivista sem, contudo, conseguir eficazmente diminuir o acervo de processos que pendem de julgamento no Poder Judiciário, gerando um problema ainda maior neste momento, qual seja, a manutenção da morosidade e da falta de fundamentação completa das decisões judiciais. Para os fins deste

artigo, pretendeu-se provocar a discussão acerca do atual status quo do sistema Judicial, como forma de dar início a um novo debate sobre como conciliar celeridade com fundamentação das decisões judiciais.

[1] STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

[2] RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2013.

[3] BARBOSA, Rui. Oração aos moços, p. 47. Campinas: Russell editores, 2007.

[4] Disponível em <https://twitter.com/cnj_oficial/status/320682548512555008>

[5] Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_70_18032009_22072014152617.pdf. Acessado em 04 de fevereiro de 2018.

[6] Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/relatorios/justica_numeros_2003.pdf. P. 35. Acessado em 04 de fevereiro de 2018.

[7] Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. P. 73. Acessado em 04 de fevereiro de 2018.

[8] Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. P. 68. Acessado em 04 de fevereiro de 2018.

[9] Veja-se as seguintes notícias nos links acerca de procedimentos disciplinares que resultaram em punição a Magistrados por baixa produtividade. <https://www.conjur.com.br/2017-jun-30/elogiadocolegas-juiz-aposentadobaixa-produtividade>. Acessado em 05 de fevereiro de 2018. <https://www20.opovo.com.br/app/opovo/politica/2016/06/20/noticiasjornalpolitica,3626034/juizcearense-e-alvo-de-processo-disciplinar-por-baixa-produtividade.shtml>. Acessado em 05 de fevereiro de 2018.

[10] Já em 2012, Lenio Streck fazia menção, em sua coluna do Conjur, ao que denominou ironicamente de “estagiariocracia”. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2012-abr-12/senso-incomum-tomadapoder-pelos-estagiariosregime>. Acessado em 05 de fevereiro de 2018. Nessa mesma coluna semanal, é possível identificar outro texto crítico acerca do assunto. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-30/diario-classe-jantar-fim-anoestagiarios-antes-facam-greve>.

[11] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em 05 de fevereiro de 2018.

[12] STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito. In R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 20, p.160-179, jan./jun. 2017.

[13] RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? FGV: São Paulo, 2013.

[14] RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? FGV: São Paulo, 2013. P. 77.

[15] STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. P. 117.

[16] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.html. Acessado em 05 de fevereiro de 2018.

[17] É possível constatar essa afirmação por meio da leitura de notícias divulgadas no sítio do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85361-estatisticas-mostramevolucao-do-combate-a-morosidade-na-justica>. Acessado em 20 de fevereiro de 2018. <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62126-morosidade-da-justica-e-a-principal-recl>

[18] Disponível em <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/metas-de-exerciciosanteriores/metas-2010>. Acessado em 20 de fevereiro de 2018.

[19] As Corregedorias da Justiça do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará premiaram juízes. Disponível em <http://amaerj.org.br/noticias/corregedoria-premiajuizes-e-servidores-maisprodutivos-do-tj-rj/>. <http://www.tjce.jus.br/noticias/corregedoria-geraljustica-premiara-13-juizes-com-maior-productividade-e-presteza-em-2017/>. Acessados em 20 de fevereiro de 2018.

[20] <https://www.conjur.com.br/2017-jun-30/elogiado-colegas-juiz-aposentadobaixa-productividade>. Acessado em 20 de fevereiro de 2018.

[21] DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

[22] Irônica alusão ao norte-americano, mestre da produtividade, Frederick w. Taylor.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. Oração aos moços, p. 47. Campinas: Russell editores, 2007.

BOAVENTURA, Edivaldo. Como ordenar as ideias. São Paulo: Ática, 2014.

CAENEGEM, R.C. van. Juízes, Legisladores e Professores. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FONTAINHA, Fernando de Castro. Juízes empreendedores: um estudo a partir da informatização dos tribunais brasileiros. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2012.

NEUMANN, Franz. O império do Direito. Quartier Latim: São Paulo, 2010.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Fuga do Direito. São Paulo: Saraiva, 2009.

----- . Sociedade contra o Estado – duas ondas de democratização radical no Brasil (1988 e 2013): uma interpretação à luz de Franz Neumann. In Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica – Anuário PPGD Unisinos, n. 12. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

----- . A justificação do formalismo jurídico. São Paulo: Saraiva, 2011.

----- . Como decidem as Cortes?. FGV: São Paulo, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo; SILVA E COSTA, Carlos Eduardo Batalha; BARBOSA, Samuel Rodrigues. Nas Fronteiras do formalismo. São Paulo: Saraiva, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

----- . Dicionário de hermenêutica. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

----- . Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

----- . Jurisdição constitucional e decisão jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito. In R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 20, p.160-179, jan./jun. 2017.

DR^a. CAROLINA MAIA ALMEIDA

Juíza de Direito da 2^a Vara Criminal do Foro Regional de São José dos Pinhais da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES DE POSSE E PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO

O princípio da insignificância surgiu no Direito Romano e era representado pelo brocardo “*minimis non curat praetor*”, ou seja, “o pretor não cuida de coisas pequenas”.

Segundo tal princípio, que foi trazido para o Direito Penal moderno pelo alemão Claus Roxin, o Direito Penal não deve se ocupar de condutas irrelevantes, que não causem o mínimo de lesão ao bem jurídico tutelado. Isso porque sendo o Direito Penal o último recurso (*ultima ratio*) do qual pode se valer o Poder Estatal, a Lei penal somente poderá ser utilizada em casos de extrema necessidade, para proteger os bens jurídicos mais importantes dentro de um determinado contexto social.

Dessa forma, caso ocorra um “*crime de bagatela*”, embora a conduta praticada seja típica formalmente, falta-lhe a tipicidade material por não ter ocorrido lesão significativa a bens jurídicos relevantes para a sociedade.

Segundo Paulo Queiroz[1]:

“O princípio da insignificância constitui, portanto, um instrumento por cujo meio o juiz, em razão da manifesta desproporção entre crime e castigo, reconhece o caráter não criminoso de um fato que, embora formalmente típico, não constitui uma lesão digna de proteção penal, por não traduzir uma violação realmente importante ao bem jurídico tutelado”.

Não há qualquer previsão legal no nosso ordenamento jurídico pátrio sobre tal princípio. No entanto, ele vem sendo aplicado pelos Tribunais, de forma individualizada, notadamente em casos de crimes patrimoniais cometidos sem violência e crimes tributários.

Há, contudo, uma certa resistência dos Tribunais em aplicar tal princípio aos crimes de perigo abstrato, que são aqueles que descrevem apenas um comportamento, sem exigir a lesão concreta a um bem jurídico ou a colocação deste em efetivo risco.

Segundo tal entendimento, nos crimes de perigo abstrato, a lesão ao bem jurídico é presumida, razão pela qual não seria possível falar-se em ausência de tipicidade material.

Não obstante, no que diz respeito particularmente aos crimes de porte e posse de munição de uso permitido e restrito, previstos nos arts. 12, 14 e 16 da Lei nº 10.826/2003, os Tribunais Superiores têm reconhecido a possibilidade de se afastar a tipicidade material da conduta quando evidenciada a inexpressividade da lesão ao bem jurídico tutelado.

Assim, se uma pessoa possui apenas uma pequena quantidade de munição, desacompanhada de arma de fogo, a sua conduta torna-se irrelevante para o mundo jurídico, pois não representa nenhuma expectativa de perigo de dano à incolumidade pública.

Nesse sentido, julgou o Supremo Tribunal Federal:

“HABEAS CORPUS. DELITO DO ART. 16, CAPUT, DA LEI N. 10.826/2003. PACIENTE PORTANDO MUNIÇÃO. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUCTA. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A análise dos documentos pelos quais se instrui pedido e dos demais argumentos articulados na inicial demonstra a presença dos requisitos essenciais à incidência do princípio da insignificância e a excepcionalidade do caso a justificar a flexibilização da jurisprudência deste Supremo Tribunal segundo a qual o delito de porte de munição de uso restrito, tipificado no art. 16 da Lei n. 10.826/2003, é crime de mera conduta. 2. A conduta do Paciente não resultou em dano ou perigo concreto relevante para a sociedade, de modo a lesionar ou colocar em perigo bem jurídico na intensidade reclamada pelo princípio da ofensividade. Não se há subestimar a natureza subsidiária, fragmentária do direito penal, que somente deve ser acionado quando os outros ramos do direito não forem suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos. 3. Ordem concedida” (HC 133984, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 17/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-112 DIVULG 01-06-2016 PUBLIC 02-06-2016).

No mesmo sentido, julgaram algumas turmas do Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.

POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. AUSÊNCIA DE ARMA DE FOGO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE. 1. O Supremo Tribunal Federal passou a admitir, excepcionalmente, a aplicação do princípio da insignificância quando apreendidas pequenas quantidades de munições desacompanhadas da arma de fogo, por falta de potencial lesivo concreto. Precedentes. 2. Na espécie, o acusado foi surpreendido em sua residência na posse de munição de uso permitido - 1 cartucho, calibre 22. Desse modo, considerando a quantidade não relevante de munições, bem como a ausência de qualquer arma de fogo, deve ser afastada a tipicidade material do comportamento. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido” (AgRg no AREsp 1213616/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 25/09/2018).

“PENAL E PROCESSO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. POSSE DE MUNIÇÕES. AUSÊNCIA DE ARMA. IRRELEVÂNCIA. CRIME E PERIGO ABSTRATO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE MUNIÇÃO. AUSÊNCIA DE ARTEFATO. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. ENTENDIMENTO QUE NÃO PODE LEVAR À PROTEÇÃO DEFICIENTE. NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CASO CONCRETO. POSSE DE 2 MUNIÇÕES DESACOMPANHADAS DE ARMA. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, PARA ABSOLVER O PACIENTE. 1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. 2. Não há se falar em atipicidade em virtude da apreensão da munição desacompanhada de arma de fogo, porquanto a conduta narrada preenche não apenas a tipicidade formal mas também a material, uma vez que “o tipo penal visa à proteção da incolumidade pública, não sendo suficiente a mera proteção à incolumidade pessoal” (AgRg no REsp n.1.434.940/GO, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 4/2/2016). Nesse contexto, verifico que permanece hígida a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, bem como do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a posse de munição, mesmo desacompanhada de arma apta a deflagrá-la, continua a preencher a tipicidade penal, não podendo ser considerada atípica a conduta. 3. Passou-se a admitir, no entanto, a incidência do princípio da insignificância quando se tratar de posse de pequena

quantidade de munição, desacompanhada de armamento capaz de deflagrá-la, uma vez que ambas as circunstâncias conjugadas denotam a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Precedentes do STF e do STJ. 4. A possibilidade de incidência do princípio da insignificância não pode levar à situação de proteção deficiente ao bem jurídico tutelado. Portanto, não se deve abrir muito o espectro de sua incidência, que deve se dar apenas quando efetivamente mínima a quantidade de munição apreendida, em conjunto com as circunstâncias do caso concreto, a denotar a inexpressividade da lesão. Com efeito, analisando os precedentes, verifico a insignificância se apresenta em situações nas quais se portava de 1 a 7 munições. Outrossim, a Quinta Turma já considerou que a apreensão de 20 projéteis não autorizava a aplicação do mencionado princípio. 5. A situação apresentada está mais próxima das hipóteses em que se reconheceu a possibilidade de incidência do princípio da insignificância, possuindo, assim, a nota de excepcionalidade que autoriza a incidência do referido princípio, porquanto apreendidos 2 cartuchos de calibre .40, desacompanhados de arma de fogo. 6. Habea corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para absolver o paciente pelo crime tipificado no art. 12 da Lei nº 10.826/03” (HC 446.915/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 15/08/2018).

Veja-se que tais julgados reconhecem a ausência de lesividade à incolumidade pública quando a munição apreendida, seja de uso permitido ou restrito, encontra-se em pequena quantidade e desacompanhada de armamento apto a deflagrá-la.

Isso porque, caso a arma de fogo seja apta a deflagrar a munição apreendida haverá, efetivamente, ameaça à incolumidade pública, devendo o agente responder pelo crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo, conforme o caso.

Não obstante, existem outras situações envolvendo a posse de pequena quantidade de munição na qual o princípio da insignificância também pode ser aplicado, em razão da mínima ofensividade da conduta, conforme se passa a demonstrar:

Caso 1 - Porte ou posse de poucas munições de uso permitido e porte ou posse de arma de fogo ineficiente para realização de disparo

Imagine-se, por exemplo, que a munição é apreendida juntamente com uma arma de fogo, contudo, posteriormente, a perícia constata a ineficiência do armamento.

Neste caso, como a arma é imprestável para efetuar tiros, não há materialidade do crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo, uma vez que o instrumento é absolutamente incapaz de gerar qualquer dano ou perigo à incolumidade pública, mesmo que abstratamente.

Tal tese é amplamente aceita pela jurisprudência, que entende que nesses casos o agente não deve responder pelo crime de porte ou posse de arma de fogo, em razão da ausência de materialidade do crime.

Assim, com relação às munições apreendidas, a posse ou porte dos artefatos, em pequena quantidade, quando desacompanhados de arma de fogo, cujo conceito deve abarcar, também, a arma que é ineficiente para a realização de disparo, torna-se irrelevante para o mundo jurídico, pois não representa nenhuma expectativa de perigo de dano à incolumidade pública.

Caso 2 - Porte ou posse de poucas munições de uso restrito e porte ou posse de arma de fogo de uso permitido

Caso o agente seja flagrado portando ou possuindo poucas munições de uso restrito acompanhadas de arma de fogo de uso permitido, a jurisprudência dominante tem entendido que tal conduta caracterizar-se-ia como delito único, enquadrando-se, portanto, no tipo penal mais grave, previsto no art. 16 da Lei nº 10.826/2003, cuja pena vai de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão.

Parece-nos, contudo, desproporcional que somente em razão da posse ou porte de poucas munições, incompatíveis com a arma apreendida, o agente responda pelo delito mais grave.

Ora, se as Cortes Superiores têm entendido que a posse de munição em pequena quantidade sequer caracterizaria crime, tal conduta não pode ser considerada mais grave do que o porte ou posse de arma incompatível com a munição encontrada.

Isso porque se a pequena quantidade de munição isolada não caracteriza violação ao bem jurídico tutelado, não faria sentido aplicar pena mais grave por conduta que, avulsa, seria considerada materialmente atípica, sob pena de se subverter os próprios fundamentos que autorizam o reconhecimento da atipicidade material quando encontrado o agente com poucas munições.

Assim, não se justifica que o agente responda justamente pela conduta insignificante, para a qual é prevista abstratamente pena mais grave.

Dessa forma, as condutas devem ser analisadas de forma separada, devendo, neste caso, ser aplicado o princípio da insignificância para o delito de posse ou porte de munição de uso restrito, previsto no art. 16 da aludida

Lei, respondendo o agente somente pela posse ou porte da arma de uso permitido.

Caso 3 - Porte ou posse de poucas munições de uso restrito em meio a diversas munições de uso permitido

Também pode acontecer de o agente portar ou possuir uma quantidade significativa de munição de uso permitido e uma pequena quantidade de munição de uso proibido.

Nesta hipótese, segundo a jurisprudência dominante, tal conduta caracterizar-se-ia como delito único e se enquadraria, em razão das munições de uso restrito, no tipo penal previsto no art. 16 da Lei nº 10.826/2003, cuja pena vai de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão.

Importante consignar que a posse de munição de uso permitido, cujo tipo encontra-se descrito no art. 12 da Lei nº 10.826/2003, prevê pena de detenção de 1 (um) a 3 (três) anos, enquanto o porte de munição de uso permitido, previsto no art. 14 da mesma Lei, prevê pena de reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

Dessa forma, também nos parece desproporcional que o agente, apenas em função das munições restritas, fique sujeito a um acréscimo de até 2 (dois) anos na pena mínima e de até 3 (três) anos na máxima.

Assim como no caso anterior, as condutas deveriam ser analisadas de forma independente, a fim de que o agente não responda de forma mais gravosa justamente pelo crime que se revela insignificante.

Também nesta hipótese, nos parece que o princípio da insignificância deveria ser aplicado para o delito de posse ou porte de munição de uso restrito, previsto no art. 16 da aludida Lei, respondendo o agente somente pela posse ou porte de munição de uso permitido.

Registre-se que, nos casos de pluralidade de crimes, com o escopo de se garantir o princípio da intervenção mínima, as condutas devem ser analisadas individualmente à luz do princípio da insignificância, a fim de que o agente não venha a ser punido de forma mais gravosa justamente em razão da prática da conduta que, embora tipificada formalmente de modo mais grave, não cause dano ou lesão significativa ao bem jurídico protegido.

Sobre a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância em caso de infrações múltiplas, Paulo Queiroz afirma que:

“(...) mesmo a continuidade no cometimento de ações insignificantes não torna a ação significativa, inclusive porque o crime continuado é, a rigor, uma forma de concurso material tratado como crime único, e, como tal, pressupõe

que cada ação seja autonomamente criminosa, a fim de que os atos subsequentes sejam havidos como continuação do primeiro (CP, art. 71)”[2].

Essas são apenas algumas hipóteses, entre tantas variantes possíveis, que podem ser alcançadas pelo princípio da insignificância, a fim de que sejam punidas apenas as condutas potencialmente lesivas, não devendo o agente responder por condutas inexpressivas, que não causem qualquer lesão ao bem jurídico tutelado.

[1] Queiroz, Paulo. Direito Penal Parte Geral. Salvador: JusPODIVM, 2016, pg. 88.

[2] Queiroz, Paulo. Direito Penal Parte Geral. Salvador: JusPODIVM, 2016, pg. 90.

DR^a. DANIELLE MARIE DE FARIAS SERIGATI VARASQUIM

Juíza de Direito da Comarca de Paranacity

O DANO MORAL JURIDICAMENTE INDENIZÁVEL

A responsabilidade civil por ato ilícito ou abuso de direito é passível de indenização por danos materiais e morais. Os danos morais são aqueles que ferem o interior da pessoa, seu psicológico, bem como os direitos da personalidade, como o nome, a honra e a intimidade.

Pois bem.

Todos os dias milhares de ações são ajuizadas no Judiciário com base neste tema, nas mais diversas situações. Há inúmeras decisões no sentido de considerar o alegado dano moral como simples aborrecimento do dia a dia, não sendo passível de indenização. Diante disso, é necessário refletir sobre o que efetivamente caracteriza dano moral e o que permanece simplesmente na esfera do aborrecimento corriqueiro.

O dano moral é modalidade de responsabilidade civil que busca reparar os prejuízos psíquicos causados à vítima de um ato ilícito ou de um abuso de direito. Tal responsabilidade tornou-se recorrente, o que ocasionou a discussão sobre as situações ensejadoras de danos morais. A princípio negou-se a existência destes danos, de forma que os danos materiais eram suficientes para acobertar a indenização. Após, verificou-se a necessidade de reparação dos danos psicológicos à vítima, que sofria em seu interior ainda que obtivesse os prejuízos materiais ou, ainda, no caso da inexistência destes.

É necessário que se diferencie os tipos de danos morais existentes. Há os chamados danos morais puros, que se configuram apenas com a situação ilícita ou abusiva, sendo dispensável a comprovação do dano. São situações graves e que ferem direito da personalidade diante de seus sérios efeitos. Os danos morais passíveis de indenização, por outro lado, não se confundem com o mero aborrecimento do dia a dia, que são apenas as situações que causam irritação, dissabor, chateação, não suficientes para retirar a vítima de sua normalidade diária.

Independentemente da classificação conferida ao dano moral, todos estes são juridicamente indenizáveis, já que atingem os valores extrapatrimoniais da vítima.

A referida fórmula é de extrema simplicidade à primeira vista, mas quando se está diante de uma situação fática torna-se, muitas vezes, difícil a constatação da efetiva retirada da normalidade, já que se está trabalhando com direitos que não se materializam concretamente. É evidente que toda pessoa dita “*normal sente e sofre, transforma-se e se transforma com a alteração de seu sistema nervoso, entra em depressão, deixando o lesado apático ou, muitas vezes, afitado, (...) modificando a fisionomia, tirando-o da vida normal para atirá-lo à normalidade*” [1].

E a dificuldade em se constatar o dano moral se revela diante do fato de, sem dúvida alguma, o padrão moral das pessoas decorrer de inúmeros fatores de ordem pessoal, variando de pessoa para pessoa e, inclusive, de nível social, econômico e intelectual, além do meio em que vive.

Como dito, a regra geral era a presunção do dano moral, já que seria extremamente complexa a sua prova. Entretanto, diante das abusividades do direito de ação exercida por alguns litigantes, naquilo que foi denominado “indústria do dano moral”, a doutrina e a jurisprudência passaram a exigir a prova do dano, visto que alguns casos notórios e de reiterados julgamentos, bem como os que atinjam os direitos da personalidade, seriam passíveis do dano moral puro, aquele que não exige prova.

É que cada vez mais se tem exaltado os direitos da personalidade (art. 1º, III, da CF), de forma que, havendo qualquer dano que atinja estes direitos, estar-se-á diante do dano moral puro. Conforme já asseverado, a Constituição Federal previu, em seu art. 5º, X, a inviolabilidade da intimidade, honra, vida privada e imagem das pessoas, tendo o Código Civil, em seu art. 12, previsto a possibilidade de responsabilização civil nos casos em que haja lesão ou perigo de lesão a estes bens jurídicos fundamentais.

Assim, qualquer ofensa ao nome, à vida privada, à honra, à imagem e aos direitos autorais serão passíveis de indenização por dano moral, bastando a comprovação da ocorrência do ato ilícito, dispensada a comprovação do dano. Isto porque se trata de danos de gravidade acentuada, que ofendem bem jurídico fundamental, dispensando-se a comprovação do efetivo dano por sua decorrência lógica.

A doutrina e a jurisprudência já firmaram entendimento, em situações concretas, de que quando se está diante de ofensa a direito da personalidade ter-se-á o chamado dano moral puro, tal como ocorre com a inscrição do nome de suposto devedor em cadastro de proteção ao crédito, quando na verdade não havia dívida ou esta se encontrava quitada.

Nestes casos corriqueiros do dia a dia forense, há ofensa ao nome e à honra (boa fama) do ofendido, que se vê inscrito em cadastro de inadimplentes

sem que seja devedor. E isto se dá ainda que se esteja diante de pessoa jurídica, já que, apesar de não possuir direito da personalidade, esta vive do bom nome para realizar os seus negócios (o que é corroborado pela Súmula nº 277 do STJ[2]).

Este posicionamento reconhece a supremacia do dano à personalidade, considerando-a como atributo inabalável das pessoas físicas, juridicamente passível de indenização quando injustificadamente lesionado. Diante da necessidade de proteção da pessoa humana, especialmente com relação ao princípio da dignidade da pessoa (art. 1º, III, da Constituição Federal), a jurisprudência vem ampliando os casos de dano moral presumido, admitindo-se esta regra a fim de se afastar o enriquecimento sem causa, conferindo à responsabilidade civil um aspecto social.

Nos casos de relação de consumo é que se verifica grande parte dos pedidos de indenização por danos morais, de forma que em muitos casos há o dano moral puro. Tem-se a configuração do dano moral puro quando há cobrança vexatória de um débito no interior de uma loja, em que o funcionário aborda o cliente de forma errônea, expondo-o na frente dos demais clientes como devedor contumaz.

É dano moral puro, no referido caso, pois não se exige que o consumidor demonstre que efetivamente teve sua moral abalada, já que a situação por si só é considerada humilhante por qualquer indivíduo. O vendedor da loja possui meios, inclusive legais, para cobrança de dívidas, não podendo se valer de pressões e constrangimentos para receber seu crédito.

O mesmo ocorre com o corte de energia elétrica sem a prévia comunicação ao consumidor ou sem motivação. Sem que se entre na discussão sobre a possibilidade de corte de energia por inadimplência, caso seja efetuada e não se tenha comunicado o consumidor, haverá dano moral puro. O corte indevido sem que esteja o consumidor inadimplente ou que tenha fraudado o medidor também caracteriza o dano moral que prescinde de prova.

Já no caso de constatação de fraude no medidor pela companhia de energia elétrica, passados os trâmites administrativos necessários, com observância da comunicação prévia, havendo o corte de energia não será possível a indenização, pois o ato é legítimo.

Por outro lado, é preciso esclarecer que a regra geral é a da necessidade de demonstração do efetivo dano moral sofrido, sendo a exceção a presunção do dano. Assim, é necessário proceder-se à análise de cada caso concreto para aferição do dano moral puro, tendo-se por base a situação clara e evidentemente causadora de dano moral, como a perda de um ente querido ou perda de um membro do corpo humano, ambos em decorrência de um ato ilícito.

O mais importante e significativo que se tem é que, além dos casos comuns em que a jurisprudência pacificou como dano moral puro (inscrição

indevida em cadastros de proteção ao crédito, protesto indevido de títulos), se constatada uma situação em que não é evidente o dano moral, é necessária a comprovação do efetivo dano e que este tenha exorbitado a normalidade, a fim de que se afaste do aborrecimento do dia a dia, não passível de indenização.

E quanto ao aborrecimento do dia a dia, o Enunciado nº 159 do Conselho da Justiça Federal, na III Jornada de Direito Civil, afirma que o dano moral não se confunde com os meros aborrecimentos decorrentes de prejuízo material.

O aborrecimento do dia a dia é aquele em que se constata o simples constrangimento e dissabores, corriqueiros da vida comum. Já o dano moral indenizável se configura quando há um prejuízo íntimo tão grande que gera um sofrimento interno insuportável. Este dano se torna indene, portanto, quando o prejuízo causado se tornar um desconforto anormal e intolerável, que fira a alma, a afeição ou o psicológico.

A análise deste aborrecimento se mostra mais visível com a verificação de situações em concreto, em que se constata que houve um dano moral, mas não indenizável, já que qualquer pessoa estaria sujeita àquela situação, tratando-se de mero dissabor e não efetivo abalo psicológico.

Tem-se como exemplo caracterizador de desconforto do dia a dia, a mera quebra de um contrato realizado. Nesta situação, há perdas e danos, mas não há dano moral indenizável.

Também se tem o caso de mero dissabor, não ensejador de dano moral, quando um contribuinte é acionado pelo Município com cobrança em duplicidade de IPTU e tem de se dirigir à prefeitura para esclarecer tal situação, a qual é prontamente resolvida na esfera administrativa. Ainda que haja certa demora e entrave para a solução do problema, trata-se de situação a que todos estão sujeitos e os transtornos, esperados da burocracia da Administração Pública, não se transformam em danos morais efetivos.

Neste exemplo em específico haveria muito mais um transtorno corriqueiro, não acobertado juridicamente, do que propriamente abalo moral e pessoal do contribuinte, este sim protegido pelo ordenamento jurídico. Caso houvesse ação judicial com pedido de reparação de danos morais, a petição inicial prestar-se-ia somente ao abalo moral, o que impossibilitaria a procedência, já que o demandante/contribuinte não teria alterada a sua vida e o seu comportamento comum e diário por causa do fato relatado.

A grande questão que se depreende de todo o discorrido no presente trabalho diz respeito aos parâmetros para se constatar as situações concretas de dano moral passível de indenização. É possível estabelecê-los com base em algumas premissas básicas de análise de casos, tais como:

a) a apreciação da situação deve ser feita pelo Magistrado com base na equidade, tomando-se por referência a pessoa considerada “normal”, que

não tenha alterações emocionais ou distúrbios psicológicos;

b) a gravidade da conduta danosa e os reflexos que ela ocasionou na vida da vítima, bem como os efeitos que ocasionaria a qualquer pessoa que passasse por aquela situação;

c) as condições psicológicas do ofendido, ou seja, se o abalo efetivamente sofrido é esperado que ocorra com todas as pessoas ou se é exacerbado por causa das condições emocionais daquela vítima em especial;

d) a conduta esperada ser ou não corriqueira, comum do dia a dia, sendo aquela situação a que todos estão passíveis de serem submetidos;

e) o dano moral sofrido extrapolar ou não o limite do suportável, a ponto de retirar a vítima de sua tranquilidade diária e a afetar consideravelmente, sendo algo além da chateação e irritação comum do dia a dia;

f) comparação do dano sofrido com a realidade vivida pela vítima, com o meio cultural e sociológico em que vive, em especial com relação a seus valores e percepção de senso comum.

Os primeiros itens são importantes, na medida em que a conduta danosa deve ser grave, não necessariamente ilícita, mas que seus reflexos causem na vítima sofrimento, dor, angústia, de maneira insuportável e que fira o seu interior. Tal abalo deve ser esperado em qualquer pessoa, não só na vítima, que pode ser mais fragilizada ou até mesmo possuir problemas emocionais que a façam ser atingida mais facilmente.

A conduta danosa também não pode ser aquela possível de ocorrer, corriqueira, a que todos estão sujeitos, já que diante da sua previsibilidade e habitualidade traz mero aborrecimento. Isto não quer dizer que reiteradas condutas ilícitas ou abusivas fazem desaparecer o dano moral por sua frequência, pois outro critério importante é a gravidade da conduta, que, ainda que esperada, é ensejadora de dano moral.

O que se quer dizer neste aspecto é que situações desagradáveis que acontecem no dia a dia de qualquer pessoa, como o extravio de uma nécessaire em um contrato de transporte aéreo, não são suficientemente relevantes para serem indenizados no âmbito moral. O dano material se presta para isso, mas o dano moral passível de indenização (descrito no item “e”) é aquele que afeta a tranquilidade do indivíduo, que o perturbe de certa forma que o impeça de realizar as suas atividades diárias como de costume. A simples perda de uma nécessaire não ocasiona isso.

A realidade em que vive a vítima também deve ser levada em conta e esta peculiaridade não afasta a análise do dano com base na normalidade, pois a questão cultural e social que a pessoa carrega a faz ser passível de ser vítima de dano moral em maior ou menor intensidade, e é neste ponto que se mostra relevante. A sociedade se transforma com o tempo, e uma situação pode ser considerada vexatória e humilhante para uma pessoa de idade avançada, com valores tradicionais da época em que era jovem, os

quais são importantes para esta aferição.

A percepção do senso comum, daquilo que é considerado vexatório, humilhante, que atinge o psicológico da vítima varia no tempo e no espaço, sendo indiscutível a evolução da sociedade e de seus valores. O que é considerado dano moral hoje pode não ser daqui a trinta anos, de forma que o Magistrado deve se valer disso quando for decidir se é caso de dano moral indenizável ou não.

Ademais, nos dias atuais, em que há massificação dos contratos, facilidade e agilidade nos relacionamentos, negociações, contratações e troca de informações, existem cada vez mais situações abusivas e ilícitas que afetam a vítima, que é exposta a esta realidade de forma imediata, atingindo grande número de pessoas. O mesmo ocorre com a publicidade, cada vez mais rápida e abrangente, tornando as pessoas suscetíveis de condutas abusivas mais facilmente.

O Magistrado deve levar isso em conta, assim como a realidade dos contratos, da perda da intimidade dos consumidores, o que pode, até mesmo, gerar uma conclusão inversa ao exposto acima, como a efemeridade dos danos morais. Porém, tais danos não podem ser vistos com a mesma rapidez com que os contratos são firmados e as informações são prestadas, já que o dano se mantém e pode persistir pela eternidade, dependendo da sua gravidade.

Este norte que se pretende traçar é apenas um indício da existência do dano moral indenizável, cabendo ao Magistrado, com sua experiência, bom senso e, principalmente, razoabilidade, analisar o caso concreto e decidir tal situação.

E conferir ao Magistrado a aferição, no caso prático, do dano moral indenizável, após considerar as premissas acima traçadas, não configura arbitrariedade e sorte de ter um Julgador mais sensível à situação mas, si, discricionariedade.

A discricionariedade no julgamento das ações de reparação de danos morais defendida neste trabalho possui limitações, que são as premissas já definidas para o julgador ter como paralelo para decidir. A discricionariedade sem limites é que não pode ser admitida.

Outrossim, não se busca definir com exatidão matemática quando se terá ou não o dano moral, mas dar a esta análise um aspecto mais objetivo. E a discricionariedade é uma tendência nos diplomas legais atualmente, verificando-se cada vez mais a liberdade dos Magistrados de decidirem com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo estes os maiores limites a serem observados no momento do julgamento.

É o que se busca quando da prolação de sentenças nas ações de danos morais, que não podem ser banalizadas nem extirpadas a ponto de tudo ser considerado mero aborrecimento.

[1] MARTINS DA SILVA. Américo Luís. O dano moral e a sua reparação civil. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 45.

[2] Súmula 277 do STJ: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

REFERÊNCIAS

MARTINS DA SILVA. Américo Luís. O dano moral e a sua reparação civil. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DR^a. DENISE DAMO COMEL

Juíza de Direito da 1^a Vara de Família e Sucessões, Registros Públicos e Corregedoria do Foro Extrajudicial da Comarca de Ponta Grossa

IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS NO ARROLAMENTO

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil (CPC/15)[1], ao disciplinar o procedimento especial do inventário e da partilha, trouxe importante modificação no tratamento do imposto de transmissão causa mortis (ITCMD) no arrolamento, inclusive com reflexos na regra do art. 192 do CTN[2]. Por sua vez, um erro material havido no texto do art. 664, § 4º, do CPC/15 parece estar obstaculizando a devida compreensão da alteração legislativa no que tange ao arrolamento comum. É o que se pretende ponderar nas linhas que seguem.

1. PROCEDIMENTO ESPECIAL DO INVENTÁRIO E DA PARTILHA

O procedimento especial do inventário e da partilha, disciplinado nos arts. 610 a 673 do CPC/15, compõe-se de duas modalidades distintas: o inventário e o arrolamento.

O inventário é o procedimento mais completo e de maior complexidade, previsto para as hipóteses em que não há consenso entre os interessados e, também, para os casos em que há testamento ou incapaz. Está ordenado nos arts. 610 a 658 do CPC/15.

O arrolamento consiste em uma forma simplificada, que se apresenta sob duas variantes: arrolamento sumário e arrolamento comum. O sumário é o procedimento para os casos em que há consenso entre os interessados, inexistência de testamento e de herdeiro incapaz. Pelo fato de ser consensual, segue um rito mínimo, estabelecido nos arts. 659 a 663 e art. 667, todos do CPC/15.

Já o arrolamento comum não exige o consenso, apenas a inexistência de testamento, tendo, todavia, limite quanto ao valor dos bens, que deve ser igual ou inferior a 1.000 (mil) salários mínimos. A existência de herdeiro incapaz não obsta a opção pelo arrolamento comum, desde que a isso não

se oponham os interessados e o Ministério Público. Segue um rito mais simples, regido pelos arts. 664 e 665, também pelo art. 667, todos do CPC/15.

2. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS NO INVENTÁRIO

No inventário, cujo procedimento justamente é mais completo, o pagamento do imposto de transmissão deve ser feito no curso do processo judicial, tão logo concluída e lançada nos autos a partilha, mas sempre antes da sentença. É o que se extrai do art. 654 do CPC/15: “pago o imposto de transmissão a título de morte [...] o juiz julgará por sentença a partilha”.

Sendo referido imposto de competência da Fazenda Pública Estadual (CF, 155, I), deverá ela ser intimada previamente ao julgamento da partilha, para que se manifeste sobre a regularidade do recolhimento, que já deve estar comprovado nos autos. E somente com a manifestação favorável da Fazenda é que a partilha será julgada, ressalvada a hipótese do parágrafo único, do art. 654, do CPC/15. Indispensável, de qualquer forma, a intimação prévia da Fazenda Pública no inventário judicial, uma vez que há o condicionamento da prolação da sentença à prova da quitação do tributo conforme exigência do ente fazendário.

O momento da comprovação do pagamento do imposto é bem definido em norma que não enseja dificuldade de compreensão, tampouco comporta maior questionamento. Com efeito, Marcus Vinícius Rios Gonçalves ensina que, no procedimento do inventário, “depois de prestadas as últimas declarações, será feito o cálculo dos impostos mortis causa e inter vivos [...]” sendo que, em seguida, “será ouvida a Fazenda Pública e o juiz decidirá sobre o *montante, em decisão sujeita a agravo de instrumento*”. *Portanto, somente “depois de as partes manifestarem-se sobre o esboço de partilha, feito o pagamento de imposto mortis causa, o juiz julgará a partilha por sentença, contra a qual cabe apelação”*. [3]

3. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS NO ARROLAMENTO SUMÁRIO

No arrolamento sumário, cujo rito, como vimos, é mínimo, o regramento é diverso: não há essa vinculação do julgamento da partilha ao pagamento do imposto de transmissão causa mortis, tampouco qualquer restrição à liberação dos expedientes subsequentes, necessários à transmissão/apropriação dos bens aos contemplados com a herança (formal de partilha, carta de adjudicação e alvarás), como havia no direito anterior (CPC/73, art. 1.031, § 2º). [4]

É o que se extrai do art. 659 e seus parágrafos do CPC/15, que indica a sequência dos atos a ser observada no arrolamento sumário. Primeiro, a homologação (de plano) da partilha (caput), ao que se segue o trânsito em julgado. Na sequência, a lavratura do formal ou da carta de adjudicação, a expedição de alvarás e, enfim, intimação do fisco para o lançamento

administrativo do imposto de transmissão e de outros tributos porventura incidentes (§ 2º).

Disciplina, aliás, que se complementa com o § 2º do art. 662 do CPC/15, ao qual o próprio art. 659 faz remissão, no qual se encontra a prescrição de que o *“imposto de transmissão será objeto de lançamento administrativo, conforme dispuser a legislação tributária”*.

Acrescente-se o caput do art. 662, que diz que no arrolamento *“não serão conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio”*.

No arrolamento sumário, portanto, tudo o que se refere ao imposto causa mortis passa a acontecer exclusivamente na esfera administrativa, quando já findo o processo judicial (diversamente do inventário, como vimos), liberada, ademais, a Fazenda Pública, do valor atribuído aos bens pelos herdeiros (CPC/15, art. 662, § 2º, parte final), de modo a que o cálculo do tributo seja feito segundo seus próprios critérios de avaliação dos bens do espólio - na hipótese de divergência com o valor estimado pelos herdeiros.

Desta forma, tem-se que o lançamento e o pagamento do imposto causa mortis não vinculam a homologação judicial da partilha, que deve ser feita tão logo esteja formalizada nos autos, tampouco condicionam a liberação dos expedientes necessários à transmissão dos bens do acervo, resolvida, ainda, a questão das dívidas do espólio conforme previsão legal específica (CPC/15, art. 663).

Nesse sentido é o posicionamento de Humberto Theodoro Junior, quando leciona, a respeito da homologação da partilha no arrolamento sumário, que será feita *“independentemente de vista à Fazenda Pública e de recolhimento do imposto de transmissão”*[5]. Segue, ainda, o autor, firmando entendimento de que a *“sistemática do arrolamento sumário dos arts. 659 a 663 subtraiu do Judiciário o dever de controlar o recolhimento do imposto de transmissão causa mortis (art. 662, § 1º). Exige, apenas, a intimação do fisco para lançamento administrativo do imposto de transmissão e outros tributos porventura incidentes, conforme dispuser a legislação tributária (art. 662, § 2º), fato que ocorrerá depois de homologada a partilha ou deferida a adjudicação (art. 659, § 2º)”*. [6]

Esse também parece ser o entendimento de José Miguel Garcia Medina quando, a respeito do arrolamento sumário, afirma que no *“regime do Código de Processo Civil de 2015, a prova de quitação dos tributos não é condição para a homologação da partilha. De acordo com o § 2º, do art. 659 da nova lei processual, basta que se intime a Fazenda Pública para lançamento do tributo cabível”*. [7] Intimação essa, acrescenta-se, que será feita após a expedição de todos os atos subsequentes à partilha, já

findo o arrolamento, como prescreve o art. 659, § 2º, parte final, do CPC/15.

3.1 Direito anterior. Art. 1.031, § 2º, do CPC/73 e art. 192 do CTN.

No direito anterior, embora também houvesse previsão idêntica à do atual art. 662 do CPC/15 no sentido de que no arrolamento “*não serão conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio*” (CPC/73, art. 1.034, caput), e também de que “*o imposto de transmissão será objeto de lançamento administrativo, conforme dispuser a legislação tributária*” (CPC/73, art. 1.034, § 2º), havia um obstáculo a que assim se procedesse cabalmente. Era a regra contida no art. 1.031, § 2º, do CPC/73, que determinava que o formal de partilha e os alvarás decorrentes da sentença de homologação da partilha somente seriam “*expedidos e entregues às partes após a comprovação, verificada pela Fazenda Pública, do pagamento de todos os tributos*”. [8]

Ocorre que referida norma não foi contemplada no CPC/15, que reproduziu tão somente aquelas que remetem o causa mortis à esfera administrativa (são elas, justamente, as do art. 659, § 2º, e do art. 662). Assim, não há fundamento algum para trazer a Fazenda Pública aos atos judiciais do arrolamento sumário. Até porque não adotar esse entendimento tornaria inócua a modificação legislativa de não ter repetido a regra do art. 1.031, § 2º, do CPC/73. O atual contexto normativo do arrolamento sumário não deixa dúvida sobre a intenção do legislador de retirar em definitivo da esfera judicial a questão tributária relativa ao imposto de transmissão, desvinculando a conclusão do arrolamento a pendências dessa natureza.

Não obstante, há quem vá buscar no art. 192 do CTN a exigência de condicionamento da sentença de partilha à comprovação do pagamento do imposto de transmissão. Luiz Guilherme Marinoni, por exemplo, assim se posiciona:

“Apesar de o art. 659, § 2º, do CPC/15 prever que só depois de transitada em julgado a sentença de homologação de partilha ou adjudicação é que a Fazenda Pública procederá ao lançamento dos tributos incidentes, o art. 192, CTN estabelece comando diverso, que prevalece no caso. Por isso a homologação da partilha está condicionada à comprovação de pagamento de todos os tributos referentes aos bens do espólio (art. 192, CTN)”. [9]

Registre-se que embora o autor, no comentário, não discrimine o imposto de transmissão, referindo-se apenas aos tributos que incidem sobre bens do espólio (que têm natureza diversa do imposto de transmissão), entende-se que está se referindo a todos os tributos (relacionados aos bens e ao de transmissão), já que o comentário que faz é do teor do art. 659, do CPC/15,

que disciplina tanto o imposto de transmissão, quanto *“outros tributos porventura incidentes”*.

Seja como for, a tese de prevalência da regra do art. 192 do CTN sobre a posterior, que é a do CPC/15, não se sustenta. É fato que o CTN, embora lei ordinária, cumpre as vezes da lei qualificada exigida pela Constituição Federal de 1988 para tratar das matérias tributárias reservadas à lei complementar. Todavia, somente naquelas matérias reservadas pela própria Constituição à lei complementar é que se lhe confere referido status, e, no mais, suas normas não têm referida prerrogativa.

A propósito (do campo de atuação reservado à lei complementar e regulamentação pelos demais instrumentos legislativos), encontra-se na doutrina referência de que *“a diferença material se refere ao conteúdo a ser consagrado pelas duas espécies normativas. A lei complementar deve regulamentar apenas matérias expressamente previstas na Constituição [...]”*. [10] Conclui-se, pois, que *“quando a Constituição atribui matéria à reserva de lei complementar, esta não poderá ser regulamentada por lei ordinária, medida provisória ou lei delegada”*. [11] Em abalizado estudo do tema, o tributarista Eduardo Sabbag elucida que *“nos casos em que uma norma constitucional não é autoexecutável, há necessidade, prevista na Constituição, de se aprovar uma lei complementar para que tal norma surta efeito”*. E arremata: *“em matéria de direito tributário, o art. 146 da CF exige lei complementar”*. [12]

A prudência de se seccionar o campo de cada meio legislativo ganha ainda maior fôlego quando matérias de outros instrumentos vêm vertidas em lei complementar. É que, como sobredito, senão pelo processo legislativo (já que é basicamente o trâmite diverso que define o nome iuris da lei como complementar, ou impõe a submissão às demais fontes formais – e.g. medida provisória, lei ordinária, etc.), a reserva deve ser aferida sob o prisma material. E é neste aspecto que a identificação da fonte ganha importância. Em esclarecedor precedente, o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, desvelou a tese ao referir que uma determinada norma, *“a despeito de seu caráter formalmente complementar, veiculou matéria não submetida à reserva constitucional de lei complementar, a permitir, por isso mesmo, que eventuais alterações no texto desse diploma legislativo pudessem ser introduzidas mediante simples lei ordinária”*. [13]

Assim, quando o CTN preceitua, no art. 192, que *“nenhuma sentença de julgamento de partilha ou adjudicação será proferida sem prova da quitação de todos os tributos relativos aos bens do espólio, ou às suas rendas”*, não está tratando de hipótese reservada à lei complementar, cujo campo de incidência é delimitado pela Constituição Federal (art. 146), senão de matéria de conteúdo residual, relegada ao legislador ordinário. Portanto, a conclusão de que referida norma, se não revogada pela novel

disciplina do CPC/15, por força do princípio de que lei posterior revoga a anterior,[14] ao menos ao arrolamento sumário não se aplica.

Daniel Amorim Assumpção Neves, ao comentar o art. 659 do CPC/15, refere-se especificamente a esse o conflito de normas, posicionando-se no sentido de que a mais recente deve prevalecer: “*É inegável o conflito entre o art. 659, § 3º, do Novo CPC e o art. 192 do CTN, mas nesse caso entende-se que a norma mais recente, presente no diploma processual, deve prevalecer*”[15].

Embora em sua conclusão o autor não tenha feito referência expressa à questão de fundo ora analisada, por evidente que o raciocínio afigura-se o mesmo.

E ainda que assim não fosse, é fato que o art. 192 do CTN refere aos impostos que condicionam a prolação da sentença como sendo “*todos os tributos relativos aos bens do espólio, ou às suas rendas*”, nos quais não se inclui o imposto de transmissão causa mortis, que tem natureza diversa, como se verá na sequência.

Importante acrescentar, por fim, que quando o CPC/15 prescreve que o lançamento administrativo do imposto de transmissão no arrolamento será feito “*conforme dispuser a legislação tributária*” (prescrição contida no art. 659, § 2º, e nos mesmos termos reiterada no art. 662, § 2º), está tão somente dizendo o óbvio, pois a matéria relativa a lançamento de tributo efetivamente não é de sua alçada, sendo reserva de lei complementar. Trata-se, na verdade, de questão de ordem constitucional, disciplinada no art. 146, III, da CF, que prescreve que cabe à lei complementar “*estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: [...] b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributário*”.

Portanto, também da remissão feita no CPC/15 à conformação do lançamento do imposto de transmissão à legislação tributária não se pode extrair fundamento para fazer prevalecer a regra do art. 192 do CTN, que tão somente disciplina o momento de comprovação do pagamento dos tributos referentes aos bens do espólio e suas rendas, matéria que, como já observado, não se inclui na reserva de lei complementar.

4. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS NO ARROLAMENTO COMUM

No arrolamento comum, a sistemática relativa ao momento do lançamento e pagamento do imposto causa mortis afigura-se a mesma prevista para o procedimento sumário.

O arrolamento comum está disciplinado, naquilo que lhe é particular, nos arts. 664 e 665 do CPC/15. O primeiro deles – art. 664 – contém o regramento geral do procedimento, e no seu § 4º está a disciplina acerca do lançamento e pagamento do imposto causa mortis.

Dispõe referido parágrafo: “*Aplicam-se a essa espécie de arrolamento, no que couber, as disposições do art. 672, relativamente ao lançamento, ao pagamento e à quitação de taxa judiciária e do imposto sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio*”.

O dispositivo em análise, como se vê, remete a outra norma a disciplina relativa ao lançamento e pagamento do imposto de transmissão. Ocorre que essa outra, no caso o art. 672, trata especificamente da cumulação de inventários, nada dizendo respeito ao imposto causa mortis. Evidencia-se, assim, uma impossibilidade material de integrar à hipótese prevista no § 4º do art. 664 o conteúdo do artigo ao qual faz remissão (art. 672), que não lhe diz respeito algum. E isso gera verdadeira lacuna no que tange à disciplina do imposto de transmissão no arrolamento comum, já que para tal desiderato a norma do art. 672 não se presta.

4.1 Erro material no texto do art. 664, § 4º, do CPC/15. Antecedentes históricos.

Analisando-se a tramitação legislativa do CPC/15, verifica-se que na origem do projeto de lei não havia essa lacuna, decorrente do apontado “desencontro entre normas” no que tange ao imposto de transmissão no arrolamento comum.

No PL 8046/2010,[16] a norma que hoje está contida no art. 664 do CPC/15 estava inserta no art. 650, com, praticamente, o mesmo conteúdo. Referido artigo, ademais, em seu § 4º, fazia a remissão normativa ao art. 648 do projeto. Esse art. 648, por sua vez, referia-se regularmente à disciplina do lançamento e pagamento do imposto de transmissão, em norma que hoje está no art. 662 do CPC/15. Vejamos a redação dos dois artigos no PL 8046/2010:

Art. 650. Quando o valor dos bens do espólio for igual ou inferior a mil salários mínimos, o inventário se processará na forma de arrolamento, cabendo ao inventariante nomeado, independentemente da assinatura de termos de compromisso, apresentar, com suas declarações, a atribuição do valor dos bens do espólio e o plano de partilha.

§ 1º Se qualquer das partes ou Ministério Público impugnar a estimativa, o juiz nomeará um avaliador, que oferecerá laudo em dez dias.

§ 2º Apresentado o laudo, o juiz, em audiência que designar, deliberará sobre a partilha, decidindo de plano todas as reclamações e mandando pagar as dívidas não impugnadas.

§ 3º Lavrar-se-á de tudo um só termo, assinado pelo juiz, pelo inventariante e pelas partes presentes ou seus advogados.

§ 4º Aplicam-se a essa espécie de arrolamento, no que couberem, as disposições do art. 648, relativamente ao lançamento, ao pagamento e à quitação da taxa judiciária e do imposto sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio

§ 5º Provada a quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, o juiz julgará a partilha

Art. 648. No arrolamento, não serão conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio.

§ 1º A taxa judiciária, se devida, será calculada com base no valor atribuído pelos herdeiros, cabendo ao Fisco, se apurar em processo administrativo valor diverso do estimado, exigir a eventual diferença pelos meios adequados ao lançamento de créditos tributários em geral.

§2º O imposto de transmissão será objeto de lançamento administrativo, conforme dispuser a legislação tributária, não ficando as autoridades fazendárias adstritas ou valores dos bens do espólio atribuídos pelo herdeiros.

Até aí o texto afigurava-se harmônico e coeso, havendo perfeita adequação na remissão de um artigo ao outro (do art. 650 ao art. 648). Ocorre que, na sequência dos trabalhos legislativos e com a superveniência de emendas redacionais, o projeto foi votado em sessão deliberativa ordinária no dia 26/03/2014 e resultou em um texto que modificou esse encadeamento entre os dois artigos, passando a remissão a ser feita a artigo de conteúdo diverso (justamente o da cumulação dos inventários), mas sem qualquer justificativa ou explicação para que assim se procedesse.

A propósito, o teor dos artigos no texto votado na ocasião:

Art. 679. Quando o valor dos bens do espólio for igual ou inferior a mil salários mínimos, o inventário se processará na forma de arrolamento, cabendo ao inventariante nomeado, independentemente da assinatura de termos de compromisso, apresentar, com suas declarações, a atribuição do valor dos bens do espólio e o plano de partilha.

§ 1º Se qualquer das partes ou Ministério Público impugnar a estimativa, o juiz nomeará um avaliador, que oferecerá laudo em dez dias.

§ 2º Apresentado o laudo, o juiz, em audiência que designar,

deliberará sobre a partilha, decidindo de plano todas as reclamações e mandando pagar as dívidas não impugnadas.

§ 3º Lavrar-se-á de tudo um só termo, assinado pelo juiz, pelo inventariante e pelas partes presentes ou seus advogados.

§ 4º Aplicam-se a essa espécie de arrolamento, no que couberem, as disposições do art. 687, relativamente ao lançamento, ao pagamento e à quitação da taxa judiciária e do imposto sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio

§ 5º Provada a quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, o juiz julgará a partilha.

Art. 687. É lícita a cumulação de inventários para a partilha de heranças de pessoas diversas quando haja:

I - Identidade de pessoas por quem deva ser repartidos os bens;

II - Heranças deixadas pelos dois cônjuges ou companheiros;

III - Dependência de uma das partilhas em relação à outra.

Parágrafo único. No caso previsto no inciso III, se a dependência for parcial, por haver outros bens, o juiz pode ordenar a tramitação separada, se melhor convier ao interesse das partes ou à celeridade processual.

Não bastasse, o projeto seguiu tramitando, com sucessivas emendas e renumerações, até votação final e sanção, sem que fosse observado o erro na remissão do artigo, que acabou reproduzido no texto final, que hoje é lei vigente.

Seja como for, não há como afastar a conclusão de que a remissão, no art. 664, § 4º, do CPC/15, ao art. 672, configura, efetivamente, erro material, devido à falha na renumeração dos artigos durante a tramitação legislativa. O artigo ao qual remete a norma (art. 672), como já pontuamos, não tem qualquer relação ou pertinência à hipótese normativa para a qual é destinado, conforme o comando expresso e finalístico do art. 664, § 4º, do CPC/15. Ademais, não há registro algum de discussão legislativa que fundamente ou justifique alguma modificação do teor da regra originária no arrolamento comum, que determinava aplicar, quanto ao imposto causa mortis, o mesmo procedimento previsto para o arrolamento sumário (PL 8046/2010, art. 650, combinado com o art. 648; que, no texto atual, correspondem ao art. 664 e art. 662, respectivamente).

Causa espécie, na verdade, que um erro dessa natureza tenha passado

despercebido durante tão longa tramitação legislativa, também posteriormente, ao que parece, quando já vigente a lei, pelos primeiros estudiosos que se depararam com o Código. [17]

4.2 Recurso à hermenêutica. Superando o erro material.

É de rigor, portanto, que se lance mão da hermenêutica, para procurar parâmetros de interpretação do dispositivo legal em exame e, com isso, integrá-lo ao sistema normativo de modo a se poder aplicá-lo ao caso concreto da forma mais adequada.[18]

Pela via da interpretação gramatical – pela qual se busca o sentido da norma no próprio texto legal – confirma-se a constatação de que a referência feita ao art. 672, no § 4º do art. 664, do CPC/15, está fora do contexto normativo, uma vez que nada disciplina sobre lançamento, pagamento de taxa judiciária ou imposto de qualquer natureza.

A interpretação lógica – aquela que tenta buscar, dentre as possíveis inteligências ou acepções da norma, aquela que pareça mais conforme à razão – leva-nos ao mesmo sentido. Não se concebe, no caso em particular, interpretação que satisfaça a lógica do razoável, confirmado a exegese da falta de coerência ou completude entre a norma que remete (art. 664, § 2º, do CPC/15) e a que é remetida (art. 672 do CPC/15).

Sob a ótica da interpretação sistemática – que questiona como extrair o significado de fragmento legislativo dentro do contexto normativo no qual está inserido, para se chegar à harmonia do ordenamento enquanto sistema –, quando muito, a confirmação de que as normas em confronto não fazem sentido juntas, não se harmonizam. Nesse critério, ainda, poderíamos nos socorrer, num esforço hermenêutico, da máxima de que *“quando duas normas do mesmo diploma parecem incompatíveis, a aparente antinomia se resolve, principalmente, pela detecção da regra geral e da exceção”*. [19] No caso, o arrolamento sumário seria o gênero, do qual a modalidade comum seria espécie. Assim, a possibilidade de compreender que, diante da incompatibilidade entre as normas no arrolamento comum, relativamente ao tratamento do ITCMD, deveria prevalecer o procedimento previsto para o arrolamento sumário.

Não obstante, parece-nos que a melhor exegese para tornar a norma aplicável encontra-se na interpretação histórica, método que procede à análise da lei a partir de “seus antecedentes históricos, verificando as circunstâncias fáticas e jurídicas que lhe antecederam, bem como o próprio processo legislativo correspondente”. [20]

A análise da *occasio legis* – que na interpretação histórica busca a origem próxima do texto, do momento em que foi elaborada [21] – vem justamente confirmar a hipótese de erro material devido à falha na renumeração dos artigos durante os trabalhos legislativos, como vimos. A solução, então,

seria fazer a integração legislativa ao sistema, lendo-se a remissão feita no § 4º do art. 664 do CPC/15, como sendo ao art. 662, conforme a concepção primeira e que efetivamente lhe dá sentido e aplicabilidade.

Na mesma conclusão se chega ao considerar a origo legis – método de interpretação histórica pelo qual se busca a origem remota da lei, ou seja, de onde evoluiu na legislação que lhe serviu de modelo. [22] A nascente do art. 664, § 4º, do CPC/15 está no art. 1.036, § 4º, do CPC/73, tendo ambos conteúdo normativo idêntico[23]. Destaque-se que as duas normas versam sobre a mesma hipótese (lançamento e pagamento do imposto de transmissão e taxa judiciária no arrolamento comum), além de igualmente remeterem a aplicação de procedimento contido em outra norma do mesmo código. Só que a regra do CPC/73 remete ao art. 1.034 e seus parágrafos, que corresponde justamente ao art. 662 do CPC/15, conforme a concepção originária do projeto de lei. Enquanto a do CPC/15 remete ao art. 672, que, ao revés, corresponde ao art. 1.043 do CPC/73 e, igualmente, não tem relação alguma com a hipótese normativa, já que, como já anotado, trata da cumulação de inventários.

Não há dúvida de que a norma sob exame evoluiu do direito anterior, de modo que há que se lançar “uma ponte entre as obscuras disposições do presente e os preceitos correspondentes e talvez claros do Direito anterior”, para conhecer o espírito e alcance da norma submetida a exegese. [24]

Desta maneira, é inafastável a interpretação de que a norma contida no art. 664, § 4º, do CPC/15, particularmente na parte que remete ao art. 672, do Código, está referindo-se ao art. 662. Não sendo assim, não haveria como integrar a regra ao sistema normativo, tampouco aplicá-la aos casos concretos, ficando sem solução, ao menos no contexto do Código, a disciplina relativa ao lançamento e pagamento do imposto de transmissão no arrolamento comum.

É o que se propõe, diante do texto normativo em vigor e enquanto persistir a omissão do legislador na correção do erro material apontado. Confirma-se, pois, a assertiva inicial de que a questão do lançamento e pagamento do imposto causa mortis, no arrolamento comum, deve ser resolvida da mesma maneira prevista para o modo sumário, no art. 662 do CPC/15, como remete o art. 664, § 4º, do CPC/15, em sua melhor exegese.

4.3 Tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas. Tratamento diferenciado.

Necessário, ainda, para concluir a análise da problemática em discussão, discriminar que a regra que se segue no § 5º do art. 664 do CPC/15 diz respeito a encargos tributários diversos, não se aplicando ao imposto de transmissão. Referido parágrafo condiciona o julgamento da partilha à prova da “quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas

rendas”, que consistem em ônus de natureza diversa do imposto de transmissão.

Com efeito, o ITCMD não consiste em tributo que incide sobre os bens do espólio, mas especificamente sobre a transmissão da herança, que é seu fato gerador (CF, 155, I c/c CTN, arts. 35 a 42). Inclusive, o próprio CPC/15, sempre que prescreve disciplina relativa ao imposto de transmissão, o faz de modo a discriminá-lo como espécie diferenciada de tributo que é (art. 654: imposto de transmissão a título de morte; 659, § 2º: imposto de transmissão e outros tributos porventura incidentes; art. 662, caput: tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade; art. 662, § 2º: imposto de transmissão; art. 659, § 5º: imposto sobre a transmissão da propriedade).

Os tributos que recaem sobre os bens do espólio são aqueles que têm por fato gerador a propriedade, como por exemplo, o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) e o imposto sobre a propriedade territorial rural (ITR). O primeiro (IPTU), tem por fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município (CF, 156, I c/c CTN, art. 32). No segundo (ITR), o fato gerador é a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel por natureza, como definido na lei civil, localização fora da zona urbana do Município (CF, 153, VI c/c CTN, art. 29). Já os tributos sobre as rendas consistem propriamente no imposto de renda, que tem por fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos de qualquer natureza (CF, 153, III c/c CTN 43).

Essa distinção conforme a natureza do tributo, como elemento merecedor de tratamento diferenciado no procedimento do arrolamento, foi bem pontuada pelo Des. Luiz Ambra, do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 85602-08.2013.8.26.000. Referindo-se ao art. 1.036, § 5º, do CPC/73 (que tem conteúdo idêntico ao atual art. 664, do CPC/15), afirmou que a alusão a bens do espólio, na norma em exame, diz respeito “apenas às dívidas a eles inerentes por exemplo, ao imposto predial ou ao territorial urbano, de cada imóvel a ser partilhado é que a regra respectiva diria respeito. Não às dívidas do espólio propriamente ditas, relativas (elas sim) à transmissão hereditária de todo o acervo patrimonial, gravável pelo causa mortis”. Ainda que a referência no voto tenha sido feita ao art. 1.036, § 5º, do CPC/73, é perfeitamente aplicável à hipótese em exame, visto que referida norma é a correspondente ao art. 664, § 5º, do CPC/15, inclusive de idêntico teor.[25]

O STJ já se manifestou sobre essa matéria em julgado proferido antes da inclusão do § 2º no art. 1.031 do CPC/73[26], quando a diferenciação ora apresentada era relevante no caso concreto:

“No procedimento do arrolamento, disciplinado pelo art. 1.031 e segs. do CPC, a homologação da partilha depende apenas da prova de quitação dos tributos relativos aos bens e às rendas do espólio. No arrolamento não se admitem questões relativas aos lançamentos de tributos relativos à transmissão”. [27]

No mesmo sentido, discriminando os tributos que recaem sobre os bens do espólio e suas rendas do imposto causa mortis, Humberto Theodoro Junior, igualmente referindo-se ao art. 1.036, § 5º, do CPC/73, leciona que: *“provadas as quitações dos tributos relativos aos bens do espólio (e não ao imposto de transmissão de bens), o juiz estará habilitado a julgar a partilha”*. [28]

Não devem ser confundidos, portanto, os tributos cujo pagamento vincula a sentença que julga a partilha com aqueles que não têm essa força e cuja apuração e pagamento devem ser resolvidos na esfera administrativa, como é o caso do ITCMD no arrolamento em suas duas formas, conforme expressa previsão legal.

E tal diferenciação afigura-se de todo relevante diante da revogação do art. 1.031, § 2º, do CPC/73, que condicionava a expedição dos formais de partilha e alvarás ao pagamento de todos os tributos. Na vigência de referida regra, todos os tributos, indistintamente, deveriam ser pagos no curso do processo judicial, não importando a natureza. Isso, inclusive, fazia com que essa diferenciação no tratamento conforme a natureza do tributo acabasse por não ter maior significado e relevância no caso concreto. Agora, a situação é diferente, já que são apenas os tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas que condicionam o julgamento da partilha, no arrolamento comum, a teor do que prescreve expressamente o § 5º do art. 664 do CPC/15. Não mais o imposto de transmissão, cuja sistemática de recolhimento subordina-se expressamente ao disposto no § 4º do art. 664 do CPC/15.

Raciocínio que afasta, também, a aplicabilidade do art. 192 do CTN, caso não admitida a tese de revogação, porque igualmente refere-se aos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas.

CONCLUSÃO

Essa é a nova sistemática no que diz respeito ao tratamento do imposto de transmissão causa mortis no procedimento especial do arrolamento, na disciplina do CPC/15.

No inventário, há o condicionamento da prolação da sentença que julga a partilha à prova da quitação do tributo conforme exigência do ente fazendário. O pagamento do imposto deve ser feito no curso do processo judicial. Apenas após a manifestação favorável da Fazenda Pública Estadual é que será proferida sentença de julgamento da partilha. É a regra do art.

654 do CPC/15.

No arrolamento sumário, conforme a prescrição dos arts. 659 e 662 do CPC/15, tudo o que se refere ao causa mortis passa a acontecer exclusivamente na esfera administrativa, quando já findo o processo judicial. Não há vinculação da sentença da partilha ao pagamento do imposto de transmissão, tampouco qualquer restrição à liberação dos expedientes subsequentes, necessários à transmissão e apropriação dos bens partilhados aos contemplados com a herança (formal de partilha, carta de adjudicação e alvarás), como havia no direito anterior, mesmo porque o art. 1.031, § 2º, do CPC/73 foi revogado sem que outra norma de mesmo conteúdo o substituísse.

A norma do art. 192 do CTN - que trata de matéria de conteúdo residual, e não de hipótese reservada à lei complementar - não se aplica ao arrolamento sumário, que tem disciplina própria. Também porque os impostos a que se refere têm natureza diversa do imposto de transmissão causa mortis.

No arrolamento comum, a sistemática relativa ao lançamento e pagamento do imposto causa mortis deve ser resolvida da mesma maneira prevista para o arrolamento sumário, ou seja, nos termos do art. 662 do CPC/15. Aponta-se erro material no texto do art. 664, § 4º, do CPC/15, particularmente na remissão ao art. 672, que trata tão somente da cumulação de inventários e que, por tal razão, não tem qualquer relação ou pertinência com a hipótese normativa para a qual é destinado, conforme o comando expresso e finalístico do art. 664, § 4º, do CPC/15. A integração da falha legislativa deve ser obtida mediante o método da interpretação histórica, cuja exegese indica que a remissão deve ser feita ao art. 662 do CPC/15.

Distingue-se, ainda, a regra contida no § 5º do art. 664 do CPC/15, que condiciona o julgamento da partilha à quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e as suas rendas, que consistem em encargos tributários de natureza diversa do imposto de transmissão. O causa mortis é tributo que incide sobre a transmissão da herança, que é seu fato gerador (CF, 155, I c/c CTN, arts. 35 a 42), ao passo que tributos sobre os bens do espólio são especificamente aqueles que recaem sobre a propriedade, como, por exemplo, o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (CF, 156, I c/c CTN, art. 32) e o imposto sobre a propriedade territorial rural (CF, 153, VI c/c CTN, art. 29), cujos fatos geradores são diversos. Já os tributos sobre as rendas consistem propriamente no imposto de renda, que tem por fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos de qualquer natureza (CF, 153, III c/c CTN 43).

Não devem ser confundidos, portanto, os tributos cujo pagamento vincula a sentença que julga a partilha com aqueles que não têm essa força, como é o caso do imposto de transmissão causa mortis no arrolamento em suas duas modalidades, cuja solução reside exclusivamente na esfera administrativa, conforme expressa previsão legal.

-
- [1] Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.
- [2] Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.
- [3] GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2015. p. 618 e 622.
- [4] CPC/73: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.
- [5] THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: procedimentos especiais. 50. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. II. p. 299.
- [6] THEODORO JUNIOR, Humberto. Op. Cit. p. 299.
- [7] MEDINA, José Miguel Garcia. Direito Processual Civil Moderno. São Paulo : RT, 2015. p. 794.
- [8] Parágrafo 2º acrescentado pela Lei nº 9.280, de 30 de maio de 1996.
- [9] MARINONI, Luiz Guilherme e Outros. Novo código de processo civil comentado. São Paulo : RT, 2015. p. 659.
- [10] NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. Salvador, JusPodivm, 2015. p. 695.
- [11] NOVELINO, Marcelo. Op. Cit. p. 695/696.
- [12] SABBAG, Eduardo. Direito Tributário Essencial. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2015. p. 104.
- [13] STF. RE 507253 SP. rel. Min. Celso de Mello. j. 11/12/2006. p. DJ 22/02/2007. RTJ 156/721-722.
- [14] Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), art. 2º, § 1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.
- [15] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. Salvador : JusPodivm, 2016. p. 1068. Ressalve-se, no texto citado, que embora o autor mencione o § 3º, do artigo em análise, o comentário é, na verdade, ao texto do parágrafo 2º.
- [16] PL 8046/2010 (originado do PLS 166/2010) remetido pelo Senado à revisão da Câmara pelo ofício nº 2428/2010.
- [17] Embora não se tenha feito pesquisa exaustiva a respeito na doutrina, nas seguintes obras consultadas, referência alguma ao erro normativo foi encontrada: THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: procedimentos especiais. Op. Cit.; MEDINA, José Miguel Garcia. Direito Processual Civil Moderno. Op. Cit.; GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios.

Novo curso de direito processual civil. Processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais. 12. ed. São Paulo : Saraiva, 2016; MARINONI, Luiz Guilherme e Outros. Novo código de processo civil comentado. Op. Cit.; MARINONI, Luiz Guilherme e Outros. Novo curso de processo civil. São Paulo : RT, 2015. v. 3; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. Op. Cit.; GONÇALVES, Tiago Figueiredo e Outro. Art. 664. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo : Saraiva, 2016. BACK, Alessandra. In: FAGUNDES CUNHA, José Sebastião e Outros. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado. São Paulo: Saraiva, 2015. Não obstante, encontrou-se em artigo de Marcela Furst, ao que parece escrito durante a *vacatio legis*, apontamento de erro no texto do art. 664, § 2º, do CPC/15, inclusive com conclusão de que a remissão adequada seria ao art. 662, do CPC/15 (FURST, Marcela M. Do inventário "arrolamento comum" e o Novo CPC. Disponível em <http://dramarcelamfurst.jusbrasil.com.br/artigos/198325356/do-inventario-arrolamento-comum-e-o-novo-cpc>. Acesso em 28/10/2016.

[18] A análise hermenêutica que se segue foi baseada nas seguintes obras: MARQUES, Alberto. Roteiro de Hermenêutica. Curitiba : Juruá, 2003; MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2003.

[19] MARQUES, Alberto. Op. Cit. p. 65.

[20] GAGLIANO, Pablo Stolze e Outro. Novo Curso de Direito Civil: parte geral. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1. p. 62.

[21] MARQUES, Alberto. Op. Cit. p. 61/62.

[22] MARQUES, Alberto. Op. Cit. p. 61/62.

[23] BUENO, Cassio Scarpinella. Op. Cit. p. 421.

[24] MAXIMILIANO, Carlos. Op. Cit. p. 113.

[25] TJSP. AI 85602-08.2013.8.26.000. Rel. Des.Luiz Ambra. j. 7.08/2013.

[26] O § 2º, do art. 1.031, do CPC/73 foi acrescentado pela Lei nº 9.280/96, como já referenciado em nota anterior.

[27] STJ. REsp. 50.529-1-SP. Ac. Un. da 1ª T. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. DJ de 20.02.1995. JSTJ/TRFs 71/265.

[28] THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil : procedimentos especiais. 44. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2012. v. III. p. 266.

REFERÊNCIAS

BACK, Alessandra. In: FAGUNDES CUNHA, José Sebastião e Outros. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado. São Paulo: Saraiva, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze e Outro. Novo Curso de Direito Civil: parte geral. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1.

GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. Novo curso de direito processual civil. Processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais. 12. ed. São Paulo : Saraiva, 2016.

_____. Direito Processual Civil Esquemático. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Tiago Figueiredo e Outro. Art. 664. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo : Saraiva, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme e Outros. Novo código de processo civil comentado. São Paulo : RT, 2015.

_____. Novo curso de processo civil. São Paulo : RT, 2015. v. 3.

MARQUES, Alberto. Roteiro de Hermenêutica. Curitiba : Juruá, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 19. ed. Forense : Rio de Janeiro, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia. Direito Processual Civil Moderno. São Paulo : RT, 2015. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. Salvador : JusPodivm, 2016.

NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. Salvador : JusPodivm, 2015.

SABBAG, Eduardo. Direito Tributário Essencial. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: procedimentos especiais. 50. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. II.

_____. Curso de Direito Processual Civil : procedimentos especiais. 44. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2012. v. III.

DR. DIEGO GUSTAVO PEREIRA

Juiz Substituto da 39ª Seção Judiciária, com sede na Comarca de Colorado

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA EDIÇÃO DE NORMA INCONSTITUCIONAL

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil do Estado pelos atos do Poder Legislativo é assunto de grande debate doutrinário e jurisprudencial, estando tal discussão presente em praticamente todos os ordenamentos jurídicos.

No presente trabalho enfrentar-se-á o tema por meio de uma perspectiva diferente do que vem sendo proposto, pois será analisada tal responsabilidade do ponto de vista finalístico da norma e de sua compatibilidade com a Constituição Federal, considerada esta como o verdadeiro contrato social.

Para este estudo que se propõe será fundamental analisar a origem da sociedade como destinatária da norma jurídica, compreendendo, por meio dos motivos que levaram ao surgimento do Estado, que a ordem jurídica deve estar de acordo com os anseios da sociedade, a qual sempre será a destinatária da norma editada.

A norma jurídica em si mesma, por meio de uma análise teórica de sua estrutura nas suas diversas perspectivas, também é importante para notar as consequências que poderão ocasionar aos particulares e, nesta acepção, demonstrar que na hipótese de sua incompatibilidade sistêmica, houve ato ilícito do legislador e, portanto, surge o dever de reparação dos danos causados.

Assim, ao final do trabalho concluir-se-á pela existência da responsabilidade civil do Estado pela edição de norma inconstitucional e que, no Brasil, o fundamento se encontra no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal e no artigo 43 do Código Civil.

1 Norma jurídica: uma análise teórica

O homem é um ser social por natureza e para que atinja seus objetivos é

condição fundamental que se associe com seus pares. Desde o nascimento, o homem pertence a grupos sociais, tais como família, comunidade, nação, etc. Ademais, cada uma dessas instituições tem objetivos específicos que visam alcançar e, para chegar a esse fim, cada um regula o seu comportamento, fixando condutas a serem seguidas, as quais implicam limitações às ações dos indivíduos que a compõem, estabelecendo direitos e deveres (VAN ACKER apud DINIZ, 2000, p. 328).

Observa-se, pois, que desde tempos imemoriais, quando o homem ainda vivia em pequenos grupos, já existiam normas de conduta e, embora essas normas não fossem jurídicas, eram obedecidas com o fim de harmonizar a vida em sociedade. Todavia, chegou um momento em que a sociedade passou a viver em auto temor, devido à briga pelo espaço e alimento, ocasião em que surgiu o Estado e cada indivíduo cedeu parte de sua liberdade com o fim de receber a proteção estatal.

Assim, o Estado, com vistas a cumprir os objetivos para os quais foi criado, passou a estabelecer normas de condutas para os indivíduos, limitando a liberdade individual, possibilitando a vida harmônica em sociedade.

Nota-se, que o fundamento das normas está na *“exigência da natureza humana de viver em sociedade”* (DINIZ, 2000, p. 328), o que leva a concluir que o Estado, consciente dessa necessidade, edita as normas jurídicas, que são produtos de sua declaração de Poder, com vistas a proteger a sociedade.

1.1 Validade da norma jurídica

A compreensão do que vem a ser a validade da norma jurídica é de fundamental importância para o estudo proposto. Isso porque a norma inconstitucional, até que seja declarada como tal, goza de presunção de validade e, após a sua publicação, em que pese ainda não esteja produzindo efeitos no mundo jurídico, ela já se incorporou ao sistema de normas vigentes, estando na iminência de impor seus preceitos.

Assim, mister se faz o estudo da validade da norma jurídica enquanto pertencente ao sistema normativo para podermos entender, de forma sistemática, a questão da inconstitucionalidade das normas.

O aspecto validade da norma jurídica tem a ver com a noção de valor, no sentido econômico e não filosófico (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 179)[1]

De outro lado, Bobbio (2001, p. 46) assevera que:

“O problema da validade é o problema da existência da regra enquanto tal, independentemente do juízo de valor sobre ela ser justo ou não. Enquanto o problema da justiça se resolve com um juízo de valor, o problema da validade se resolve

com um juízo de fato, isto é, trata-se de constatar se uma regra jurídica existe ou não, ou melhor, se tal regra assim determinada é uma regra jurídica”[2].

Ao dizermos que uma norma vale, estamos afirmando que ela possui pertinência em relação à alguma coisa, existindo várias teorias que explicam a validade da norma. Porém, todas elas, ao conceituarem a validade, relacionam a norma com determinada condição.

Alf Ross condiciona a validade da norma jurídica ao comportamento da autoridade aplicadora, isto é, para ele a norma válida é aquela aplicada pelos Tribunais com a consciência de sua obrigatoriedade (apud FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 180).

Kelsen, por sua vez, critica o posicionamento de Ross, afirmando que, de acordo com esta teoria, só se poderia saber se a norma é válida após sua aplicação, o que se tornaria um problema, pois não seria possível dizer se uma norma é válida no momento de sua promulgação, oportunidade esta em que ainda não se tem nenhuma experiência.

Nesse sentido, a teoria kelseniana diz que a norma vale em relação a outra norma que a antecede hierarquicamente. Isso significa que, para verificar a validade da norma, deve-se confrontá-la com a norma superior, verificando-se a sua relação de subordinação.

Todavia, apesar de ser mais objetiva, a posição kelseniana também é criticada por Ross, o qual diz que, se levado em conta que, para a verificação da validade da norma, é preciso recorrer à hierarquia de normas, isso levará a uma norma básica, que se encontrará acima da própria constituição, a qual terá a única função de validar a constituição (apud FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 180-5).

Por sua vez Kelsen afirma que para explicar a validade da norma hipotética fundamental é preciso aceitar uma norma que não é posta, mas pressuposta pela razão.

Isso implica que ela aparece como uma condição de pensar o direito, isto é, o jurista deve reconhecê-la como fundamento das demais normas, raciocinando a partir dela (apud FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 186)[3].

Hart, citado por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, defende que esta primeira norma da série da hierarquia não é válida e nem inválida: ela simplesmente existe. Afirma, também, que não é nenhum pressuposto da razão, pois a existência dela é usada apenas para justificar o ordenamento jurídico de uma sociedade (1994, p. 187).

Bobbio diz que Kelsen, ao afirmar que a norma fundamental é pressuposta, está buscando o impossível e, em razão disso, propõe que a

norma que está no topo da cadeia normativa se identifique com um ato de poder, afirmando que “*a norma fundamental é a que é posta por um poder fundante da ordem jurídica e sua característica é a efetividade*” (apud FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 187)[4].

Apesar de tudo, a posição kelseniana traz um interessante aspecto de validade, pois não é possível afirmar se uma norma é válida considerando-a em si mesma. Para tanto, como validade é um conceito relacional, ela só pode ser identificada como tal diante de sua análise com as demais normas hierarquicamente superiores do ordenamento (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 182).

Nesse contexto, Tércio Sampaio Ferraz Júnior diz que para escapar do formalismo de Kelsen, sem cair na posição de Ross, recorre a uma posição pragmática, entendendo-se, por isso, a relação “*validade da norma em relação a seu emissor – autoridade – e seu receptor – sujeito*” (1994, p. 182). Assim, afirma que a validade não é uma relação formal, mas pragmática, pois envolve os usuários, suas possíveis reações e contrarreações. Porém, também não é uma relação semântica, pois não exige uma probabilidade de aplicação.

Em suma, para Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a norma válida é aquela que, para sua criação, foram observadas as formalidades legais (aspecto formal) e que seu conteúdo esteja de acordo com as demais normas hierarquicamente superiores (aspecto material).

Miguel Reale, de forma simples, explica que para a norma ser válida são necessários três requisitos: a) legitimidade do órgão que a editou; b) competência do órgão para legislar sobre a matéria; e c) obediência do procedimento para elaboração da norma (2002, p. 110).

Observa-se, pois, que o posicionamento de Miguel Reale se distingue daquele de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, já que Miguel Reale separa a observância das formalidades legais em dois requisitos: a legitimidade do órgão e a observância do procedimento.

Ademais, podemos distinguir a validade por dois aspectos: validade formal e validade material. A validade formal diz respeito à observância da competência para sua edição, ao passo que a validade material diz respeito à observância da matéria albergada pela norma.

Desta sorte, a validade da norma jurídica, em última análise, está condicionada ao respeito, quando da sua elaboração, de seu conteúdo às demais normas hierarquicamente superiores, bem como à observância do devido processo legal para sua edição e que seja editada por pessoa competente para legislar sobre aquela matéria.

Nesta linha de raciocínio, será constitucional a norma livre de vícios que,

para sua elaboração, respeitou o processo de formação, seu conteúdo está em harmonia com a constituição e, ainda, que seja emanada de órgão competente. Assim, de forma simples, pode-se afirmar que é constitucional a norma que se subsume, tanto formal como materialmente, à Constituição.

1.2 Vigência da norma jurídica

Vigente é a norma jurídica que se encontra apta a impor seus efeitos dentro do ordenamento jurídico.

A norma portadora desta característica deve ser observada e cumprida por todos, independentemente do juízo de valor a ela atribuída. Mesmo padecendo a norma de vício de validade, enquanto não declarado tal defeito, a norma impera sobre o ordenamento, devendo ser observada.

Para chegar a um entendimento do que vem a ser vigência, necessita-se estudar os diversos conceitos trazidos pelos autores, que, na maioria das vezes, confundem – ou não conseguem distinguir – a vigência e a eficácia.

Miguel Reale conceitua a vigência com sendo “*a executoriedade compulsória de uma regra de direito, por haver preenchido os requisitos essenciais à sua feitura ou elaboração*” (REALE, 2002, p. 108).

Tércio Sampaio Ferraz Júnior, citando Arnaldo Vasconcelos, diz que a “*vigência é, pois, um termo com o qual se demarca o tempo de validade da norma*” (apud FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 196), e, ao final, conclui que:

“Vigência é uma qualidade da norma que diz respeito ao tempo de validade, ao período que vai do momento em que ela entra em vigor (passa a ter força vinculante) até o momento em que é revogada ou em que se esgota o prazo prescrito para sua duração” (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 202).

Nota-se que Tércio Sampaio Ferraz Júnior faz distinção entre o termo vigência e vigor, contrariando o conceito trazido por Miguel Reale, o qual toma vigência por vigor. Para Tércio, “*vigor é uma qualidade da norma que diz respeito a sua força vinculante, isto é, à impossibilidade de os sujeitos subtraírem-se a seu império*” (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 197).

Sobre esse prisma, vigência tem cunho temporal, ao passo que vigor se refere à possibilidade de se exigir o cumprimento da norma (eficácia).

Dentro do processo de formação da norma, a vigência, em regra, se dará após transcorridos quarenta e cinco dias da publicação. Isso porque o artigo 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro assim estabelece. Porém, de forma contrária, a própria norma pode estabelecer quando iniciará a sua vigência.

Todavia, no período compreendido entre a publicação e o início da

vigência, a norma já pode ser considerada válida ou não, pois já existe no ordenamento e este íterim é denominado *vacatio legis*. Esse é o próprio entendimento do professor Tércio, o qual leciona que “*durante aqueles quarenta e cinco dias, a norma já é válida (já pertence ao ordenamento), mas não é vigente, ou seja, sua validade fica suspensa*” (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 197).

Comunga do mesmo entendimento a professora Maria Helena Diniz, asseverando acerca da norma durante a *vacatio legis* que “*embora válida, a norma não produz efeito durante aqueles quarenta e cinco dias*” (DINIZ, 2000, P. 388).

Não obstante a sapiência do professor Tércio, não há falar em validade suspensa, pois a partir do momento que a norma, após seguir o trâmite estabelecido para sua edição, é publicada, ela tem presunção de validade, até que seja revogada ou declarada a sua invalidade por vício formal ou material. Tanto é assim que caso a norma contenha artigo que determine o termo da sua entrada em vigor, este dispositivo já é dotado de validade, eficácia e vigência desde a sua publicação, permanecendo o restante do texto legal apenas sem eficácia e vigência, pois, caso contrário, não se poderia conceber nem mesmo o termo inicial de sua exigibilidade.

1.3 Eficácia da norma jurídica

De maneira simples, podemos definir a eficácia da norma jurídica como a sua capacidade de produzir efeitos dentro do ordenamento jurídico.

Como observado acima, a diferenciação da eficácia da vigência é muito tênue, chegando a ser confundida, ou até mesmo defendida, como sinônimas.

Não obstante o respeitável entendimento doutrinário apresentado, é de melhor técnica, dogmaticamente analisando, afirmar que vigência não se confunde com eficácia, e para demonstrar a diferença, mister se faz o estudo dos conceitos trazidos pela doutrina.

Miguel Reale pontua que “*a eficácia se refere, pois, à aplicação ou execução da norma jurídica, ou por outras palavras, é a regra jurídica enquanto momento da conduta humana*” (REALE, 2002, p. 112). Embora a norma seja válida e vigente, não implica que ela seja eficaz. Eficaz, portanto, é aquela norma cuja sociedade reconhece e incorpora a sua maneira de ser e agir e o sistema propicia a sua aplicação.

Todavia, cumpre consignar que, não obstante existirem normas não reconhecidas pela sociedade em geral, essas normas podem ter eficácia compulsória. Mormente porque os Tribunais não podem recusar a aplicação da norma em vigor.

Diante da análise do conceito de eficácia trazido, num primeiro momento, pode-se vislumbrar uma confusão entre vigência e eficácia. Tanto é que existe parcela da doutrina, em especial as correntes realistas da jurisprudência americana, que reduzem a vigência à eficácia[5]. Porém, a melhor doutrina distingue essas duas qualidades da norma.

A norma é vigente pelo simples fato de, depois de transcorrido o período da *vacatio legis*, caso tenha ocorrido, poder ser exigido o seu cumprimento. Por outro lado, a eficácia é a capacidade de produzir seus efeitos no ordenamento jurídico e o acatamento da norma pela sociedade, que, por si só, incorpora o comportamento trazido pela nova norma à sua maneira de ser e agir. Inclusive, mister se faz impingir que a eficácia também não se reduz à obediência da norma. Isso porque existem normas que não são aplicadas, mas que socialmente são consideradas eficazes, haja vista estatuírem prescrições ideologicamente solicitadas pela sociedade. Exemplo clássico é o artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal, que prevê que o salário mínimo deve ser fixado em quantia suficiente para atender as necessidades do trabalhador e sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

Não obstante a norma constitucional ser eficaz – socialmente considerada –, por representar o interesse social, hodiernamente a sua prescrição não é cumprida, pois caso fosse atendido o seu preceito, causaria um colapso nas relações econômicas. Observa-se, pois, que a norma é eficaz, pois corresponde a um interesse ideológico da sociedade, no entanto, não é obedecida, porque sua obediência causaria colapso econômico-financeiro.

Ainda, a norma se diz eficaz quando presentes certos requisitos técnicos. É a eficácia no sentido técnico. Neste caso, supõe-se o inter-relacionamento entre diversas normas, sem o qual elas não produziriam efeitos. Como exemplo, podemos citar o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição, que diz:

“XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

A norma constitucional determinou que outra norma fosse editada, definindo as infrações penais que serão consideradas como hediondas. Assim, enquanto não for editada norma que defina os crimes hediondos, a norma constitucional não terá eficácia.

No sentido técnico, José Afonso da Silva classifica as normas constitucionais como de eficácia plena, contida e limitada. A norma de eficácia plena é aquela cuja aplicação não depende de outra norma, produzindo seus efeitos desde sua vigência. Norma de eficácia contida é aquela que produz

efeitos desde sua vigência, porém pode ocorrer a edição de norma que restrinja seus efeitos. Já, a norma de eficácia limitada é aquela que só produzirá seus efeitos após a edição de norma que estabeleça as formas de sua realização.

Em suma, podemos dizer que a eficácia pode ser entendida por aquele fenômeno no qual a sociedade, diante de uma nova norma jurídica, a incorpora no seu comportamento, obedecendo seus preceitos de forma espontânea – eficácia social – e o ordenamento apresenta condições técnicas para produção de seus efeitos, ao passo que a vigência se refere à capacidade de produzir efeitos da norma e impor sanções ao seu descumprimento.

2. A responsabilidade civil do Estado e o dever de reparação do Estado Democrático de Direito aos lesados pela edição da norma jurídica inconstitucional

O regime jurídico da responsabilidade civil do Estado tem recebido diversos tratamentos, seja no aspecto temporal ou espacial, e, entre as principais teorias já adotadas[6], estão: (a) a da irresponsabilidade; (b) as civilistas, as quais eram compreendidas pela teoria dos atos de império e de gestão e teoria da culpa ou da responsabilidade subjetiva; e (c) as teorias publicistas, que também compreendiam a teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço público e a teoria do risco integral ou administrativo ou teoria da responsabilidade objetiva.

Por meio da análise histórica destas teorias, conclui-se que elas foram evoluindo de acordo com a própria evolução do paradigma de Estado, e, atualmente, há o predomínio da teoria da responsabilidade objetiva, a qual melhor se coaduna com o modelo de Estado Republicano intitulado como Democrático de Direito.

Aliás, não é demais afirmar que qualquer outra teoria adotada estaria em confronto com a finalidade do Estado Democrático de Direito, pois, como se sabe, ele não é caracterizado apenas pela supremacia da Constituição, obrigatoriedade da observância do princípio da legalidade e universalidade da jurisdição, mas pressupõe, principalmente, o respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Neste sentido, Konrad Hesse afirma *“que determinados direitos ou princípios, como os direitos fundamentais, o princípio do submetimento da administração à lei ou aquele da divisão de poderes são elementos essenciais da ordem estatal-jurídica da Lei Fundamental”* (HESSE, 1998, p. 157).

A Constituição brasileira de 1988 adotou a teoria da responsabilidade objetiva, a qual está consagrada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, in verbis:

“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Por sua vez, o Código Civil de 2002 também trouxe dispositivo correspondente, prescrevendo o artigo 43 que *“as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causarem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.*

Todavia, não obstante a adoção pelo Brasil de um modelo de Estado Democrático de Direito e a positivação da responsabilidade objetiva do Estado, no que toca a responsabilidade civil por ato legislativo[7], ainda predomina o entendimento de que não há responsabilidade estatal pelos danos causados pela atividade legislativa. Fundamentam esta tese o fato de que as normas são atos que se confundem com a própria soberania do Estado[8] e que os legisladores são representantes da sociedade e, assim, os lesados se confundiriam com os lesadores[9].

Não obstante os argumentos que fundamentam a tese da irresponsabilidade, somente pelo fato de o Brasil constituir-se um Estado Democrático de Direito, já não podem ser admitidos.

2.1 O dever de responsabilização do Estado pelo ato ilícito do legislador

O principal fundamento de sustentação da tese da responsabilidade civil do Estado pelos atos legislativos encontra-se no próprio paradigma do Estado Democrático de Direito, o qual deve primar pelo respeito aos Direitos e Garantias Fundamentais[10].

De outro lado, partindo-se para argumentos de maior concretude, a própria Constituição de 1988 foi expressa, como já foi dito, em estabelecer a responsabilidade do Estado no artigo 37, §6º, sem, contudo, excluir a responsabilidade pelos atos legislativos.

Ademais, mesmo que a atividade legislativa seja ato próprio de governo e, portanto, de soberania, não pode ele ultrapassar os limites impostos pela Constituição Federal, a qual estabelece tanto os limites formais[11] quanto os materiais[12] para edição de normas.

Da mesma forma, cai por terra o argumento de que os lesadores se confundiriam com os lesados, pois, ainda que os legisladores representem o interesse da sociedade, não possuem eles legitimidade para ultrapassar o que está estabelecido na Carta Política.

O fato de os legisladores representarem o interesse popular (artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal) não afasta a obrigação do Estado de indenizar os eventuais danos causados pela edição de normas inconstitucionais durante a atividade legislativa, pois não é de interesse do povo a edição de normas contrárias à Constituição, a qual tem a função precípua, dentro de um Estado Democrático de Direito, de proteger a população contra as arbitrariedades do Estado.

Neste contexto, observa-se claramente que os argumentos utilizados para sustentar a irresponsabilidade estatal são demasiadamente ultrapassados e foram os mesmos utilizados na época dos Estados absolutistas para justificar a teoria da irresponsabilidade estatal, os quais são incompatíveis com o novo modelo de Estado adotado.

De outro lado, Maurício Jorge Pereira da Mota (apud Esteves, 2003, p. 187-8), advogando a tese da responsabilidade do Estado legislador, pondera que:

“A aceitação de responsabilidade abrange de todo e qualquer modo de atuação do Estado decorreria, ademais, de visão sistêmica do texto constitucional que, como registra o autor, prevê, paralelamente ao princípio geral, outras formas de responsabilidade, como a do Chefe do Executivo (art. 86, § 4º) e do Estado, por erro judiciário (art. 5º, LXXV)”.

Seguindo essa linha de raciocínio, a doutrina mais moderna entende que há pelo menos três hipóteses em que caberá a responsabilização do Estado por ato legislativo, as quais são: a) edição de norma inconstitucional; b) edição de lei materialmente defeituosa; c) omissão legislativa (JUSTEN FILHO, 2006, p. 819).

No entanto, apenas será objeto de estudo do presente trabalho a primeira hipótese, qual seja, a responsabilidade do Estado pela edição de norma inconstitucional.

2.2 Norma jurídica inconstitucional: direito do jurisdicionado na reparação dos danos por ela causado

A norma jurídica inconstitucional, como já visto quando se estudou a teoria da norma jurídica, é aquela que desrespeita a Constituição Federal, seja porque não foi observado o procedimento estabelecido para sua edição (inconstitucionalidade formal), seja porque seu conteúdo está em desacordo com os princípios e regras constitucionais (inconstitucionalidade material).

Com efeito, também como visto alhures, a norma inconstitucional padece de vício de validade, pois não se coaduna com o sistema jurídico existente.

É nesse contexto que se pode afirmar que o legislador, ao apresentar projeto de lei inconstitucional, discuti-lo, votá-lo e aprová-lo, constituindo-se, assim, a norma jurídica inconstitucional, comete ato ilícito, pois o próprio princípio constitucional e da hierarquia veda tal hipótese. Isso se dá porque a atividade legislativa tem caráter vinculado em relação à forma e ao conteúdo das normas, conforme já reconhecido por Yussef Said Cahali (apud ESTEVES, 2003, p. 171).

Aliás, Aguiar Dias (1979, p. 318-9) já ensinava que:

“Assim, podemos reconhecer a responsabilidade do Estado pelos danos causados pela lei nula, inconstitucional ou inválida, porque temos um regime que nos permite impugná-la. (...) Isso, conforme explica ainda o douto publicista, porque o ato da autoridade não pode contrair aos mandamentos constitucionais. Se o fez e do seu ato resulta dano ou lesão, o Estado é obrigado a repará-lo”.

Esteves (2003, p. 171), reproduzindo os ensinamentos de Cahali, ressalta:

“Ressaltando o caráter vinculado da atividade legiferante, sustenta o autor a possibilidade de configuração de ilícito legislativo, consubstanciado em contrariedade formal ou material do ato legislativo, em face da Constituição, o que suscita, pelas mesmas razões aplicáveis dos demais campos de atuação estatal, a sistemática jurídica própria da responsabilidade patrimonial do Estado, legitimando a pretensão ressarcitória do lesado”.

Vale ainda dizer que a edição de qualquer tipo de norma inconstitucional gera ao lesado o direito de reparação pelos danos sofridos, pois a atividade de editar norma contrária à Constituição caracteriza ato ilícito, porquanto o próprio objeto também é ilícito, conforme aponta a teoria dos atos jurídicos.

Em suma, o Estado Democrático de Direito albergado pela Constituição Federal, por meio de suas regras, princípios e valores, possibilita, inexoravelmente, que qualquer pessoa que sofra danos em decorrência da edição de norma inconstitucional receba a respectiva indenização.

De outro lado, também é certo que a Constituição Federal constitui-se na matriz do sistema jurídico do Estado e que as normas que a contrariam não pertencem a este sistema. Logo, quando o legislador edita norma inconstitucional, até que seja declarada tal condição, ela goza de presunção de constitucionalidade e, portanto, pode ocasionar danos aos seus destinatários, os quais, pelo princípio do Estado Democrático de Direito e, também, pelo fato de a Constituição ser o “contrato social”, têm o direito de ser restringida a sua liberdade e patrimônio somente nos

moldes estabelecidos pela Carta Política.

Neste contexto, não há como não vislumbrar que a edição de norma inconstitucional é ato ilícito e, portanto, passível de reparação, nos moldes do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal e do artigo 43 do Código Civil.

O Supremo Tribunal Federal, em casos isolados, já havia reconhecido o direito à indenização pelos danos causados pela edição de norma inconstitucional, não sendo demais transcrever a ementa do voto do Ministro Celso de Mello, relator do Recurso Extraordinário n. 153.464, de 2 de setembro de 1992:

“RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – LEI INCONSTITUCIONAL – INDENIZAÇÃO. O Estado responde civilmente por danos causados aos particulares pelo desempenho inconstitucional da função de legislar” (RDP 189/305).

Observa-se, assim, que todo aquele que sofrer dano decorrente da edição de norma inconstitucional poderá, uma vez demonstrado o dano e o nexo de causalidade com a edição da referida lei, pleitear a reparação.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que, de acordo com a teoria da norma jurídica, toda norma inconstitucional padece de vício de validade e, por consequência, não pode pertencer ao sistema jurídico, o qual tem como fundamento a própria Constituição.

Ademais, a violação da Constituição nada mais é do que a violação do pacto social firmado entre os indivíduos e o Estado, o que leva à conclusão de que qualquer violação a ele constitui ato ilícito.

Nesta linha de raciocínio, não há como admitir a tese de que o Estado não responderia pela edição de normas inconstitucionais, pois tal ato também é considerado ilícito legislativo e, portanto, passível de reparação, nos moldes do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal e do artigo 43 do Código Civil.

Desta forma, fica evidente que a melhor interpretação dos dispositivos acima citados induz à existência da responsabilidade civil do Estado pela edição de norma inconstitucional, pois, caso contrário, estar-se-ia violando o direito fundamental do indivíduo de ver respeitada a Constituição Federal.

[1] Para Tercio o conceito de validade está relacionado com a noção de valor, de origem econômica e não filosófica. Isso porque, em sua origem econômica, os valores são relacionais, isto é, submetidos a padrões.

[2] Observa-se que Bobbio reduz a validade a sua existência, isto é, se a norma existir será

válida.

[3] A norma pressuposta pode ser aquela estabelecida por uma revolução ou pela tradição de um povo.

[4] Neste contexto, Bobbio conclui que se existe uma norma posta, nem toda norma é válida. Assim pode haver a posituação da norma sem que ela seja válida. Porém, ressalta que, à medida em que vamos subindo na hierarquia normativa, a diferença entre posituação e validade vai diminuindo, até chegarmos no primeiro ato de poder que, via de regra, será o poder constituinte que, ao positivar a constituição, já a estabeleceu como válida.

[5] Essa corrente considera o termo validade no sentido técnico-formal, onde a validade é sinônimo de vigência.

[6] Importante deixar consignado, neste ponto, que as teorias apontadas neste trabalho se referem àquelas adotadas no sistema europeu-continental, pois é a orientação que influenciou o direito brasileiro (DI PIETRO, 2004, p. 548).

[7] Esta expressão será utilizada no presente trabalho para o ato propriamente legislativo, isto é, aquele que editou determinada norma jurídica, não se confundindo com os atos administrativos de gestão do próprio legislativo, em relação aos quais não há discussão acerca da responsabilidade objetiva.

[8] Segundo Júlio César dos Santos Esteves (2003, p. 161), o qual fez profunda análise doutrinária acerca do assunto, pode-se destacar como filiado a este entendimento Hely Lopes Meireles, o qual defende a irresponsabilidade estatal neste caso, por entender que os legisladores são agentes políticos.

[9] Esta é a posição defendida por Maria Emília Mendes Alcântara (apud Esteves, 2003, p. 96-7), a qual pondera que: "A lesão causada por ato legislativo tem por autor o próprio lesado, enquanto membro da sociedade, que elege seus representantes para o Parlamento, não ensejando, por conseguinte, a responsabilidade do Estado pelos danos dele derivados".

[10] Konrad Hesse (1998, p. 157) é enfático ao afirmar que "há concórdia sobre isto, que determinados direitos ou princípios, como os direitos fundamentais, o princípio do submetimento da administração à lei ou aquele da divisão de poderes são elementos essenciais da ordem estatal-jurídica da Lei Fundamental".

[11] Diz respeito à forma de edição dos atos normativos, estabelecendo regras de procedimento.

[12] Levando-se em conta o princípio da hierarquia e supremacia das normas constitucionais, qualquer outra norma inferior deve respeitar o seu conteúdo, não podendo conter disposição contrária a ela.

REFERÊNCIAS

BASTOS, C. R. Hermenêutica e interpretação constitucional. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

_____. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. Bauru: Edipro, 2001.

----- . Teoria do ordenamento jurídico. 10ª ed. Brasília: Editora UNB, 1999.

CAHALI, Y. S. Responsabilidade civil do Estado. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CAVALCANTI, A. Responsabilidade civil do Estado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

DALLARI, D. A. Elementos de Teoria Geral do Estado. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DI PIETRO, M. S. Z. Direito administrativo. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DIAS, J. A. Da responsabilidade civil. V. II. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

----- . Introdução ao estudo do direito. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1994.

GUERRA FILHO, W. S. Processo constitucional e direitos fundamentais. 4ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2005.

JUSTEN FILHO, M. Curso de direito administrativo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HESSE, K. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

REALE, Miguel. Noções preliminares de direito. 26ª ed. São Paulo, Saraiva, 2002.

SCAFF, F. F. Responsabilidade civil do Estado intervencionista. 2ª ed. São Paulo: Renovar, 2001.

DR^a. ÉRIKA FIORI BONATTO MÜLLER

Juíza de Direito da Comarca de Nova Londrina

CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR, COM ABERTURA DE PROCEDIMENTO PREPARATÓRIO À ADOÇÃO

○ Juízo da Infância e da Juventude lida com um dos temas mais delicados da atividade do Magistrado: a colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas mediante adoção.

O processo de destituição do poder familiar, como todo processo judicial, é permeado de regras, criadas com a intenção de garantir os direitos da ampla defesa e do contraditório de todos os envolvidos, bem como um julgamento justo e imparcial.

Todavia, as mesmas regras que, por um viés, resguardam direitos, por via reflexa criam obstáculos, sendo o pior deles, no caso do direito da infância e juventude, o temporal.

Para entender as consequências do decurso do tempo, deve ser feito um exercício de alteridade.

Por exemplo: o que, aos olhos dos operadores do direito, é um simples prazo de 15 dias para contestar, para um infante acolhido representa ser mantido por mais meio mês em uma instituição, ambiente totalmente dissociado do conceito de seio familiar. E assim, de prazo em prazo, permanecem por anos acolhidos em instituições (casas-lares) para, somente ao final do julgamento dos processos, terem a direção de suas vidas decidida.

Desse modo, levando-se em consideração a negatividade do efeito do tempo na vida do indivíduo que está privado do convívio familiar, e, com apoio nos princípios da prioridade absoluta da criança e do adolescente e da proteção integral, após a prolação de sentença que destitua os pais do poder familiar, havendo recurso contra essa decisão, o caso deve ser analisado pelo Magistrado em conjunto com a equipe técnica e o Ministério Público, avaliando-se e ponderando-se sobre o cumprimento provisório

da sentença, com a abertura imediata de procedimento preparatório à adoção.

Isso porque a legislação infanto-juvenil é clara ao prever, em seu art. 19, que é um dos direitos da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família, e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

O mesmo artigo, enfatizando a excepcionalidade do acolhimento em instituição, em seu parágrafo primeiro, prevê que toda criança acolhida deve ter sua situação reavaliada a cada 3 (três) meses, e arremata, em seu parágrafo segundo, que o acolhimento não pode ser superior a 18 (dezoito) meses, ressalvados os casos excepcionais.

Assim, o cumprimento provisório da sentença de destituição do poder familiar é possível e recomendável, já que há previsão, no Estatuto da Criança e do Adolescente, de que eventual recurso, neste caso, deve ser recebido apenas no efeito devolutivo. Veja-se:

“Art. 199-B. A sentença que destituir ambos ou qualquer dos genitores do poder familiar fica sujeita a apelação, que deverá ser recebida apenas no efeito devolutivo” (sem grifo no original).

Tal disposição legal visa salvaguardar os direitos infanto-juvenis, especialmente os de prioridade absoluta e proteção integral, relacionados na Lei nº 8.069/90.

Desse modo, o procedimento prévio de adoção pode ser iniciado na modalidade de cumprimento provisório da sentença, colocando-se eventualmente a criança ou o adolescente em guarda provisória para fins de adoção até o julgamento final do recurso, com a ressalva de que a sentença de adoção só será definitiva após o julgamento do recurso.

Em caso de provimento do recurso, como não há trânsito em julgado no procedimento prévio de adoção, a situação será restabelecida ao status quo ante, com a devida cautela e cuidado dos envolvidos.

É por isso que, no cumprimento provisório da sentença de adoção, é imprescindível que o Magistrado e a equipe técnica esclareçam ao casal que esteja disposto a adotar sobre a provisoriedade da decisão, de preferência formalizando a ciência e anuência com tal situação.

Há de se avaliar, aqui, que o risco de eventual retorno à situação anterior é muito baixo após uma sentença que já determinou o perdimento do poder familiar, já que a destituição é a última medida tomada pelo Poder Judiciário, após o esgotamento de todas as outras medidas de proteção

e com amparo em relatórios da equipe técnica e pareceres do órgão Ministerial. Porém, se isso ocorrer, envolverá a ruptura de vínculos e laços, trazendo uma série de consequências, principalmente para os infantes, que deverá ser equacionada pela equipe técnica.

Sobre a urgência em instaurar-se o procedimento de preparação à adoção, cita-se jurisprudência do e. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. SENTENÇA PROCEDENTE. RECURSO DE APELO RECEBIDO EXCLUSIVAMENTE NO EFEITO DEVOLUTIVO. INSTAURAÇÃO DE PPA. É preciso instaurar o procedimento de preparação à adoção com urgência quando a criança já se encontra institucionalizada, desde o nascimento, há mais de um ano, o que contraria o seu melhor interesse e as orientações do Estatuto da Criança e do Adolescente. DERAM PROVIMENTO AO RECURSO” (Agravo de Instrumento N° 70058658766, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 10/04/2014).

Assim, por fim, registre-se que somente em um lar e com amor incondicional é que a criança e o adolescente poderão se desenvolver adequadamente, o que resulta na aplicação prática da doutrina da proteção integral dos direitos da criança e do adolescente.

DR^a. FABIANA LEONEL AYRES BRESAN

Juíza de Direito da 3^a Vara de Família e Sucessões do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Londrina

OFICINA DE PAIS

Desde o advento da Resolução nº 125/2010, o Conselho Nacional de Justiça tem incentivado práticas tendentes à implementação das políticas públicas de mediação e conciliação.

Para tanto, realizou, ainda no ano de 2014, a *I Conferência Nacional de Mediação de Família e Práticas Colaborativas* e o *I Curso de Instrutores de Oficinas de Pais e Filhos*, tendo o Tribunal de Justiça do Paraná feito a designação de dois Magistrados atuantes na área de família para a participação nos dois eventos.

O segundo foi, até mesmo, ministrado pessoalmente pela idealizadora do Projeto Oficina de Pais, a Juíza de Direito Vanessa Aufiero da Rocha, da Comarca de São Vicente/SP.

De lá, veio a ideia de implantação do Projeto na Comarca de Londrina, efetivamente iniciado no mês de março de 2015 e que segue, semanalmente, até os dias de hoje, atendendo as partes encaminhadas pelas três Varas de Família, pelas duas Varas de Infância e Juventude e pela Vara Maria da Penha do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Londrina.

O Projeto tem como objetivo auxiliar pais e mães no período pós-rompimento (divórcios, dissolução de união estável, relacionamentos esporádicos), orientando-os sobre as formas de evitar conflitos e, principalmente, de resguardar os filhos comuns das consequências advindas da separação.

Consiste num único encontro, com duração de quatro horas, ministrado por duas psicólogas voluntárias, no qual o ex-casal participa, separadamente, de dinâmicas de grupos que contam com vídeos, orientações, diálogos e exercícios práticos. O objetivo não é fazer com que as partes dialoguem mas, sim, que compareçam separadamente, encontrando-se com outros pais e mães também em processo de rompimento, e que, com esses, possam compartilhar suas dúvidas, angústias, sofrimentos, bem como se preparar

para as situações de convivência com o filho comum.

O momento processual em que se dá o encaminhamento das partes à Oficina é decidido pelo próprio Juiz que conduz o processo, tendo a experiência mostrado que a participação mais eficaz se dá após a fase conciliatória inicial (art. 334, CPC) e antes da audiência de instrução, quando os litigantes, de regra, já têm um regime de convivência com filhos, presumidamente, fixado em sede de liminar, funcionando as técnicas de conciliação e mediação utilizadas na Oficina como facilitadoras para a composição de litígio, ou, pelo menos, para diminuir as tensões, na fase instrutória.

É essencial para a preservação da ideia original do Projeto que o Juiz não participe, diretamente, da Oficina de Pais, ministrando ou conduzindo as sessões, limitando-se sua atuação ao encaminhamento das partes, no momento certo e quando recomendável, já que não são todos os casais, nem todos os conflitos, que têm indicação para inclusão no Projeto. Litígios que envolvem violência grave, abusos de qualquer natureza, inclusive sexual, e psicopatias não devem ser encaminhados à Oficina por duas razões fundamentais: primeira, o manejo destas situações exige medidas judiciais impositivas, não sujeitas à composição; segunda, a participação de pessoas com determinadas características de personalidade desestabiliza o grupo e desvirtua o objetivo da Oficina para os demais participantes.

Além disso, é da essência do Projeto a confidencialidade das sessões, uma vez que às partes é garantido, no início da sessão, que todas as informações, sentimentos e fatos, compartilhados no âmbito da Oficina, não serão levados ao processo ou ao conhecimento do Juiz condutor do feito. A não ser a informação acerca da participação ou não no Projeto.

Assim, a viabilização do Projeto depende, imprescindivelmente, do recrutamento de profissionais de outras áreas, preferencialmente com habilidades para a condução de grupos. Isso, em Londrina, é realizado, desde o início, com a participação de psicólogas voluntárias, além de seleção de estagiários do curso de Psicologia de instituições de ensino superior, com perfil adequado e disponibilidade para permanência por períodos prolongados. Esses profissionais se revezam entre si, em duplas, em sessões realizadas semanalmente, sendo o agendamento feito diretamente pelas Varas interessadas, em pauta on-line, supervisionada pela 3ª Vara de Família de Londrina.

A maior dificuldade para implementação do Projeto é justamente o recrutamento de profissionais, uma vez que o material didático é fornecido pelo Conselho Nacional de Justiça, bastando, para as instalações físicas, uma sala com cadeiras, dotada de projetor. A apostila para os instrutores também está disponível no site do CNJ, contendo orientações sobre o material e dinâmicas a serem utilizadas para o melhor aproveitamento de

cada conteúdo.

Não há dúvida de que os desafios são grandes. Mas os efeitos da Oficina de Pais são imediatos e significativos. A participação dos pais, embora designada no curso do processo, não é um ato judicial, e, mesmo assim, a adesão tem superado as expectativas, com índice de presença superior a 75% (setenta e cinco por cento). O retorno é, de regra, positivo, com a constatação de que a orientação dos pais para as boas práticas em relação ao outro genitor tem receptividade, com a sensibilização para as questões emocionais não só do ex-casal mas, também, dos filhos, no período pósrompimento.

O Judiciário está passando por ampla e profunda transformação, e o Magistrado com competência na sensível área de família precisa desenvolver um novo olhar sobre sua atuação e a necessidade de solução dos conflitos de forma profunda e definitiva, e não mais apenas no âmbito da lide trazida ao processo. A Oficina de Pais é uma das práticas que permite às partes o empoderamento, ou seja, a possibilidade de resolução de seus litígios, presentes e futuros, sem a intervenção direta do Estado, que, com essa mudança, passa a atuar preventivamente, evitando o surgimento de novos conflitos, ou o agravamento destes.

DR. FÁBIO BERGAMIN CAPELA

Juiz de Direito da 5ª Vara de Cível do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Maringá

MAUS ANTECEDENTES E A DECISÃO DO STF NO HC N° 1162305/SP, DE 27/09/2018

○ presente artigo tem por finalidade analisar o recente julgamento (27/09/2018) do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* n° 1162305/SP.

Na referida decisão, concluiu-se que condenação anterior não pode ser considerada maus antecedentes para aumentar a pena-base (primeira etapa da dosimetria da pena) caso tenham se passado 5 (cinco) anos entre o cumprimento ou a extinção da pena e a data do novo crime.

Para tanto, deve-se enfrentar duas questões: antes, saber o que vem a ser maus antecedentes e como se comprova nos autos para, posteriormente, analisar-se o objeto principal do mencionado julgamento do STF, que é a questão temporal, ou seja, por quanto tempo uma pessoa pode ser considerada como portadora de maus antecedentes.

a) O que são maus antecedentes:

Tem-se entendido tradicionalmente que antecedentes vêm a ser a vida pregressa do agente representada nos registros criminais. Os fatos ocorridos antes da prática do tipo de injusto pelo qual está sendo condenado.

Como é sabido, por decorrência do princípio da presunção de inocência (CR, art. 5º, LVII), inquéritos em andamento ou arquivados, ações penais com absolvição, sentenças declaratórias de extinção da punibilidade, assim como sentenças condenatórias que ainda não transitaram em julgado não implicam em maus antecedentes.

Seria uma falta de coerência jurídica concluir, por exemplo, que uma sentença absolutória pudesse gerar algum prejuízo ao réu, aumentando sua pena, pois emprestar relevo a sentenças absolutórias como justificativa de maus antecedentes, além de violar o princípio da não culpabilidade

(presunção de inocência), denigre a própria imagem que os Juízes têm de si próprios, desmoralizando o Poder de que fazem parte, pois “foi a própria Justiça que entendeu ser o acusado inocente naqueles casos passados” (THOMPSON, 2007: 92).

Acertadamente os Tribunais Superiores (STJ e STF) entendem que só uma condenação que tenha transitado em julgado é que pode gerar maus antecedentes, autorizando a elevação da pena-base.

Nesse sentido é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO MAJORADO NA FORMA TENTADA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. DESVALOR DOS ANTECEDENTES COM BASE EM ANOTAÇÕES NÃO TRANSITADAS EM JULGADO. SÚMULA N. 444/STJ. APLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. É pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e a do Supremo Tribunal Federal de que inquéritos e processos penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser negativamente valorados para fins de elevação da reprimenda-base, sob pena de malferirem o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. A propósito, esta é a orientação trazida pelo enunciado da Súmula n. 444 desta Corte: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base.” 2. Agravo regimental a que se nega provimento” (STJ. AgRg no HC 425.041/RJ, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 02/10/2018, dje 16/10/2018) (Sem grifos no original).

Tal entendimento é sumulado na referida Corte:

“Súmula 444. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

O Supremo Tribunal Federal, na mesma toada, decidiu em Repercussão Geral em Recurso Extraordinário:

“PENA – FIXAÇÃO – ANTECEDENTES CRIMINAIS – INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO – DESINFLUÊNCIA. Ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais” (STF. RE 591054, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, acórdão eletrônico repercussão geral - mérito dje-037 divulg 25-02-2015 public 26-02-2015) (Sem grifos no original).

Merece parêntesis aqui a seguinte observação: quando do julgamento

dos Habeas Corpus 94.620 e 94.680, em 24/06/2015, os quais estavam sobrestados justamente para esperar a decisão em Repercussão Geral do RE 591.054, o entendimento firmado pelo STF na Repercussão (necessidade do trânsito em julgado) foi aplicado [1], porém, em razão de alteração de posicionamento pessoal e das discussões dos Ministros, antecipou-se que, num próximo julgamento, deveria ser revista a jurisprudência da Corte. Não obstante o aviso, a jurisprudência do STF continuou perfilhando a mesma conclusão da Repercussão Geral do RE 591.054, conforme se observa dos seguintes arestos:

“(...) 4. A Segunda Turma tem afastado a consideração das ações penais e investigações em andamento como circunstância desfavorável, conforme RHC 117.095, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 13.9.2013; e RHC 113.381, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 20.2.2014” (STF, HC 122940, Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 13/12/2016, processo eletrônico dje-082 divulg 20-04-2017 public 24-04-2017) (Sem grifos no original).

“(...). 7.1. O Pleno do STF, ao julgar o RE 591.054, com repercussão geral, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, firmou orientação no sentido de que a existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena. 7.2. Para efeito de aumento da pena, somente podem ser valoradas como maus antecedentes decisões condenatórias irrecorríveis, sendo impossível considerar para tanto investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação ao artigo 5º, inciso LIV (presunção de não culpabilidade), do texto constitucional” (STF, HC 151431, Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 20/03/2018, processo eletrônico dje-088 divulg 07-05-2018 public 08-05-2018) (Sem grifos no original).

Representaria um pequeno avanço caso se exigisse não somente o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como também que a pena anteriormente imposta fosse realmente privativa de liberdade, em quantidade superior ao aumento de pena aplicado em decorrência do reconhecimento desta circunstância judicial desfavorável.

Assim, caso a pena anteriormente aplicada fosse apenas de multa, não geraria maus antecedentes. Do mesmo modo, se, por exemplo, a pena anteriormente imposta fosse de 6 (seis) meses, este quantum deveria ser levado em consideração como limite máximo de acréscimo à pena que se está fixando, sob pena de se dar mais importância ao acessório (maus antecedentes) em detrimento do principal (pena anteriormente imposta).

Também representaria algum avanço caso se exigisse alguma ideia de correlação entre o tipo de injusto anteriormente praticado e o posterior. Por exemplo, não existe razão lógica para se considerar maus antecedentes uma condenação anterior por um tipo imprudente (culposo), pois não há qualquer intenção na prática delitiva. Consequentemente, apenas condenações anteriores e posteriores embasadas no elemento subjetivo dolo poderiam autorizar que se considerasse a condenação anterior como maus antecedentes.

De qualquer modo, mesmo que não aceitas estas últimas considerações, deve-se exigir sempre que a condenação anterior tenha transitado em julgado, conforme posicionamento das Cortes Superiores, acima transcrito.

b) Como se comprovam os maus antecedentes nos autos:

Quanto à comprovação nos autos da existência de uma sentença transitada em julgado contra o réu, doutrina e jurisprudência possuem entendimentos diferentes.

A orientação doutrinária é no sentido de que somente por certidão cartorária expedida pelo escrivão, da qual constam todos os dados de forma precisa (nome do réu, tipo penal, quantidade de pena imposta, data da sentença, data do trânsito em julgado e data do cumprimento ou da extinção da pena), é que seria possível reconhecer a existência de uma sentença condenatória transitada em julgado contra o réu, conforme ensina PAGANELLA BOSCHI (BOSCHI, 2004: 204).

Nesse mesmo sentido são as lições de ROGÉRIO GRECO (GRECO, 2012: 174) e LUIZ FLÁVIO GOMES (GOMES, 2007: 741)[2].

Porém a orientação dos Tribunais Superiores (STJ e STF) é de que basta folha de antecedentes criminais (expedida pelo Instituto de Identificação do Estado) para tal comprovação:

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO (44 PORÇÕES DE CRACK). CERTIDÃO CARTORÁRIA JUDICIAL PARA COMPROVAR OS MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. DESNECESSIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte tem entendido desnecessária a juntada de certidão cartorária como prova de maus antecedentes ou reincidência, admitindo, inclusive, informações extraídas do sítio eletrônico de Tribunal como evidência nesse sentido. 2. Agravo regimental improvido” (STJ. AgRg no AREsp 549.303/ES, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 19/05/2015, DJe 29/05/2015) (Sem grifos no original).

“HABEAS CORPUS. PENAL. REINCIDÊNCIA COMPROVADA. VALIDADE DA FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS EXPEDIDA

PELO DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL PARA ESSE FIM. PRECEDENTE DA CORTE. ORDEM DENEGADA. (...). IV - A folha de antecedentes criminais expedida pelo Departamento de Polícia Federal no Estado de Mato Grosso do Sul é formal e materialmente idônea para comprovar a reincidência do paciente, porquanto contém todas as informações necessárias para tanto, além de ser um documento público, com presunção iuris tantum de veracidade” (STF. HC 103969, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 21/09/2010, dje-190 divulg 07-10-2010 public 08-10-2010 ement vol-02418-04 pp-00752 rjp v. 6, n. 36, 2010, p. 109-112 rsjadv dez., 2010, p. 43-46) (Sem grifos no original).

Tornou-se corriqueira, na prática forense, a demonstração dos registros de antecedentes do réu por meio de folhas de antecedentes criminais expedidas, na maioria das vezes, pelo Instituto de Identificação dos Estados, operacionalizado pela Polícia Civil.

No Paraná, em específico, é a Secretaria de Segurança Pública que alimenta os dados disponibilizados pelo Instituto de Identificação, os quais podem ser consultados por meio de acesso ao programa de informática denominado “Oráculo”.

Tendo em consideração o número de inexatidões por vezes encontradas nas folhas de antecedentes, duplicidade de registros e ausência de atualizações, o extrato disponibilizado pelo “Oráculo” não deveria tornar desnecessária a certidão cartorária, pois seu objetivo deveria ser a otimização da busca de certidões criminais (em vez de pedir certidões de todas as Varas Criminais do Estado, seriam requisitadas somente àquelas que apresentam registros positivos).

De qualquer sorte, como já dito, o posicionamento jurisprudencial das Cortes Superiores contenta-se com as fichas de antecedentes criminais (“Oráculo”), no que difere da doutrina, que não dispensa a certidão cartorária para a comprovação da existência de sentença condenatória transitada em julgado.

c) *Temporariedade do registro de maus antecedentes:*

Por fim, chega-se à questão suscitada no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Habeas Corpus nº 1162305/SP, de 27/09/2018, que chamou atenção da comunidade jurídica[3] por concluir que condenação anterior não pode ser considerada para registro de maus antecedentes, apto a fundamentar o aumento da pena-base, caso tenham se passado 5 (cinco) anos entre o cumprimento ou a extinção da pena e a data do novo crime:

“(...) a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal assentou

entendimento no sentido de que, decorridos mais de cinco anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. (...). Consoante registrado no voto-condutor, ressalto que a Constituição Federal veda expressamente, na alínea “b” do inciso XLVII do artigo 5º, as penas de caráter perpétuo. Tal dispositivo suscita questão acerca da proporcionalidade da pena e de seus efeitos para além da reprimenda corporal propriamente dita. Ora, a possibilidade de sopesarem-se negativamente antecedentes criminais, sem qualquer limitação temporal, ad aeternum, em verdade, mostra-se pena de caráter perpétuo revestida de legalidade. Dessa forma, entendo que, decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. (...)” (STF. HC 162305, Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 27/09/2018, publicado em processo eletrônico dje-208 divulg 28/09/2018 public 01/10/2018) (Sem grifos no original).

Adianta-se já que este entendimento não é novidade nas Cortes Superiores, conforme se constata dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, no RHC 2227/MG de 18/12/1992[4], e do Supremo Tribunal Federal, no RHC 118977/MS de 18/03/2014[5] e no HC 126315/SP de 15/09/2015[6].

Pois bem. Esta é a questão que deve ser enfrentada: o limite temporal dos maus antecedentes.

A reincidência conta com lapso temporal de 5 (cinco) anos para que seja considerada para a finalidade de caracterizar agravante penal. Já os maus antecedentes não contam com similar limitação legal.

A Constituição da República veda, em seu art. 5º, XLVII, “b”, a prisão perpétua. Consequência lógica é que não somente a pena perpétua esteja proscrita como, também, toda e qualquer repercussão sancionatória penal que não conte com limitação temporal.

Ensina ZAFFARONI:

“Por mais grave que seja um delito, a sua consequência será, para dizê-lo de alguma maneira, que o sujeito deve ‘pagar a sua culpa’, isto é, que numa república se exige que os autores de delitos sejam submetidos a penas, mas não admite que o autor de um delito perca a sua condição de pessoa, passando a ser um indivíduo ‘marcado’, ‘assinalado’, estigmatizado pela vida afora, reduzido à condição de marginalizado perpétuo”

(ZAFFARONI, 2011: 673).

Por tais considerações é que JUAREZ CIRINO DOS SANTOS (SANTOS, 2008b: 572), SALO DE CARVALHO (CARVALHO, 2008: 52)[7] e PAGANELLA BOSCHI (BOSCHI, 2004: 204) advogam a ideia da aplicação analógica do prazo de 5 (cinco) anos da reincidência para o reconhecimento dos maus antecedentes.

Em uma análise sistemática da ordem jurídica, seria possível estipular um prazo razoável, utilizando-se de analogia em relação ao único lapso fixado para um dispositivo semelhante aos antecedentes, qual seja, a reincidência. Sugere-se, por conseguinte, que, por interpretação analógica *in bonam partem*, utilize-se o prazo de 5 (cinco) anos previsto no Código Penal (art. 64, I), para a limitação temporal de resultados provenientes dos maus antecedentes.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça nos julgamentos acima transcritos adotaram o mesmo entendimento a respeito da temporariedade dos efeitos dos maus antecedentes.

A virtude deste posicionamento é que pode ser encarado como uma tentativa de minimizar um pouco a consagração da estigmatização que gera no réu (círculo vicioso do crime). Isto porque a circunstância judicial referente aos antecedentes criminais é uma grande mácula ao próprio discurso oficial do Direito Penal, que tem como funções declaradas ou manifestas da pena as ideologias “re”, expostas pela prevenção especial positiva (“ressocialização”, “reinserção social”, etc.), na medida em que, precisamente em razão de seu caráter constitutivo, garante que o réu se torne cativo do sistema punitivo.

O pensamento contrário, ou seja, a ilimitação temporal dos maus antecedentes, não apresenta razoabilidade, já que qualquer exercício de hermenêutica deve atentar para os valores constitucionais vigentes, sobretudo a já citada vedação de prisões e seus correspondentes de caráter perpétuo (CR, art. 5º, XLVII, “b”). Se a própria reincidência, que é uma agravante, apresenta limitações temporárias expressas, não há razão para se conceder irrestrições aos antecedentes criminais.

[1] “PENAL. HABEAS CORPUS. FIXAÇÃO DE PENA-BASE. LATROCÍNIO. MAUS ANTECEDENTES. FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. DESRESPEITO. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. I – Inquéritos ou processos em andamento, que ainda não tenham transitado em julgado, não devem ser levados em consideração como maus antecedentes na dosimetria da pena. II – Ordem concedida” (STF. HC 94680, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2015, acórdão eletrônico dje-236 divulg 23-11-2015 public 24-11-2015) (Sem grifos no original).

[2] As observações indicadas pelos dois autores quanto à forma de comprovação da reincidência devem ser aplicadas também aos maus antecedentes, pois possuem o mesmo

requisito de existência (sentença condenatória transitada em julgado): “Comprova-se a reincidência mediante certidão expedida pelo cartório criminal, que terá por finalidade verificar a data do trânsito em julgado da sentença penal condenatória anterior” (GRECO, 2012: 174). “Como se prova a reincidência? Por certidão cartorária, que aponte a data exata do trânsito em julgado da sentença precedente. A jurisprudência também tem admitido como prova certidão do INI (Instituto Nacional de Identificação Criminal – Polícia Federal). Mas sempre é relevante saber a data do trânsito em julgado da sentença precedente” (GOMES, 2007: 741).

[3] Tanto que houve até matéria no site CONJUR com o título “Após 5 anos do fim da pena, condenado não tem mais maus antecedentes” (<https://www.conjur.com.br/2018-out-23/condenado-volta-bons-antecedentes-anos-fim-pena>).

[4] “RHC - Direito Penal - Reincidência - Antecedentes – O art. 64, I, CP determina que, para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração anterior houver decorrido período superior a 5 (cinco) anos. O dispositivo se harmoniza com o direito penal e criminologia modernos. O estigma da sanção criminal não é perene. Limita-se no tempo. Transcorrido o tempo referido, sem outro delito, evidencia-se ausência de periculosidade, denotando, em princípio criminalidade ocasional. O condenado quita sua obrigação com a justiça penal. A conclusão é válida também para os antecedentes. Seria ilógico afastar expressamente a agravante e persistir genericamente para recrudescer a sanção aplicada” (STJ. RHC 2227/MG, Rel. Ministro PEDRO ACIOLI, SEXTA TURMA, julgado em 18/12/1992, DJ 29/03/1993, p. 5267) (Sem grifos no original).

[5] “(...). 2. Quando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso de lapso temporal superior a cinco anos, conforme previsto no art. 64, I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes. Precedentes. 3. No caso as condenações anteriores consideradas pelas instâncias ordinárias para fins de valoração negativa dos antecedentes criminais do ora paciente ainda não se encontram extintas. 4. Recurso não provido” (STF. RHC 118977, Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 18/03/2014, processo eletrônico dje-067 divulg 03-04-2014 public 04-04-2014) (Sem grifos no original).

[6] “(...) 4. Período depurador de 5 anos estabelecido pelo art. 64, I, do CP. Maus antecedentes não caracterizados. Decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. Aplicação do princípio da razoabilidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana. 5. Direito ao esquecimento. 6. Fixação do regime prisional inicial fechado com base na vedação da Lei 8.072/90. Inconstitucionalidade. 7. Ordem concedida” (STF. HC 126315, Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 15/09/2015, processo eletrônico dje-246 divulg 04-12-2015 public 07-12-2015) (Sem grifos no original).

[7] “Note-se que os antecedentes, além de fornecer uma graduação à pena decorrente do histórico de vida do acusado, representam um gravame penalógico eternizado, em total afronta aos princípios constitucionais referidos (princípio da racionalidade e da humanidade das penas). Assim, cremos urgente instituir sua temporalidade, fixando um prazo determinado para a produção dos efeitos impostos pela lei penal. O recurso à analogia permite-nos limitar

o prazo de incidência dos antecedentes no marco dos cinco anos – delimitação temporal da reincidência –, visto ser a única orientação permitida pela sistemática do Código Penal” (CARVALHO, 2008: 52).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOSCHI, José Antonio Paganella. Das penas e seus critérios de aplicação. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Aplicação da pena e garantismo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos de. Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

THOMPSON, Augusto. Quem são os criminosos? o crime e o criminoso: entes políticos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 1.

DR. FELIPE FORTE COBO

Juiz de Direito da Vara Descentralizada da Cidade Industrial do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba

A IMPORTÂNCIA DOS FÓRUNS DESCENTRALIZADOS

Regulamentados pela Resolução nº 93 de 12 de agosto de 2013 do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, os Fóruns Descentralizados são parte da Política Judiciária Estadual de descentralização do Poder Judiciário, cujo escopo é assegurar acesso à Justiça por meio de uma aproximação física e territorial com a população, no caso, da periferia da cidade de Curitiba.

Nesse cenário, aos Fóruns Descentralizados, atualmente, compete conciliar, processar, julgar e executar ações relacionadas a Família e Sucessões, Juizados Especiais Cível e Criminal e Infância e Juventude (exclusivamente em matéria protetiva), incluindo, ainda a execução de penas em regime aberto no âmbito do Juizado Especial Criminal.

A finalidade intrínseca dos Fóruns Descentralizados é realizar, em razão da proximidade com a população, uma atuação diferenciada, não só garantindo o acesso da comunidade à Justiça mas, também, buscando despertar a sua compreensão acerca dos direitos e deveres. Para isso, proporciona múltiplos sistemas de resolução de disputas, tanto autocompositivos quanto heterocompositivos, conscientizando o cidadão sobre a importância da sua participação até mesmo na escolha do método mais adequado para a solução do seu conflito, buscando garantir, assim, a efetiva pacificação social.

Na esteira da via autocompositiva, destaca-se que cada Fórum Descentralizado conta com um Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC). Estes Centros Judiciários *“são unidades do Poder Judiciário preferencialmente responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão”* [1].

Ainda cultivando a autocomposição em litígios cujas causas transcendem a

mera disputa jurídica, principalmente nas áreas de Família e de Infância e Juventude, os Fóruns Descentralizados também atuam em parceria com os órgãos da Administração Pública Regional, fazendo com que o atendimento ao usuário cidadão se dê de forma plena e unificada. Esse trabalho ainda permite que o atendimento judicial se dê de forma mais consonante com a realidade de cada localidade na qual inserida a unidade descentralizada, uma vez que cada Fórum Descentralizado encontra desafios diferentes, de acordo com as características socioeconômicas e administrativas do território em que inserido.

A fim de identificar as diversas atividades desenvolvidas por esses Fóruns, seus Centros Judiciários de Solução de Controvérsias (CEJUSC) possuem três frentes de atuação, dando ensejo a três certificações diferentes, quais sejam: “PRO”, pela reconhecida atividade de conciliação em sede processual; “PRE”, pela atuação autocompositiva antes mesmo do ajuizamento da ação pelas partes; e “CID”, decorrente das iniciativas que visam à promoção da cidadania no território de sua abrangência, desafogando demandas que ultrapassam a mera querela jurídica.

Diante desse cenário e do fato de que os Fóruns Descentralizados também atuam em parceria com outros serviços públicos relevantes, como os prestados pela Defensoria Pública, pelo Ministério Público e, inclusive, por Instituições de ensino conveniadas, em sede de extensão universitária, fica fácil imaginar a importância dessas Unidades Judiciais para a população local.

Assim, os Fóruns Descentralizados se tornaram verdadeiras referências da presença da Justiça em seus territórios, gerenciando demandas que vão muito além de suas competências, tornando-se porta de entrada para atendimento e orientação da população geral, em especial a mais carente, sobre diversas questões.

Os Fóruns Descentralizados, portanto, representam uma iniciativa corajosa e extraordinária do Tribunal de Justiça do Paraná, demonstrando seu compromisso com a construção de um Poder Judiciário moderno, humanizado e consciente de sua missão de promoção efetiva da justiça.

[1] Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça. Art. 8, caput.

DR. JAMES BYRON WESCHENFELDER BORDIGNON

Juiz de Direito da Comarca de Rebouças

RECUPERAÇÃO JUDICIAL: DO CONTROLE JUDICIAL DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES AO ABUSO DE DIREITO DE VOTO – UMA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Tema dos mais interessantes em recuperação judicial é o estabelecimento dos limites ao controle do Poder Judiciário sobre o plano de recuperação e assembleia geral de credores, bem como o abuso do direito ao voto. Duas questões interligadas e em constante evolução jurisprudencial, ainda em construção.

Este artigo, primeiro de uma série de dois, discutirá inicialmente os limites do controle judicial sobre o plano de recuperação judicial, abordando a jurisprudência do STJ e do TJPR, postergando para um segundo a evolução jurisprudencial do abuso do direito de voto em assembleia geral.

Como se sabe, o procedimento da recuperação judicial, no direito brasileiro, tem como objetivo criar um ambiente favorável à negociação entre o devedor em crise e seus credores[1].

A Lei nº 11.101/05[2] trouxe novos paradigmas para recuperação de empresas e se distanciou substancialmente da legislação falencial anterior. Trata-se de nova hermenêutica, que leva em consideração o princípio da preservação da empresa, agora positivado, visando, desde que possível e lícito, à manutenção das fontes de produção, os empregos dos trabalhadores, os interesses dos credores particulares e do fisco, em harmonia com o que dispõem os arts. 170, II, e 174, *caput*, da Constituição Federal (função social da propriedade e visão do Estado como agente regulador e normativo, exercendo incentivo da atividade econômica).

A ação de recuperação judicial inicia-se por decisão judicial complexa que defere seu processamento, desde que em termos a documentação prevista no art. 51 da LRE, além de iniciar o denominado “período de stay”, nomear administrador judicial e determinar a expedição de edital para publicação com a relação nominal de credores, com advertência tanto acerca dos

prazos para habilitação dos créditos quanto sobre a manifestação, pelos credores, de objeção ao plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor, no prazo do art. 52 da mesma Lei.

Apresentado e recebido o plano de recuperação judicial, é expedido novo edital, para publicação da relação de credores elaborada pelo administrador judicial, cientificando-os do prazo para manifestação de eventuais objeções (art. 53, parágrafo único, da LRE) - prazo este de 30 (trinta) dias, variando o termo inicial conforme as duas hipóteses do art. 55 e parágrafo único, da mesma Lei.

Quando o plano de reestruturação não for impugnado por qualquer credor (hipótese de aprovação tácita), é dispensada a assembleia geral de credores como instrumento deliberativo para a sua homologação pelo Juízo (art. 58 da LRE).

Caso seja impugnado por qualquer credor, será convocada assembleia geral de credores, órgão máximo de deliberação no processo recuperacional, ao qual compete a aprovação, rejeição ou modificação do plano. A assembleia geral de credores detém competência exclusiva para apreciação das objeções ao plano de recuperação judicial, que por ela será aprovado, rejeitado ou modificado (arts. 35, I, "a", e 56, *caput*, da LRE), sem descuidar, neste ambiente negocial, da possibilidade de apresentação de planos alternativos.

A aprovação do plano de recuperação judicial, seja tácita, seja via assembleia ou, ainda, pela via judicial (*cram down*), estabelece uma nova relação negocial entre o devedor e seus credores.

Nesse sentido, o art. 59 da LRE prevê que o plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido[3] e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, bem como a decisão judicial que a conceder constituirá título executivo judicial, nos termos do Código de Processo Civil.

Segundo o art. 58 da LRE, "*cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei*".

Não havendo objeção ao plano (aprovação tácita), ou sendo este aprovado em assembleia geral, com o cumprimento dos requisitos do art. 45 da Lei nº 11.101/05, a jurisprudência firmou-se no sentido de que não caberia mais ao Juízo se imiscuir no aspecto da viabilidade econômica da atividade empresarial (conteúdo do plano), uma vez que os credores são os maiores interessados na crise do devedor e nos rumos do pedido de recuperação judicial, cabendo, entretanto, o controle de legalidade do ato jurídico - no que se insere, além dos requisitos gerais, o repúdio à fraude e ao abuso

de direito.

Assim, de fundamental importância o controle judicial sobre o plano aprovado tacitamente ou em assembleia geral, uma vez que estabelece coercitivamente nova relação negocial, questão esta que encontrou gradativa evolução jurisprudencial.

No ano de 2012, a questão do controle foi objeto dos enunciados 44 e 46 da 1ª Jornada Brasileira de Direito Comercial CJP/STJ, ocorrida em outubro, sob a coordenação-geral do Ministro Ruy Rosado:

ENUNCIADO 44: A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade.

ENUNCIADO 46: Não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores.

Um pouco antes da aludida Jornada, havia sido publicado o RESP 1.314.209/SP, ilustrando a corrente de pensamento do E. Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema:

“RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APROVAÇÃO DE PLANO PELA ASSEMBLEIA DE CREDITORES. INGERÊNCIA JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. CONTROLE DE LEGALIDADE DAS DISPOSIÇÕES DO PLANO. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. A assembleia de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial. Contudo, as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial. 2. Recurso especial conhecido e não provido” (REsp 1.314.209/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 01/06/2012).

A seguir, em 2014, os dois enunciados passaram a fazer parte de ementa jurisprudencial. Destaco o sempre citado RESP 1.359.311/SP:

“DIREITO EMPRESARIAL. PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APROVAÇÃO EM ASSEMBLEIA. CONTROLE DE LEGALIDADE. VIABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA. CONTROLE JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. Cumpridas as exigências legais, o juiz deve conceder a recuperação judicial do devedor cujo plano tenha sido aprovado em assembleia (art. 58, caput, da Lei n. 11.101/2005), não lhe sendo dado se imiscuir no aspecto da viabilidade econômica da empresa, uma vez que tal questão é de exclusiva apreciação assemblear. 2. O magistrado deve exercer o controle de legalidade do plano de recuperação - no

que se insere o repúdio à fraude e ao abuso de direito -, mas não o controle de sua viabilidade econômica. Nesse sentido, Enunciados n. 44 e 46 da I Jornada de Direito Comercial CJP/STJ. 3. Recurso especial não provido” (REsp 1.359.311/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 09/09/2014, DJe 30/09/2014 - grifei).

Em 2017, nota-se que a questão evoluiu, adquirindo status de consolidação jurisprudencial no E. STJ, como se vê do RESP 1.660.195/SP:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONTROLE DO MAGISTRADO SOBRE O PLANO DE SOERGUMENTO. APROVAÇÃO DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES. VIABILIDADE ECONÔMICA. SOBERANIA DA AGC. LEGALIDADE. VERIFICAÇÃO PELO JUDICIÁRIO. REEXAME DE FATOS E PROVAS E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INADMISSIBILIDADE. (...) 2. A jurisprudência das duas Turmas de Direito Privado do STJ sedimentou que o juiz está autorizado a realizar o controle de legalidade do plano de recuperação judicial, sem adentrar no aspecto da sua viabilidade econômica, a qual constitui mérito da soberana vontade da assembleia geral de credores. 3. O reexame de fatos e provas e a interpretação de cláusulas contratuais em recurso especial são inadmissíveis. 4. Recurso especial não provido” (REsp 1660195/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 10/04/2017 - grifei).

Dessa forma, encontra-se consolidado que o plano de recuperação aprovado sofre controle de legalidade, abrangendo, além da análise dos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, previstos no Código Civil, o repúdio à fraude e ao abuso de direito, mas sem adentrar no aspecto da sua viabilidade econômica, a qual constitui mérito da soberana vontade da assembleia geral de credores.

Sobre não poder o Judiciário se imiscuir na viabilidade econômica do plano, deve ser citado o RESP 1.359.311/SP, do E. STJ. Nele, o Ministro Relator Min. LUIS FELIPE SALOMÃO bem abordou o tema, assim sintetizando no corpo do acórdão:

“Deveras, o magistrado não é a pessoa mais indicada para aferir a viabilidade econômica de planos de recuperação judicial, sobretudo daqueles que já passaram pelo crivo positivo dos credores em assembleia, haja vista que as projeções de sucesso da empreitada e os diversos graus de tolerância obrigacional recíproca estabelecida entre credores e devedor não são questões propriamente jurídicas, devendo,

pois, acomodar-se na seara negocial da recuperação judicial.”

Este entendimento também é seguido pelo Tribunal de Justiça do Paraná.

Cito aqui o Agravo de Instrumento nº 1.483.802-9, publicado em 28 de janeiro de 2016, de relatoria do Des. Fernando Paulino da Silva Wolff Filho, de cuja ementa destaco trecho:

“(...) IRRESIGNAÇÃO DA AGRAVANTE EM FACE DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL HOMOLOGADO. INCONFORMISMO QUANTO AO MÉRITO DO PLANO. CONTROLE JUDICIAL DOS ASPECTOS ECONÔMICOS DE PLANO DE RECUPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. DECISÃO TOMADA EM ASSEMBLEIA DE CREDORES QUE DEVE PREVALECER. JUIZ QUE NÃO DETÉM CONHECIMENTO TÉCNICO SUFICIENTE E QUE NÃO SE ENCONTRA EM POSIÇÃO DE AVALIAR OS INTERESSES PARTICULARES DE CADA CREDOR, FICANDO A SEU CARGO TÃO SOMENTE O CONTROLE DA LEGALIDADE DA VOTAÇÃO E EXECUÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO”.

Constando do corpo do mesmo acórdão, para que melhor se compreenda a ementa:

“A decisão de qual é a melhor estratégia econômico administrativa para a situação da empresa recuperanda não pode ser avaliada pelo Juiz, uma vez que não detém conhecimento técnico para tanto e nem se encontra em posição de dizer quais seriam os interesses individuais de cada credor. De tal sorte, questões relativas ao mérito do plano de recuperação – tal como prazo ou forma de pagamento – devem ser avaliadas e discutidas pelos próprios credores e, então, votadas em assembleia nos termos da Lei nº 11.101/2005.”

Ao final da sua decisão, citou o Relator, como embasamento, o conhecido REsp 1.359.311/SP do STJ.

Isso bem colocado, há que se avançar agora para a hipótese de concessão judicial do plano de recuperação, prevista no art. 58, §§1º e 2º, da Lei nº 11.101/05, o denominado cram down.

Forte nos princípios da preservação da empresa e das fontes de produção e trabalho, trata-se de hipótese de concessão de recuperação judicial, por força de decisão judicial, com base em plano que não obteve aprovação, seja tácita ou via assembleia geral, na forma do art. 45 da Lei nº 11.101/05:

“Permitiu a norma (Lei nº 11.101/2005), de forma específica, que o magistrado conceda, manu militari, a recuperação judicial contra decisão assemblear. É o denominado cram

down do § 1º do artigo 58. Realmente, com o intuito de evitar o “abuso da minoria” ou de “posições individualistas” sobre o interesse da sociedade na superação do regime de crise empresarial, é que a lei, sofrendo os influxos do sistema norte-americano, previu um mecanismo que autorizou ao juízo a concessão da recuperação judicial, mesmo que contra a deliberação assemblear” (STJ - REsp 1.337.989/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe 04/06/2018 – destaque do corpo do acórdão).

No caso da concessão via *cram down* também cabe o controle judicial do plano, nos mesmos moldes já mencionados. Além do controle jurisdicional referente ao preenchimento cumulativo dos requisitos do art. 58, §§ 1º e 2º, cabe o controle de legalidade, abrangendo os requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, bem como o repúdio à fraude e ao abuso de direito, novamente sem adentrar no aspecto da viabilidade econômica do plano.

O E. TJPR já abordou a questão. No Agravo de Instrumento nº 1.293.930-7, publicado em 29/06/2016, de relatoria do Des. Espedito Reis do Amaral, a Corte entendeu nula a decisão de homologação do plano via *cram down* sem a sua análise fundamentada sob o ponto de vista da legalidade.

Constou do corpo do v. acórdão:

“É claro que não se está a afirmar a existência de ilegalidades no Plano de Recuperação apresentado, mas também não se pode afirmar a inexistência delas sem análise alguma, como fez a decisão recorrida (...) estando a decisão agravada destituída de qualquer fundamentação, quando afirmou a inexistência de ilegalidades no Plano de Recuperação Judicial imperioso se faz declarar, ex officio, a sua nulidade nesse ponto”.

Avançando um pouco mais, a pergunta que se faz atualmente é se o Juiz pode ou não, tendo em vista os princípios da preservação da empresa e das fontes de produção e trabalho, mitigar as exigências do art. 58, §§ 1º e 2º da Lei 11.101/05, para conceder recuperações mesmo sem o preenchimento estrito de requisitos, evitando assim o estado falencial.

O REsp 1.310.075/AL trouxe discussão preliminar. Neste julgado, publicado em 25.08.2014, discutiu-se de forma perfunctória a possibilidade de aprovação do plano de recuperação mesmo quando, por pouco, não se alcance o *quorum* qualificado exigido na lei, utilizando por base o princípio da preservação da empresa.

Entretanto, recentemente, em 4/6/2018, foi publicado pelo E. STJ o Recurso Especial paradigma nº 1.337.989/SP, de relatoria do Min. LUIS FELIPE

SALOMÃO. Neste julgado, considerou-se a necessidade de concessão da recuperação, mesmo não estando plenamente preenchidos os requisitos legais do *cram down*, para evitar eventual abuso do direito de voto, especialmente quando somente um credor domina a deliberação de forma absoluta, sobrepondo-se àquilo que parece ser o interesse da comunhão de credores.

Ressai do corpo do acórdão do RESP 1.337.989 a superação da teoria do dualismo pendular[4], bem como que *“a hermenêutica conferida à Lei 11.101/2005, no tocante à recuperação judicial, deve sempre se manter fiel aos propósitos do diploma, isto é, nenhuma interpretação pode ser aceita se dela resultar circunstância que, além de não fomentar, na verdade, inviabilize a superação da crise empresarial, com consequências perniciosas ao objetivo de preservação da empresa economicamente viável, à manutenção da fonte produtora e dos postos de trabalho, além de não atender a nenhum interesse legítimo dos credores, sob pena de tornar inviável toda e qualquer recuperação, sepultando o instituto”*.

Hermenêutica esta que permite avançar para além dos requisitos estritos do art. 58, §§1º e 2º da Lei nº 11.101/05. Com base na doutrina de João Pedro SCALZILLI, enaltece o Relator a necessidade de evitar eventual abuso do direito de voto, justamente no momento de superação de crise, deixando de lado a fria análise do quórum legal alternativo em detrimento da efetiva possibilidade de recuperação da empresa. Cita como exemplo o credor que domina a deliberação de forma absoluta, sobrepondo-se àquilo que parece ser o interesse da comunhão de credores. Ou credores bem classificados na falência, com garantia real por exemplo, que podem preferir a liquidação imediata da empresa em vez de sua recuperação, mormente quando os ativos do devedor bastarem para pagar o seu crédito, deixando o Juiz sem margem de manobra.

No caso sob julgamento no STJ neste RESP 1.337.989, os incisos I e II do §1º do art. 58 estavam preenchidos, estando em questão o inciso III. Ali o plano obteve aprovação qualitativa em relação aos credores com garantia real, contudo, não alcançara a maioria quantitativa, sendo, mesmo assim, aprovado o plano com aval do STJ, mitigando, então, a critério judicial, as exigências legais para o *cram down*.

No TJPR houve caso concreto recente, bastante interessante, sendo o AI 1.738.913-8 julgado pela 17ª Câmara Cível e publicado em 27.03.2018. Houve aplicação desta nova hermenêutica e declaração de abuso no direito ao voto, com mitigação dos requisitos para o *cram down* e consequente concessão da recuperação.

Havia um único credor na Classe II, o qual votou contrário ao Plano de Recuperação Judicial, não sendo, em princípio, possível o preenchimento do item III do artigo 58, §1º, da Lei nº 11.101/2005, inviabilizando a aplicação

do *cram down*. Tratava-se do Banco do Brasil, detentor de 55,05% dos créditos totais habilitados na Recuperação Judicial e na citada classe.

A decisão de primeiro grau superou a objeção e concedeu a recuperação via *cram down*, consignando que “o direito de voto a ser exercido pelos credores não pode ultrapassar o limite imposto pelos fins social, econômicos, a boa-fé ou os bons costumes, revelando-se, nestes casos, abuso de direito”. O relator, Des. RUI PORTUGAL BACELLAR FILHO, baseando-se em jurisprudência do E. TJSP, esta do Des. Ricardo Negrão, consignou que “em casos excepcionais como este é possível admitir a utilização do instituto *cram down*, a fim de evitar o abuso de direito de voto de um único credor, ainda que não preenchidos os requisitos do artigo 58 da Lei nº 11.101/05”. Nestes termos, foi mantida a decisão de 1º grau.

Dentro da temática de mitigação dos requisitos para o *cram down*, destaca-se, por fim, outra decisão da 17ª Câmara Cível do TJPR, em que, além da mitigação em si, a empresa não tinha viabilidade econômica, fator este que pesou para o indeferimento do plano.

Trata-se do Agravo de Instrumento 1.532.949-0, publicado em 27/09/2016. O agravo de instrumento foi indeferido sob o entendimento de que a relativização das normas previstas no § 1º do artigo 58 da LRF não poderia ser aplicada, tendo em vista a inviabilidade econômica da empresa, a qual não detinha potencial de recuperação. Foi mantida a decisão de 1º grau, que convolou a recuperação em falência sob argumento de que “no caso em apreço, não se justifica o impulso da recuperação judicial ora pretendida, pois que, estando fadada ao fracasso, apenas representaria mais prejuízo aos credores”. O acórdão foi unânime e manteve a decisão, efetuando também análise econômica da empresa, como fator a impedir a mitigação do *cram down*.

Como se vê, o tema se encontra em constante evolução jurisprudencial, além de despertar grande interesse prático, tendo em vista as inúmeras recuperações judiciais em trâmite, exigindo conhecimentos diante de matéria deveras especializada.

Na segunda série deste artigo, será dada continuidade à abordagem, considerando a evolução jurisprudencial do abuso do direito ao voto, seu controle judicial e sua implicância nas aprovações dos planos de recuperação judicial.

[1] Fábio Ulhoa Coelho. Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 246-247.

[2] Doravante, neste texto, LRE.

[3] Salvo no caso de convolação da recuperação judicial em falência, caso em que os credores retornam, com todos os seus direitos, ao status quo anterior.

[4] A teoria do dualismo pendular estava em evidência antes da Lei nº 11.101/05, cuja ênfase era a liquidação dos ativos da empresa em crise, seja prestigiando os interesses dos credores, seja pendendo pela proteção dos interesses do devedor e, via de regra, deixando de lado a manutenção da atividade produtiva como resultado da superação da crise da empresa. De sua superação surge a teoria da Divisão Equilibrada de Ônus na Recuperação, indicando que todas as partes do processo devem agir para que o processo garanta o resultado útil. Com isso, todos devem assumir ônus, cabendo ao Juiz, juntamente com o administrador judicial, distribuir de maneira equilibrada os ônus entre credores e devedores. Para maior aprofundamento, consultar: COSTA, Daniel Carnio. Teoria da distribuição equilibrada dos ônus na recuperação judicial da empresa. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/teoria-da-distribuicao-equilibrada-dos-onus-na-recuperacao-judicial-da-empresa/12371>. COSTA, Daniel Carnio. Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos. Cadernos Jurídicos, v. 16, n. 39. Escola Paulista da Magistratura (EPM): São Paulo, p. 59-77, jan./mar. 2015. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/101592/reflexoes_processos_insolvencia_costa.pdf.

DR. JOSÉ GUILHERME XAVIER MILANEZI

Juiz de Direito da Comarca de Marmeleiro

PROJETO ENXUGUE ESSA LÁGRIMA

É sabido que a criança e o adolescente dependem de toda a proteção necessária para um desenvolvimento saudável, tanto que, em relação a eles, entendeu o legislador serem merecedores da proteção integral e com absoluta prioridade.

Verifica-se, diariamente, que os direitos das crianças e dos adolescentes vêm sendo violados das maneiras mais diversas. Para punir o autor do fato, seja pela ação, seja pela omissão, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu vários mecanismos de ação voltados a todos os envolvidos, havendo uma verdadeira divisão de responsabilidades. Outrossim, não se pode olvidar que o condenado responderá criminalmente pelo fato, nos termos do Código Penal e da legislação pertinente.

Todavia, a despeito da existência e da eficácia dessas medidas protetivas em relação ao agressor, é muito comum que, esvaindo-se os dias, seja esquecida aquela criança ou aquele adolescente vítima, especialmente, de abuso sexual, como se a vida estivesse encarregada de tratar de suas feridas. Assim, mostra-se absolutamente justificável a adoção de medidas mais eficazes para dar o devido e respeitoso atendimento aos abusados, de uma forma geral, considerando várias linhas de pensamento das áreas da psicologia e da psiquiatria no sentido de que, caso não sejam devidamente tratadas essas vítimas, é quase certo que, a médio e longo prazo, venham apresentar sintomas graves decorrentes dessa ferida que, muitas vezes, não é curada. É o que vem sendo feito por meio do Projeto Enxugue Essa Lágrima!

Considerando a dificuldade e, até mesmo, a impossibilidade de atendimento clínico pelo CRAS, pelo CREAS ou pelo CAPSi (Centro de Atenção Psicossocial e Centros de Atenção Psicossocial Infanto-Juvenil), o Projeto Enxugue Essa Lágrima (PEEL) propõe o encaminhamento dessas vítimas a universidades que contem com o Curso de Psicologia, cuja parceria vem se dando por

meio de Cartas de Intenção.

Atualmente, o projeto foi elevado à categoria de programa – Programa Enxugue Essa Lágrima - (PEEL), uma vez que já existem parcerias firmadas com a PUC (Campus Curitiba), Universidade Tuiuti do Paraná, UniBrasil Centro Universitário e Uniandrade Universidade.

A ideia é expandir o programa a todo o Estado do Paraná por meio de novas parcerias a serem firmadas, tudo a proporcionar, por tempo indeterminado, o atendimento psicológico por equipes multidisciplinares de universidades.

As crianças podem ser encaminhadas para atendimento nas universidades tanto pelo Ministério Público quanto pelos Juízes, independentemente da fase processual – ou seja, ainda que o processo envolvendo o fato não tenha transitado em julgado ou que o abuso não tenha sido comprovado.

Se não houver tratamento, a condenação da criança é perpétua!

Tamanha é a importância do tema que ele deu origem à criação das salas de depoimento especial nas Varas de Infância, cuja instalação foi prevista pela Recomendação nº 33/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sempre com a finalidade de proteger a criança e evitar o aumento do seu sofrimento.

A ideia, outrossim, é dar amplo atendimento ao disposto na Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017, já em vigor, por meio da escuta especializada e do depoimento especial.

O projeto-piloto foi autorizado pelo Desembargador Ruy Muggiati, Presidente do CONSIJ-PR, com posterior autorização para a implantação definitiva do projeto, de forma que, na sequência, será firmada nova Carta de Intenções para que, em breve, haja a elaboração dos Termos de Cooperação Técnica, bem como a busca de apoio das universidades de todo o Estado do Paraná.

Trata-se de projeto absolutamente audacioso mas que, se colocado em prática, por certo salvará muitas vidas, tudo a depender do braço amigo dos colaboradores. Vamos juntos Enxugar Essa Lágrima!

DR. JUAN DANIEL PEREIRA SOBREIRO

Juiz de Direito da 6ª Vara de Família e Sucessões do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: DESAFIOS NO RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL E NA ANÁLISE DO ELEMENTO SUBJETIVO DO ATO ÍMPROBO

1. Introdução

Historicamente, o combate à corrupção foi relegado à persecução criminal. Todavia, é notório que os mecanismos de repressão penal são insuficientes para conter ou mitigar a corrupção que lamentavelmente permeia a sociedade brasileira. Basta ver que os tipos penais estabelecem penas brandas[1], não raras vezes exigem elementos subjetivos de difícil comprovação e possuem prazos prescricionais benéficos[2].

Inúmeras reações de natureza cível/administrativa a essa inoperância surgiram ao longo do tempo, como as Leis n. 3.164/1957 (Lei Pitombo/Godoi Ilha), n. 3.502/1958 (Lei Bilac Pinto), n. 4.717/1965 (Lei da Ação Popular) e n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública). Entretanto, acabaram por forçar tão somente a invalidação do ato lesivo e ressarcimento dos danos patrimoniais ao erário, logo, sem agregar maiores sanções ao infrator e/ou ao beneficiário, prejudicado, ainda, por seu reduzido rol de legitimados.

Testemunhou-se sensível mudança no combate à corrupção apenas com a Constituição Federal de 1988, em particular com os artigos 37, § 4º, e 129, inciso III, ambos da Constituição Federal, regulamentados posteriormente pelas Leis n. 8.429/1992 e n. 8.625/1993.

No espírito do processo de redemocratização do País, abriu-se a possibilidade para imposição de sanções mais severas e de natureza estritamente cível/ administrativa a quem praticou atos ímprobos e os correlatos beneficiários, notadamente a suspensão de direitos políticos e a proibição de contratar com a Administração Pública, sem prejuízo de conferir à instituição (Ministério Público) provida de independência funcional ferramentas para manejar as ações cabíveis para controle e repressão dos atos ímprobos. Naturalmente, houve o incremento do número

de ações voltadas ao combate da improbidade administrativa.

E em função dos reflexos da atuação do Ministério Público no combate à corrupção, particularmente na interposição de ações civis públicas contra agentes públicos no gozo de mandato eletivo pela prática de atos de improbidade administrativa, é que surgiu a Medida Provisória n. 2.225-45/2001, que acrescentou os §§ 6º e 8º ao artigo 17 da Lei n. 8429/1992, com o nítido fim de condicionar o manejo e recepção da ação civil pública contra ato de improbidade administrativa à existência de indícios razoáveis da prática de conduta ímproba ou à justificativa razoável quanto à impossibilidade de exibição de prova cabal dessa conduta ímproba.

Ecoam entre a doutrina e a jurisprudência inúmeros argumentos que procuraram justificar e respaldar essa alteração processual, como o ilustre advogado e outrora Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo José Emmanuel Burle Filho, o qual proporciona a seguinte exposição quanto ao papel do Ministério Público e do Poder Judiciário na condução de ações civis pública desse quilate:

“Esses deveres são essenciais para que haja o devido exercício do direito de ação e evitar abusos contra o direito do agente público de só ser acionado em caso de desonestidade, de dolo ou de má-fé. Ao assim agirem, os legitimados ativos estarão contribuindo para o contínuo reconhecimento da ação civil pública e da lei de improbidade administrativa, institutos jurídicos arduamente conquistados e essenciais para o Estado e para o Povo.

Por ser o único com o poder de instaurar e conduzir o inquérito civil, e, em consequência, dispor de amplo poder de investigação para provar a desonestidade, o dolo ou a má-fé, essa responsabilidade exsurge em maior grau quando se trata do Ministério Público. Por isso, este de estar conscientizado de que uma ação civil pública açodada e sem justa causa, além dos males e danos apontados no enfoque da ação popular, pode gerar indevida e perigosa sensação de impunidade quando ocorrer a sua improcedência, ditada pelo açodamento e pela falta de prova, vale dizer, pelo abuso do direito de ação. (...)

Essa preocupação é ainda maior quando se trata de ação civil pública não só em razão do direito de a pessoa não ser submetida a uma ação infundada, que lhe causará um dano irreparável, mas igualmente para evitar o descrédito desse instituto vital para a sociedade. Cabe, pois, ao Judiciário o dever de examinar com maior rigor as petições iniciais de ações civis públicas por ato de improbidade administrativa,

verificando, inclusive, em razão do exposto acima, se a causa de pedir contém a caracterização do dolo ou da desonestidade.”[3]

Em que pese não se tenha a intenção de enfrentar o debate quanto à (in)constitucionalidade da mudança imposta ao rito da ação civil pública, ironicamente apenas quanto à apuração de atos de improbidade administrativa, é relevante anotar que qualquer pessoa acionada em Juízo sofre constrangimento porque é convocada para resistir à pretensão do autor. Destarte, entende-se que a premissa do nobre expositor é equivocada, pois é inadmissível assentir que a condição de agente público (sem ignorar as prerrogativas da função) lhe confira o direito absoluto de ser demandado (incomodado) tão somente quando houver atuado com dolo ou má-fé. Caso contrário, descartar-se-á o princípio da isonomia porque incontestável que todos têm direito de não serem acionados indevidamente.

Além disso, sabe-se que o texto do artigo 320 do Código de Processo Civil, o qual subordina o recebimento da petição inicial à instrução da ação com documentos indispensáveis à propositura, sob pena de indeferimento, não representa mero capricho do legislador ordinário, justamente porque cabe ao magistrado aquilatar a compatibilidade entre a causa de pedir e o pedido com respaldo na documentação disponível.

De qualquer maneira, fato é que a observância dessa fase preliminar restou consolidada sem maiores questionamentos na doutrina e na jurisprudência. Emergem, entretanto, alguns pontos que merecem análise mais detida para se compreender a forma de atuação do magistrado por ocasião do recebimento ou não de petição inicial de ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

2. Da etapa do recebimento ou não da petição inicial na ação civil pública ajuizada em razão de improbidade administrativa

Inicialmente, é preciso ter em mente que o intuito do legislador foi inserir etapa processual que serve como espécie de controle de admissibilidade das ações que discutem improbidade administrativa.

Não cabe, obviamente, realizar juízo cognitivo exauriente que conduza ao reconhecimento de plano da conduta ímproba. Na realidade, cumpre perquirir a existência de indícios mínimos de ocorrência da improbidade administrativa que autorizem receber a petição inicial.

Não à toa, caso o magistrado esteja em dúvida sobre a ocorrência ou não do episódio ímprobo, mas dispondo de indícios que apontem a probabilidade, ainda que remota, da ilicitude administrativa, o recebimento da petição inicial é cogente. Aplica-se, por analogia ao processo penal, o princípio *in dubio pro societate*, propiciando que em outra fase processual, mais precisamente na fase de colheita de provas, o autor da ação consiga reunir

mais provas que conduzam ao final pelo reconhecimento da improbidade administrativa.

A rejeição da petição inicial somente é cabível nessa fase processual caso o magistrado aponte razões fortíssimas de que a improcedência do pedido é manifesta ou acaso venha a acolher eventuais questões preliminares/prejudiciais ao exame do mérito.

Por oportuno, é interessante acostar alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/73. INOCORRÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VEREADOR. ASSESSORIA. DESVIO DE FUNÇÃO. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO SOCIETATE. JUSTA CAUSA. INDÍCIOS MÍNIMOS. NECESSIDADE. INEXISTÊNCIA NO CASO DOS AUTOS. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 83/STJ. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO. I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015 para o presente Agravo Interno, embora o Recurso Especial estivesse sujeito ao Código de Processo Civil de 1973. II - A Corte de origem apreciou todas as questões relevantes apresentadas com fundamentos suficientes, mediante apreciação da disciplina normativa e cotejo ao posicionamento jurisprudencial aplicável à hipótese. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade. III - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual é possível a rejeição da petição inicial da ação de improbidade quando o magistrado está convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, consoante estabelece o art. 17, § 8º da Lei n. 8.429/92. IV - No caso, consoante afirma o acórdão recorrido, não há indício mínimo configurador de prática de ato ímprobo, qual seja, atividade externa ao gabinete desempenhada por assessores de vereador estranhas à função. V - O recurso especial, interposto pelas alíneas a e/ou c do inciso III do art. 105 da Constituição da República, não merece prosperar quando o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte, a teor da

Súmula n. 83/STJ. VI - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida. VII - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso. VIII - Agravo Interno improvido” [4] (grifei).

*“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AGRAVO QUE NÃO ATACADA, ESPECIFICAMENTE, O FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. ALEGAÇÃO GENÉRICA DE AFRONTA AO ART. 535 DO CPC/1973. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 182/STJ. RECEBIMENTO DA INICIAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Inviável a apreciação do agravo interno que deixa de atacar especificamente, o fundamento da decisão agravada, referente à tese de afronta ao art. 535 do CPC/1973, incidindo, quanto ao ponto, a Súmula 182/STJ, por analogia. 2. A jurisprudência desta Corte tem asseverado que “é suficiente a demonstração de indícios razoáveis de prática de atos de improbidade e autoria, para que se determine o processamento da ação, em obediência ao princípio do in dubio pro societate, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público” (REsp 1.197.406/MS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22/08/2013). 3. **A decisão que recebe a petição inicial não representa cognição exauriente acerca da efetiva prática de ato de improbidade administrativa, mas apenas fase inicial de todo o deslinde probatório da demanda, motivo pelo qual não se exige, nesta etapa, a demonstração cabal dos fatos narrados na petição inicial.** 4. O Superior Tribunal de Justiça tem compreensão firmada no sentido de que “não há ausência de fundamentação a postergação para sentença final da análise da matéria de mérito” (AgInt no AREsp 910.840/RN, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 30/08/2016). 5. Havendo indícios bastantes da existência do ato ímprobo historiado pelo Parquet autor, o encaminhamento judicial deverá operar em favor do prosseguimento da demanda, exatamente para se oportunizar a ampla produção probatória, tão necessária ao pleno e efetivo convencimento do julgador. 6. Agravo interno parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido” [5] (grifei).*

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA INICIAL. INDÍCIOS.

VERIFICAÇÃO. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO SOCIETATE. SÚMULA 7/STJ. 1. A presença de indícios do cometimento de ato de improbidade administrativa autoriza o recebimento da petição inicial da ação destinada à apuração e sanção das condutas ilícitas. Conforme o entendimento desta Corte Superior, essa fase processual é regida pelo princípio do in dubio pro societate. 2. No caso, o acórdão recorrido estabelece a existência desses indícios. A afirmação do contrário demanda o reexame de fatos e provas. Incidência da Súmula 7/STJ. 3. Recurso especial não conhecido" [6] (grifei).

Muito embora, à primeira vista, o tema proposto não aparente suscitar maiores dúvidas, a experiência forense mostra imensa dificuldade dos juízes de primeira instância e Tribunais em enfrentar a matéria, precipuamente quando o ponto de tensão repousa no enfrentamento do elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa.

Com efeito, a defesa preliminar assume, a rigor, faceta de autêntica resposta definitiva, mormente porque, comumente, o réu levanta inúmeras questões preliminares/prejudiciais ao exame do mérito e tenta, a todo custo, descaracterizar o ato ímprobo ou, ao menos, convencer o Juízo da inexistência de dolo.

Como consequência, a decisão que vier a receber ou rejeitar a petição inicial não pode se limitar a jargões como "recebo a petição inicial, pois presentes os requisitos legais", sob pena de nulidade. Em verdade, tal decisão deve enfrentar detidamente as questões pontuadas pelas partes, porém com cautela, para evitar adentrar profundamente nos meandros mais sensíveis da lide, evitando prejulgamento.

Não à toa, posteriormente à decisão que admite o prosseguimento da lide, a contestação/resposta do acusado, não raras vezes, reproduz o teor da defesa preliminar. Nesse contexto, o juízo de admissibilidade acaba por exigir razoável profundidade no exame da lide e serve também para antever os pontos controvertidos e quais provas são pertinentes à sua elucidação.

Mesmo assim, como dito, a análise do elemento subjetivo é que reclama maior debate, ainda mais quando o fato é incontroverso, cujo embate muitas vezes fica circunscrito a elementos adjacentes, como motivo, finalidade, etc. Por isso, é importante compreender as características do elemento subjetivo na improbidade administrativa e como analisá-lo na fase preliminar.

3. Análise do elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa

De início, convém pontuar que a Lei n. 8.429/1992 não apresenta conceitos e/ou definições sobre dolo e culpa no âmbito da improbidade administrativa.

Naturalmente, a doutrina e a jurisprudência buscam socorrer-se de outros ramos do Direito que mais detidamente apresentam concepções sobre dolo e culpa no ordenamento jurídico: a) Direito Civil; b) Direito Penal.

No Direito Civil, o dolo é visto como vício de vontade que macula o ato/negócio jurídico. Não busca, em verdade, ver o dolo como forma de representação subjetiva da conduta, o que é realizado, em contrapartida, com maior minúcia pelo Direito Penal, razão pela qual deste se extrai mais substrato para compreensão do elemento subjetivo na esfera da improbidade administrativa[7].

Não se quer aqui abrir margem para confusões entre os microssistemas do Direito Penal e do Direito Administrativo, até porque cada qual possui princípios norteadores próprios, sem olvidar a natural impossibilidade de exigir, por exemplo, a tipificação exaustiva dos atos passíveis de configurar improbidade administrativa, sob pena de esvaziar por completo o combate à corrupção.

A rigor, o que se quer dizer é que o Direito Penal detém maior profundidade teórica para permitir ao acusador/ defensor/julgador retratar a imputação subjetiva da conduta. E, com lastro na doutrina Penal[8], chega-se à conclusão de que dolo e má-fé não se confundem.

Geralmente, os julgados de primeira e segunda instância focam com muita densidade a discussão da presença da má-fé como pressuposto indissociável do dolo. Acontece que dolo e má-fé não traduzem a mesma ideia, prejudicando, em muitos casos, a correta responsabilização administrativa do agente público e dos beneficiários do ato ímprobo.

Com propriedade, o Ministro Herman Benjamin assim sintetiza o dolo:

“O dolo reside na simples consciência e vontade de praticar determinada conduta, comissiva ou omissiva, que não se coadune com os princípios administrativos e com os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições”[9].

Como se pode ver do excerto acima, não há que se perquirir no exame do dolo a consciência da ilicitude da conduta, tampouco a vontade deliberada de agir em desconformidade com a Lei e deveres básicos da probidade, ou seja, o chamado dolo específico. A lógica dessa assertiva decorre da constatação de que, caso se tenha que investigar, na conduta do agente público e/ou de quem tenha concorrido com o ato ímprobo, a presença do dolo específico, o grau de subjetivismo seria de tal ordem que a prova do dolo seria praticamente impossível.

Basta ver que o ato ímprobo pode restar configurado mesmo em condutas que poderiam traduzir, à primeira vista, a ideia de que a intenção do agente

foi benevolente, como o caso do agente público que direciona licitação para favorecer empresas locais com o intento de fomentar o emprego e bem-estar social e econômico em sua região¹⁰.

A propósito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está evoluindo no sentido de extirpar o exame da má-fé (dolo específico) como dado inerente ao dolo do ato ímprobo. Veja-se:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ESPOSA PARA CARGO PÚBLICO. NEPOTISMO. ILEGALIDADE DO ATO. DOLO GENÉRICO DO AGENTE. ARTIGO 11 DA LEI 8.429/1992. ENQUADRAMENTO. IMPROBIDADE. 1. O Tribunal de origem, ao decidir a vexata quaestio, consignou (fls. 709/e-STJ): “Veja-se que o recorrido nomeou a esposa em 01/02/2010 (f. 502) acreditando estar agindo em conformidade com a Lei Municipal n.º 1.048/97 que permitia a contratação de servidores do Município de Rio Brilhante pelo critério capacidade pública e notória (f. 44-45). Todavia, referida legislação foi revogada em 2007. Constata-se também que a existência de um projeto de emenda à Lei Orgânica, em dezembro de 2009 (f. 52- 53), para permitir a contratação de cônjuge do Prefeito, levou o requerido a acreditar que tal ato tornaria legal a prática do nepotismo. Além disso, as primeiras damas do Município de Rio Brilhante já realizavam o 10 CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (Org.). op. cit., p. 114. trabalho desempenhado por Iraci Montanha da Silva (f. 55). Ou seja, havia um costume no citado Município e em outros Municípios do interior do Estado o exercício de cargos em comissão pelas primeiras damas. Ora, havendo a ocorrência do nepotismo, prática reprovável perante a população e sumulada pelo Supremo Tribunal Federal, é mister a apuração das causas da nomeação, as aptidões do nomeado, a razoabilidade da remuneração recebida e a consecução do interesse público. Presentes tais elementos, é possível identificar a possível prática de atos de improbidade.” 2. O Ministério Público, por sua vez, ponderou (fls. 773-774/e-STJ): “O simples fato de o Prefeito do Município ter, poucos meses antes da nomeação de sua esposa, apresentado projeto de emenda à Lei Orgânica Municipal, na tentativa de legalizar a contratação da primeira-dama para o cargo em comissão (o que está devidamente assentado pelas instâncias de origem) já evidencia a sua má-fé. Da mesma forma, sua má-fé também se evidencia pelo fato de, tendo sido sua esposa já nomeada, e constatando a ilegalidade decorrente do não preenchimento da exigência de

escolaridade (nível superior completo), em vez de exonerá-la imediatamente, optou por encaminhar um projeto de lei para permitir a contratação de pessoal com base em "capacidade pública e notória". 3. *O dolo que se exige para a configuração de improbidade administrativa é a simples vontade consciente de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica - ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria -, sendo despidendo perquirir acerca de finalidades específicas. (AgRg no REsp 1.539.929/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16/6/2016, DJe 2/8/2016).* 4. *Na hipótese dos autos, o fato de o Prefeito do Município ter nomeado sua esposa para cargo em comissão, conquanto esta não possuísse o nível de escolaridade exigido em lei, e, posteriormente, sabedor da ilegalidade da nomeação, ter tentado legitimá-la com encaminhamento de projeto de emenda à Lei Orgânica Municipal, denotam não apenas o nepotismo, como reconhecido pelo Tribunal de origem, mas também o dolo genérico, configurando-se o ato de improbidade descrito no art. 11 da Lei 8.429/1992.* 5. *Recurso Especial provido" [11] (grifei).*

Atente-se que a caracterização do dolo genérico no ato ímprobo exige o exame de dados objetivos, quais sejam, os elementos externos/fáticos que circunscrevem a conduta comissiva ou omissiva.

Nesse ponto, ao apreciar a petição inicial, o magistrado deve apurar o que os elementos indiciários arrimados com a exordial e eventual contraprova da defesa preliminar permitem extrair, sumariamente e objetivamente, da conduta concreta do agente[12].

Cabe salientar que não se deve empreender imersão sobre a real intenção do agente mas, sim, se os elementos de convicção indiciários sugerem que a conduta analisada destoa objetivamente dos preceitos de honestidade, legalidade, lealdade e moralidade que permeiam a atuação estatal.

Não se quer com isso abrir margem para repreensão desmedida de meras irregularidades. Sinceramente, meandros fáticos próprios a cada situação concreta podem receber interpretações variadas por cada julgador, muitas vezes contaminadas por impressões (valores) pessoais que pendem ora para o lado mais complacente, ora para viés mais repreensor.

Há que se cuidar, em verdade, com a representação subjetiva da conduta, apurando se houve consciência e vontade voltadas para o enriquecimento próprio ou de outrem, bem como para lesar o erário e vilipendiar os princípios que norteiam a Administração Pública.

Quanto à culpa, a doutrina e a jurisprudência divergem se é possível a responsabilização culposa em todas as tipologias previstas (enriquecimento ilícito, dano ao erário e violação aos princípios da Administração Pública) ou em nenhuma delas.

Ocorre que, diante da menção à culpa apenas nas condutas que causam prejuízo ao erário (artigo 10), é certo que a responsabilização por culpa é excepcional e admitida apenas nessa hipótese, não se cogitando de interpretação extensiva para as demais ante o silêncio do legislador.

Nessa toada, adotando-se a premissa que permeia o Direito Penal, pressupõe-se a realização de conduta ímproba culposa quando esta gera resultado (prejuízo ao erário) não intencional, decorrente da violação de obrigação objetiva de cautela, cujas circunstâncias do caso concreto permitissem ao agente antever, objetivamente, a probabilidade considerável de ocorrência do resultado[13].

Na apuração da culpa, cumpre investigar o comportamento correto que deveria ser empregado pelo agente e vislumbrar qualquer desvio que tenha contribuído decisivamente para o advento do resultado. É crucial, ainda, reconhecer ou não a previsibilidade objetiva do resultado, ou seja, com base nas regras de experiência, avaliar, em função das peculiaridades do caso concreto, se era possível antever que a conduta incauta poderia ocasionar prejuízo ao erário.

Pode-se tomar como baliza para aferição da culpa o grau de responsabilidade do cargo público, a expertise dos envolvidos, a experiência, a presença ou não de advertência ao risco de dano, entre outros fatores. Em apertada síntese, é o que se deve buscar na identificação de ato de improbidade administrativa culposos.

4. Conclusão

O enfrentamento da corrupção, esta traduzida nos atos de improbidade administrativa, evoluiu no ordenamento jurídico, contudo, sem deixar de sofrer reações que tendem, ainda que dissimuladamente, a conter os avanços conquistados com a Constituição Federal de 1988 e a Lei n. 8.429/1992.

A fase preliminar de recebimento ou não da petição inicial em ação civil pública voltada à responsabilização por ato de improbidade administrativa, inequivocamente, constitui uma das reações acima mencionadas.

Mesmo assim, a doutrina e a jurisprudência, acertadamente, destacam que, em caso de dúvida, prevalece o princípio *in dubio pro societate*. De qualquer forma, o juízo de admissibilidade traz dificuldades cotidianas ao magistrado, notadamente na apreciação do elemento subjetivo do ato ímprobo, decorrente da equivocada premissa de que se deve aferir a

intenção (má-fé) do agente.

Nota-se, porém, que o Superior Tribunal de Justiça destaca a desnecessidade da apuração do dolo específico, com apoio inequívoco na referência doutrinária do Direito Penal para correta identificação do dolo e da culpa.

É claro que o recebimento ou não da petição inicial demanda o enfrentamento de meandros fáticos, cuja percepção pode variar conforme o julgador. Todavia, a exigência de apontamento dos dados objetivos da conduta ímproba, a despeito de exigir maior esforço argumentativo, confere, sem dúvida, maior grau de certeza na aferição do dolo.

Dito isso, espera-se que este singelo trabalho sirva para orientar operadores do Direito, em especial magistrados, na árdua tarefa atinente ao julgamento das ações de improbidade administrativa.

[1] Em muitos casos, há substituição por penas restritivas de direitos (prestação pecuniária, prestação de serviços à comunidade etc.).

[2] O instituto da prescrição retroativa é o exemplo mais retumbante, pois, dada a infinidade de recursos na esfera criminal que procrastinam a conclusão processual e a tendência de penas próximas do mínimo abstratamente cominado nas condenações lançadas, a pretensão punitiva é comumente fulminada pela prescrição.

[3] in Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios/coordenador Edis Milaré. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 303/304.

[4] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento no Recurso Especial n. 1.635.854/PR. 1ª Turma. Relatora: Ministra Regina Helena Costa. Data do julgamento: 08/02/2018. Publicação: 20/02/2018.

[5] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento no Agravo em Recurso Especial n. 858.446/MG. 1ª Turma. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Data do julgamento: 12/12/2017. Publicação: 02/02/2018.

[6] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.563.455/GO. 2ª Turma. Relator: Ministro Og Fernandes. Data do julgamento: 03/10/2017. Publicação: 11/10/2017.

[7] CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (Org.). O elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa in: Aspectos controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa: uma análise crítica a partir de julgados dos tribunais superiores. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 107/108.

[8] A consciência/vontade de realizar o injusto (má-fé) constitui dado a ser perquirido no campo da reprovabilidade/culpabilidade da conduta do agente, destarte, com repercussão apenas na dosagem da sanção.

[9] HERMAN BENJAMIN. Voto-vencedor: STJ – Recurso Especial n. 951.389/SC – 1ª Seção. Data do julgamento: 09/06/2010. Publicação: 04/05/2011, p. 12.

[10] CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (Org.). op. cit., p. 114.

[11] Por exemplo, se a conduta deu azo ao enriquecimento ilícito do agente ou de terceiros, se abriu espaço para prejuízo do erário, tudo ao arrepio da legislação de regência.

[12] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.635.464/MS. 2ª Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Data do julgamento: 13/12/2016. Publicação: 19.12.2016.

[13] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, volume 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 224.

REFERÊNCIAS

BURLE FILHO, José Emmanuel; MILARÉ, Edis (Org). Ação Civil Pública e a Tutela da Probidade Administrativa in: Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; DINIZ, Cláudio Smirne;

ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (Org.). O elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa in: Aspectos controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa: uma análise crítica a partir de julgados dos tribunais superiores. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, volume 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DR^a. MARCELLA DE LOURDES DE OLIVEIRA RIBEIRO MANSANO

Juíza Substituta da 45^a Seção Judiciária com sede na Comarca de Santo Antônio da Platina

DIREITO PENAL DO INIMIGO – BREVE REFLEXÃO

É inegável que a sociedade contemporânea sofre com o aumento da criminalidade e a ineficácia do aparato estatal em combatê-la. Muito se discute acerca da repressão ao crime, mormente ao crime organizado, mostrando-se relevante o debate sobre a adoção de medidas conjuntas que reduziriam as liberdades individuais em nome da segurança coletiva, denominadas, pelo jusfilósofo Günter Jakobs, de Direito Penal do Inimigo.

Não se pretende, e nem seria possível, o esgotamento do tema neste espaço; a proposta é apenas um despertar ao debate livre de definições pré-concebidas e pouco refletidas acerca de um pequeno extrato da obra jakobsiana.

De início, mostra-se relevante mencionar que a discussão acerca do tema tem como pressuposto o pragmatismo ínsito à Teoria Funcionalista do Crime, ontologicamente distinta do finalismo adotado pelo Código Penal vigente no País. Não nos cabe, neste momento, traçar todas as distinções entre os sistemas – mormente se tratarmos do funcionalismo teleológico de Roxin – mas importa apresentar dois pontos cruciais para a discussão: a função da Pena e o conceito de pessoa em Jakobs.

Hegel, frequentemente arrolado pela doutrina como teórico absolutista, da pena ao lado de Immanuel Kant, exerceu grande influência na obra do jurista Günther Jakobs. Kant, enquanto partidário da retribuição moral, defendia que a pena atende uma necessidade absoluta de justiça, derivada de um imperativo moral incondicional[1], independentemente de sua utilidade. É justamente neste ponto em que reside o absolutismo kantiano, uma vez que a pena é considerada um fim em si mesmo, bastando sua simples aplicação para a realização da justiça.

Diferentemente de Kant, Hegel pregava a retribuição jurídica como caráter preponderante da pena, sustentando que sua função não é a de atender a um mandato absoluto de justiça mas, sim, uma exigência da razão. Na

concepção hegeliana, o delito é uma violência contra o Direito e a pena uma violência que anula a violência do delito, isto é: a pena é a negação do delito que, por sua vez, é a negação do direito. Destarte, sendo a pena a negação da negação do direito, passa a ser, segundo os preceitos lógico-formais, sua afirmação.

Jakobs, por seu turno, considera como função primordial da pena a prevenção geral positiva, como defende a maioria da doutrina, sustentando que o papel da pena é afirmar positivamente a validade da norma por meio da intimidação, correção, neutralização e retribuição. A punição ao infrator consiste na afirmação da validade da norma, que seria posta em dúvida caso não houvesse repreensão estatal após o cometimento do delito. Pode-se inferir, então, que, no âmbito funcionalista sistêmico, a pena serve para validar a confiança na norma jurídica, orientando o indivíduo para o exercício da fidelidade ao Direito. Impor a pena ao infrator, de acordo com os ditames jakobsianos, significa obrigá-lo a suportar suas consequências.

Feita a breve explanação acerca da função da pena, cumpre-nos agora delinear os aspectos principais do conceito de pessoa. Ao contrário do que se propaga, acreditamos que a proposta de Jakobs não seja de despersonalização do indivíduo, uma vez que a construção exclusivamente normativa da personalidade é utópica e irrealista.

O que o jurista alemão propõe não é a exigência de que o indivíduo atue positivamente para alcançar a condição de cidadão; ao contrário: propugna a abstinência de comportamentos voltados ao desmantelamento do ordenamento jurídico e dos preceitos sociais básicos para que determinado indivíduo não seja considerado inimigo. Não é prerrogativa do Estado, assim, apontar a condição de “cidadão” ou “inimigo”, mas ao agir individual caberá demonstrar o arbítrio do agente em encaixar-se em determinada categoria.

A contraposição entre cidadãos e inimigos – considerando estes como “não-pessoas” – exige uma análise jusfilosófica do conceito, extrapolando o âmbito político-criminal. O próprio Jakobs, contudo, oferece análise apurada acerca dessa oposição: *“Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo como pessoa, já que do contrário vulneraria a segurança das demais pessoas”* (2009, p. 40).

À primeira vista é possível interpretar que o mestre alemão exige segurança cognitiva para que se possa considerar um indivíduo como pessoa ao afirmar que *“só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal”* (2009, p.43). À primeira vista poderia concluir-se que Jakobs não considera o indivíduo como *persona a priori*,

necessitando de uma prova a respeito desta condição, consistente em uma ação negativa: a de não ameaçar o Estado.

Contudo, após uma leitura atenta das afirmações de Jakobs, deparamo-nos com o fato de que a suposta exigência para que o indivíduo seja considerado cidadão é tão somente de uma **inação**. E mais: ao contrário do que se pode depreender de uma leitura desatenta da premissa posta, esta não-ação em si não consiste em abster-se de ameaçar o Estado, mas em um não-agir de forma a manter intacto o tecido social acobertado pelo ordenamento jurídico.

Vejamos:

“Atender aos fundamentos da presunção de comportamento futuro conforme à lei é uma obrigação de entregar [Bringschuld], elementar de todo cidadão, pois apenas no caso de existência fundamentada dessa presunção - e somente os próprios cidadãos têm condições de realizar tal fundamentação - é possível que os cidadãos se relacionem entre si de maneira livre e sem receios. A personalidade efetiva orientadora não se realiza sozinha ao ser postulada, mas, pelo contrário, ela exige determinadas condições. Por isso, a proposição ‘todo homem tem por direito a pretensão de ser tratado como pessoa’ é incompleta; deve-se ser estipulado também quem tem que produzir as condições de efetivação dessa personalidade. É evidente que a preocupação com um embasamento cognitivo abrangente se encontra, de todo modo, nos encargos da pessoa, como se se tratasse da realização de certa forma segura da fidelidade ao direito. O preceito correto deve ser: ‘todo aquele que ao menos de alguma forma realiza fidelidade segura ao direito tem a pretensão de ser tratado como pessoa’, e quem não dá provas dessa realização será então hetero-administrado [fremdverwaltet], ou seja, não será tratado como pessoa” (JAKOBS, 2009, p. 58/59) (grifei).

A inspiração de Jakobs, por sua vez, tem claras matizes hobbesianas. O iluminista procurou justificar a concentração do poder absolutista com a ficção do contrato social, segregando aqueles que porventura perturbassem a auto-organização do poder central, os chamados “alto traidores”. O jurista alemão busca, nesta distinção, compatibilizar a proposição de Hobbes acerca do delinquente cidadão e do alto traidor com a sociedade contemporânea, observando que o delinquente cidadão busca apenas vantagens individuais e não deve ser tolerado, enquanto o alto traidor merece ser tratado como inimigo por “combater o princípio”, colocando em dúvida o todo, o estamento social (JAKOBS, 2009 p. 37).

Obviamente, Jakobs reconhece que nem todos os conceitos e formas

propostas por Hobbes podem ser transportados para a atualidade sem sofrer nenhum tipo de deturpação, mas assinala que “(...) *não é de se esperar que as ideias de Hobbes, formuladas há mais de 350 anos, deixem-se transportar, uma a uma, para o presente, não obstante continue sendo correta a percepção de que um adversário potencial, enquanto inimigo, deve ser, de fato, diverso de um cidadão com falhas mais passageiras*” (JAKOBS, 2009, p. 37).

Contrariando postulados garantistas, Jakobs sustenta sua posição e afirma que não pretende, com sua obra, estigmatizar os indivíduos como inimigos, afirmando que isto se evidencia pela observação da realidade fática. O jurista, assim, não toma para si qualquer responsabilidade prescritiva, mas se coloca como mero compilador de conceitos normativos preexistentes, numa tentativa de descrever quem são os inimigos diante do sistema jurídico (JAKOBS, 2009, p. 27).

Nesse ponto, importante salientar que o conceito de inimigo, no contexto do sistema proposto, não pode ser confundido com o de criminoso habitual. O primeiro, com sua conduta racional e consciente, ataca direta e propositalmente o cerne do ordenamento jurídico, enquanto o criminoso habitual atinge com seus atos apenas a vigência da norma, que pode ser mantida através da aplicação da pena, segundo os preceitos funcionalistas sistêmicos.

Jakobs sustenta, então, que ao inimigo deve ser dispensado tratamento processual penal distinto daquele despendido ao cidadão, fundamentando a tese no fato de que o inimigo nega, por princípio, a legitimidade do ordenamento jurídico e está pronto para destruí-lo. A conduta do inimigo não se constitui mera negação da norma vigente, mas atuação voltada à devastação de todo ordenamento – tal fato, sob a ótica funcionalista sistêmica, justificaria a atuação firme do Estado, com a supressão de direitos individuais em nome da manutenção da ordem social.

Diante de todo o exposto, nota-se que o desafio – além da correta compreensão da teoria explanada – é a adequação do sistema proposto por Jakobs aos ditames constitucionais brasileiros. Além da confluência teórica entre o sistema jakobsiano e o ordenamento pátrio, mostra-se necessária a realização de uma minuciosa análise da política criminal vigente, trazendo a discussão também para o campo pragmático.

Num país em que meio milhão de pessoas perderam a vida de forma violenta na última década[2] e em que líderes de facções criminosas controlam, de dentro da prisão, seus caudatários[3], urge refletir, discutir e diagnosticar os vícios do atual modelo de Justiça Criminal.

[1] Chamado “imperativo categórico Kantiano”.

[2] <https://oglobo.globo.com/brasil/atlas-da-violencia-2018-brasil-tem-taxa-de-homicidio->

30-vezes-maior-do-que-europa-22747176 - acessado em 29/10/2018 às 17:48h.

[3] <https://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,uma-tragedia-nacional,70002459762> - acessado em 30/10/2018 às 18:42h.

REFERÊNCIAS

JAKOBS, Günter. MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo. Organização de Luiz Moreira e Eugênio Paccelli de Oliveira. Tradução do alemão por Gercélia Batista de Oliveira Mendes. 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

JAKOBS, Günter. MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4ª ed, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

MELIÁ, Cancio. DIEZ, Gómez-Jara (coordenadores). Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión – vol. 2. Madrid: Edisofer, 2006.

DR. MARCELO GOMES FERACIN

Juiz de Direito da Comarca de Altônia

O DANO MORAL COMO UMA DAS CAUSAS DO EXCESSO DE DEMANDA JUDICIAL

A partir da assunção como Magistrado, em dezembro de 2014, não passou despercebida a enorme demanda de feitos visando ao recebimento de indenização por danos morais, principalmente em desfavor das concessionárias de serviço público de água, energia elétrica e telefonia, bem como de instituições financeiras.

Além da alta demanda enfrentada na 38ª Seção Judiciária do Estado do Paraná - Medianeira, Matelândia e São Miguel do Iguaçu -, a Comarca de Altônia, localizada no noroeste do Estado, enfrenta situação similar.

Dos 5.172 (cinco mil cento e setenta e dois) processos ativos ou suspensos no Juizado Especial Cível da Comarca de Altônia[1], mais de 3.000 (três mil) são contra empresas concessionárias de serviços públicos ou instituições financeiras. E, desses 3.000 (três mil) feitos, mais de 95% (noventa e cinco por cento) se referem a pedidos de indenização por danos morais, cumulados, ou não, com outras pretensões.

A situação enfrentada não é exclusividade da Comarca de Altônia, atingindo todo o Estado do Paraná.

Conforme dados solicitados ao NEMOC, órgão vinculado à Corregedoria-Geral da Justiça Paranaense[2], as Turmas Recursais do Estado do Paraná receberam 89.178 (oitenta e nove mil, cento e setenta e oito) recursos cíveis em 2017.

Desse total, 12.717 (doze mil setecentos e dezessete) estão afetos à matéria de telefonia, 10.266 (dez mil, duzentos e sessenta e seis) se referem a ações movidas em desfavor das maiores concessionárias de água e luz do Estado do Paraná - Copel e Sanepar - e 28.791 (vinte e oito mil, setecentos e noventa e um) tratam de direito bancário[3].

Ou seja, 58% (cinquenta e oito por cento) da demanda levada às Turmas Recursais é contra operadoras de telefonia, concessionárias de água e luz e instituições financeiras, em pedidos que, na sua grande maioria, pretendem o ressarcimento por danos morais[4].

Não é por outro motivo que dos quase 100 (cem) enunciados das Turmas Recursais, mais de 1/4 (um quarto) se refere ao instituto dano moral.

Muitas vezes, as situações nas quais há presunção da ocorrência de danos morais geram um efeito cascata, com a propositura de ações em massa.

Cita-se, como exemplo, o enunciado 2.7, que prevê dano moral decorrente da espera em fila de banco[5].

A judicialização foi tão excessiva que as Turmas Recursais fixaram critério objetivo na tentativa de limitar a demanda, firmando entendimento de que, em regra, apenas a espera superior a 60 (sessenta) minutos acarretaria danos morais.

Outra constatação acerca do número excessivo de feitos foi a suspensão de milhares de ações em razão do recebimento de incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRDR) pelo E. Tribunal de Justiça do Paraná, cujo mote é exatamente verificar se configuram, ou não, dano moral determinadas falhas na prestação de serviços por parte de operadoras de telefonia e concessionárias de fornecimento de água e esgoto, objeto dos Temas 02 e 05.

Os números, portanto, são excessivos e alarmantes, a merecer uma reflexão.

O assunto há muito nos desperta interesse. O tema escolhido para a conclusão do curso de Direito, quando ainda acadêmico em 2001, foi a fixação do valor no dano moral.

À época, uma das referências doutrinárias acerca do assunto era Humberto Teodoro Júnior, com a obra Dano Moral, em sua 4ª Edição.

Calcado em entendimentos consolidados do Superior Tribunal de Justiça e também do Supremo Tribunal Federal, o eminente autor conceituava o dano moral da seguinte forma:

“De maneira ampla, pode-se afirmar que são danos morais os ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana (“o da intimidade e da consideração pessoal”), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (“o da reputação ou da consideração social”) (idem, n. 7, pg. 41). Derivam, portanto de “práticas atentatórias à personalidade humana” (STJ, 3. T., voto do Relator EDUARDO RIBEIRO, no REsp. 4.236, in BUSSADA, Súmulas do Superior

Tribunal de Justiça, São Paulo, Jurídica Brasileira, 1995, vol. I, p. 680). Traduzem-se em “um sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida” (STF, RE 69.754/SP, RT 485/230) capaz de gerar “alterações psíquicas” ou “prejuízo à parte social ou afetiva do patrimônio moral” do ofendido (STF, RE 116.381-RJ, BUSSADA, ob. Cit., p. 6.873)”[6].

Passados mais de 15 (quinze) anos desde a publicação de referida obra, verifica-se que não houve alteração significativa do conceito, tendo o Superior Tribunal de Justiça, em voto de lavra da Exma. Ministra Nancy Andrigui, inclusive calcada em doutrina contemporânea, assim conceituado o instituto:

“Segundo a jurisprudência desta Corte, pode-se definir dano moral como lesões a atributos da pessoa, enquanto ente ético e social que participa da vida em sociedade, estabelecendo relações intersubjetivas em uma ou mais comunidades, ou, em outras palavras, são atentados à parte afetiva e à parte social da personalidade” (REsp 1426710/RS, Terceira Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 09/11/2016).

No mesmo sentido, a doutrina de Carlos Alberto BITTAR afirma que os danos morais são aqueles relativos “a atributos valorativos, ou virtudes, da pessoa como entes sociais, ou seja, integrada à sociedade, vale dizer, dos elementos que a individualizam como ser, de que se destacam a honra, a reputação e as manifestações do intelecto (Reparação civil por danos morais. S. Paulo: Saraiva, 4ª ed., 2015 p. 35)”[7].

Da leitura dos conceitos acima citados, há de se concluir, com todo o respeito aos que pensam de maneira diversa, que os pedidos visando ao recebimento de indenização por danos morais foram banalizados.

É recorrente receber demandas de massa, em que consumidor intenta ação indenizatória contra empresas de telefonia, nas quais reclama não haver conseguido realizar chamadas por 5 (cinco) a 7 (sete) vezes ao longo de alguns meses, reclamações por eventuais falhas no sinal de *internet*, pedidos calcados na falta de água ou de luz por algumas horas ou mesmo ações propostas de forma autônoma para cada cobrança dita indevida.

Não é por outro motivo que a Ministra Nancy Andrighi vem alertando, em diversos julgados, acerca da necessidade de o julgador se ater ao conceito do que seja dano moral, a fim de valorar se a situação trazida a lume enseja ou não reparação da esfera psíquica, afastando-se a mera presunção de sua ocorrência, a não ser em situações que saltam aos olhos.

Em caso levado ao Superior Tribunal de Justiça, pontuou a Exma. Ministra o fato de 900 (novecentas) ações idênticas terem sido ajuizadas em desfavor de concessionária de energia elétrica, sem que sequer houvesse

sido requerido o ressarcimento por danos materiais, buscando-se, eminentemente, o ressarcimento por supostos danos morais:

“4. Não se descarta do sublinhado em 1º grau de que “como desdobramento dos mesmos eventos fáticos descritos na inicial, foram ajuizadas nesta Comarca, por meio de diferentes procuradores, mais de 900 ações individuais indenizatórias contra a AES SUL, ações estas que se distinguem entre si apenas em razão da localidade rural de residência da parte autora e, conseqüentemente, do número de dias em que tal localidade rural se viu privada do fornecimento de energia elétrica.

(...) na absoluta maioria destas mais de 900 ações individuais até agora ajuizadas, não houve descrição específica de prejuízos e pedido de ressarcimento quanto a danos de natureza material, mas apenas pedido de indenização por dano moral” (e-STJ fls. 280/281).

(...)

15. Pode-se acrescentar que dissabores, desconfortos e frustrações de expectativa fazem parte da vida moderna, em sociedades cada vez mais complexas em multifacetadas, com renovadas ansiedades e desejos, e por isso não se mostra viável aceitar que qualquer estímulo que afete negativamente a vida ordinária de um indivíduo configure dano moral.

16. Nesse contexto, a jurisprudência do STJ vem evoluindo, de maneira acertada, para permitir que se observe o fato concreto e suas circunstâncias, afastando o caráter absoluto da presunção de existência de danos morais indenizáveis”[8].

Observa-se que a sensibilidade exacerbada que muitas vezes o consumidor descreve, afirmando que a falha na prestação de serviço acarretou “irritabilidade” e “nervosismo”, são expressões repetidas em todas as demandas, de forma genérica, sem retratar fielmente o que ocorre no psíquico de cada consumidor.

Ousamos dizer que algumas das situações submetidas ao Poder Judiciário não retratam a dor de fato sofrida pelo consumidor, mas são efetivamente artificiais, e estes são suggestionados ou mesmo captados, sob a promessa de indenização a receber, a propor ações arguindo supostos danos morais.

Em razão disso, milhares de ações idênticas são propostas exatamente com a mesma causa de pedir e pedido, sem descrever a situação vivenciada de maneira individualizada, o que seria essencial, diga-se de passagem, partindo-se da notória premissa de que cada cidadão é ser único e absorve

de forma diferente dos demais situações desconfortáveis.

Não merece reparo, portanto, a mera intranquilidade ou transtornos cotidianos, sob pena de fomento da “*indústria do dano moral*”, ainda mais se repetidas em centenas de ações idênticas que retratam exatamente o mesmo tipo de constrangimento.

Em um desses casos, a Juíza Adriana Borges de Carvalho, da 7ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, Foro Regional II – Santo Amaro, nos autos nº 0024732-59.2011.8.26.0002, condenou por litigância de má-fé 4 (quatro) Advogados que intentaram mais de 1.000 (mil ações) idênticas requerendo indenização por danos morais[9].

De outro lado, muitas vezes não se verifica que o ato apontado como ilícito tenha atingido efetivamente o nome, a honra, a reputação ou a imagem do consumidor, já que eventuais falhas na prestação do serviço não causam maior repercussão na vida pessoal ou profissional da parte autora.

O que se vê, em grande parte, é que os acontecimentos levados a Juízo são fatos que não afetam a saúde psíquica do consumidor a ponto de gerar dano moral, conquanto causem, evidentemente, um aborrecimento ao tomador do serviço.

O dano moral pressupõe ofensa a algum direito da personalidade, com efetivo abalo psíquico.

Ainda que certas falhas no serviço público ou nas relações de consumo gerem aborrecimentos e irritação, são situações que não abalam a esfera íntima do usuário a gerar um sofrimento passível de reparação ou ressarcimento. Ou seja, os meros dissabores do cotidiano, como bem se sabe, não são indenizáveis.

Fato é que todos estamos sujeitos a acontecimentos bons e ruins no dia a dia. No entanto, nem todos acarretam indenização por dano moral.

Ainda que tais situações possam gerar certo abalo psicológico, trata-se de dissabor que acarreta descumprimento contratual, mas não dano moral, atento evidentemente aos conceitos do instituto.

Tal questão vem sendo enfrentada pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, citando-se, como exemplo, demandas por queda de sinal de internet ou falha nas chamadas telefônicas:

“DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TELEFONIA MÓVEL. QUEDA DE SINAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. MANUTENÇÃO. AUSÊNCIA DE MÍNIMO ELEMENTO DE PROVA ACERCA DAS ALEGADAS FALHAS DA OPERADORA. SITUAÇÕES RELATADAS PELA MÍDIA IMPRESSA

INSUFICIENTES PARA CONFERIR VEROSSIMILHANÇA ÀS ALEGAÇÕES DO AUTOR. INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO QUE NÃO EXIME O CONSUMIDOR DE REALIZAR PROVA MÍNIMA DO DIREITO ALEGADO. DANO MORAL QUE NÃO RESTOU DEMONSTRADO. PLEITO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO QUANTIFICAÇÃO DE SUPOSTOS VALORES A SEREM DEVOLVIDOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MAJORADOS (ART. 85, § 11, CPC) RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO”[10] .

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TELEFONIA MÓVEL. QUEDA DE SINAL. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONFIGURADA E JÁ RECONHECIDA NA SENTENÇA. MERA ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE DANOS MORAIS QUE NÃO BASTA PARA SUA CONFIGURAÇÃO. DANO QUE NÃO OCORRE IN RE IPSA. MERO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL QUE NÃO GERA DANO MORAL. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS QUE PODEM SER COMPENSADOS. SENTENÇA PROLATADA SOB ÉGIDE DO CPC/1973. APLICAÇÃO DA REGRA TEMPUS REGIT ACTUM. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO”[11].

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - TELEFONIA MÓVEL PRÉ PAGA - LIGAÇÕES NÃO COMPLETADAS E QUEDA DO SINAL - FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NÃO DEMONSTRADA - AUTOR QUE NÃO SE DESINCUMBIU MINIMAMENTE DE SEU ÔNUS DA PROVA - 373, I CPC - OFENSA À MORAL NÃO DEMONSTRADA - DANO QUE NÃO É PRESUMIDO - MERO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL - ABORRECIMENTOS DA VIDA EM SOCIEDADE - SENTENÇA MANTIDA RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E NÃO PROVIDO”[12].

A 4ª Turma Recursal do TJPR analisou questão similar:

“INOMINADO. INDENIZATÓRIA. SERVIÇO DE TELEFONIA. QUEDA DAS LIGAÇÕES E DEMAIS FALHAS NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO DOS FATOS, BEM COMO PROVA DO DANO, DO NEXO CAUSAL E DO CONSTRANGIMENTO. DANO MORAL NÃO DEMONSTRADO. MERO ABORRECIMENTO. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.1. Ainda que questionável a qualidade dos serviços prestados pelas operadoras de telefonia, é certo que a queda das ligações e outras falhas congêneres, por si só, não causam dano moral, ao menos ao homem médio. 2. Não há prova nos autos de constrangimentos ou maiores conseqüências, que as alegadas falhas na prestação do serviço tenham

causado ao consumidor. 3. Sobre o assunto, têm-se os seguintes Julgados: AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL E REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PEDIDO JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA MÓVEL. QUEDA DE SINAL. CONDENAÇÃO DA RÉ AO PAGAMENTO DE VERBA INDENIZATÓRIA A TÍTULO DE DANO MORAL. INSURGÊNCIA DESTA. DEFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO QUE CONFIGURA INADIMPLÊNCIA CONTRATUAL INCAPAZ DE GERAR DANO MORAL. MERO DISSABOR. AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. PROVIDO. (Processo nº 1248228-7, 12ª Câmara Cível do TJPR, Rel. Luiz Cezar Nicolau. j. 04.02.2015, unânime, DJ 18.02.2015), esta Turma Recursal resolve, por unanimidade de votos, CONHECER E NEGAR PROVIMENTO ao recurso, nos exatos termos do voto da relatora”[13].

Outro ponto a chamar atenção é que, em muitos casos, a reclamante, em vez de simplesmente solicitar a rescisão do contrato por inadimplência contratual, permanece na operadora de telefonia ao longo de anos, requerendo por diversas vezes indenização pelos supostos danos morais suportados.

Tais condutas não nos parecem adequadas e pautadas na boa-fé processual (inclusive em decorrência dos conceitos parcelares do instituto, tais como *suppressio, venire contra factum proprium* e *duty to mitigate the loss*).

Exemplo disso é situação que se viu na prática, na qual o consumidor aciona a concessionária de serviço público de telefonia ao menos uma vez ao ano, desde 2012, visando, precipuamente, receber indenização por supostos danos morais, em vez de rescindir o contrato, solicitando a portabilidade do terminal a outra concessionária que melhor lhe preste o serviço.

Em princípio, vale frisar, a falha na prestação dos serviços é descumprimento contratual, a ensejar, eventualmente, o cumprimento ou a rescisão do contrato firmado.

Percebe-se, portanto, uma banalização do dano moral, a demonstrar que o objetivo é, em muitos casos, apenas e tão somente o enriquecimento sem causa.

O Superior Tribunal de Justiça, além dos casos acima citados, tem coibido a prática, analisando as peculiaridades de cada caso, a fim de verificar se dá ensejo ou não à indenização por danos morais.

Citamos, como exemplo, os Recursos Especiais nºs 1.399.931 (Relator Ministro Sidnei Beneti)[14], 1.269.246 (Relator Luis Felipe Salomão)[15], 1.234.549 (Relator Ministro Massami Uyeda) e 489.325 (Relator Ministro Marco Buzzi)[17].

Como podemos concluir do que dito até agora, a solução não é combater a “indústria do dano moral” com a “indústria do mero aborrecimento”.

Evidentemente que o direito de ação é outorgado constitucionalmente a qualquer cidadão mas, assim como direito do cidadão, deve o Poder Judiciário avaliar criteriosamente a situação a fim de coibir abusos.

Alguns afirmam que se não houvesse a condenação da concessionária de serviços ou instituição financeira em danos morais, por certo não haveria melhoria dos serviços, tendo em vista que muitos consumidores deixariam de reclamar em Juízo suas falhas.

O que se tem visto, no entanto, é que o ajuizamento de ações visando ao recebimento de danos morais aumenta exponencialmente, sem que as eventuais falhas sejam bem identificadas e sanadas.

Por óbvio que as operadoras de serviço público e instituições financeiras devem prestar um serviço de qualidade e serem cobradas para tanto.

Para isso existem as agências reguladoras e os órgãos de proteção ao consumidor, entre eles o Procon.

Ademais, por preceito constitucional, as questões podem ser levadas ao Judiciário, mas de uma forma a resolver o problema e não criar milhares deles.

Nosso Direito passou por significativas transformações nas últimas décadas, sendo erigida à proteção uma nova categoria de interesses, quais sejam, os coletivos em sentido amplo.

Por meio de tais institutos é possível que determinados legitimados pela Lei possam proteger a esfera jurídica de um grupo, categoria ou classe de pessoas que tenham entre si um vínculo, seja de natureza jurídica, seja de natureza fática.

Percebeu-se, portanto, que era preciso facilitar a defesa dos interesses transindividuais, atribuindo-se a determinados entes legitimidade para tutelá-los. *Sem isso, cada interessado individual teria de buscar sozinho seus direitos, o que implicaria em grandes dificuldades de acesso à justiça e uma proliferação de demandas similares, fundadas na mesma situação fática ou jurídica, com prejuízo do bom andamento dos processos e grave risco de decisões conflitantes*[18] .

No entanto, conquanto os instrumentos tenham sido disponibilizados, verifica-se uma timidez em seu manuseio.

Certamente seria melhor obrigar a concessionária ou o fornecedor de serviços a corrigir uma falha que poderia beneficiar milhares de usuários com uma única ação em vez de permitir o ajuizamento de milhares de

ações sem que a falha seja efetivamente sanada, visando simplesmente ao recebimento de valores em espécie.

É o que se tem visto, portanto, com relação aos pedidos de danos morais, com milhares de ações ajuizadas em massa, as quais, por consequência, causam excesso de demandas invencíveis, prejudicando outras pessoas que necessitam da tutela jurisdicional, sem que os problemas na prestação de serviços sejam efetivamente solucionados.

Portanto, há necessidade de imediata atuação por parte do Judiciário, a fim de: (i) analisar, de forma criteriosa, quais condutas geram, de fato, dano moral; (ii) coibir ações direcionadas ao mero enriquecimento sem causa, principalmente as de massa, nas quais os termos do suposto dano moral são sempre os mesmos; (iii) rever súmulas e enunciados abertos e genéricos que simplesmente presumem a ocorrência de danos morais em determinadas situações do cotidiano; contando, ainda, (iv) com maior atuação dos legitimados a utilizar ações coletivas aptas a coibir abusos e efetivamente sanar as deficiências verificadas nos serviços disponibilizados ao consumo.

Não se está aqui a dizer que inexistam atos ilícitos praticados por concessionárias de serviços públicos ou instituições financeiras a ensejar reparação por danos morais, mas compete ao Poder Judiciário combater os eventuais abusos cometidos, alicerçado, para tanto, no conceito técnico do instituto e na situação individualizada de cada caso.

[1] Pesquisa realizada no sistema PROJUDI. Acesso em: 01 out. 2018.

[2] Dados solicitados e fornecidos por meio do procedimento administrativo SEI nº 0069242-43.2018.8.16.6000. www.tjpr.jus.br. Acesso em: 01 out. 2018.

[3] Em matéria bancária utilizou-se o filtro “direito bancário e instituições financeiras” no campo matéria.

[4] Enunciados do Tribunal de Justiça do Paraná. <https://www.tjpr.jus.br/enunciados-turmas-recursais>. Acesso em: 01 out. 2018.

[5] Enunciado N.º 2.7- Fila de banco – dano moral: A espera em fila de agência bancária, em tempo excessivo, caracteriza falha na prestação de serviço e enseja reparação por danos morais. www.tjpr.jus.br. Acesso em: 01 out. 2018.

[6] THEODORO JÚNIOR. Humberto. Dano Moral. São Paulo. 2001. Editora Juarez de Oliveira, 4ª Edição, p. 02.

[7] STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp. n. 1.642.314-SE, 3ª Turma, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, julgado em 16.03.2017, <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443228215/recurso-especial-resp-1642314-se-2016-0251378-2/relatorio-e-voto-443228235?ref=juris-tabs>. Acesso em: 28 set. 2018.

[8] STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp n. 1.705.314-RS, 3ª Turma, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, j. em 27.02.2018. <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/551749109/recurso-especial- resp-1705314-rs-2017-0122918-2/inteiro-teor-551749119#>. Acesso em: 28 set. 2018.

[9] CONJUR. Indústria do dano moral. Juíza condena advogados que ajuizaram mil ações iguais. <https://www.conjur.com.br/2012-mar-12/advogados-ajuizam-mil-acoes-iguais-sao-condenados-ma-fe>. Acesso em: 01 out. 2018.

[10] TJPR. 12ª C.Cível. 0002167-58.2013.8.16.0116. Pontal do Paraná. Rel.: Ivanise Maria Tratz Martins. J. 02.05.2018. <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000005270381/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0002167-58.2013.8.16.0116>. Acesso em: 28 set. 2018.

[11] TJPR. 11ª C.Cível. AC 1654420-6. Palmas. Rel.: Sigurd Roberto Bengtsson. Unânime. J. 04.04.2018. <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12520273/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1654420-6>. Acesso em: 28 set. 2018.

[12] TJPR. 12ª C.Cível. AC 1604924-4. Fazenda Rio Grande. Rel.: Joeci Machado Camargo. Unânime. J. 16.03.2017. <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12332365/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1604924-4>. Acesso em: 28 set. 2018.

[13] TJPR. 4ª Turma Recursal em Regime de Exceção. 0000233-07.2015.8.16.0048/0. Assis Chateaubriand. Rel.: Aline Passos. j. em 28.01.2016. <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/2100000002739971/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0000233-07.2015.8.16.0048>. Acesso em: 28 set. 2018.

[14] DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COMPRA PELA INTERNET. PRESENTE DE NATAL. NÃO ENTREGA DA MERCADORIA. VIOLAÇÃO A DIREITO DE PERSONALIDADE NÃO COMPROVADA NO CASO CONCRETO. DANOS MORAIS INDEVIDOS. 1.- A jurisprudência desta Corte tem assinalado que os aborrecimentos comuns do dia a dia, os meros dissabores normais e próprios do convívio social não são suficientes para originar danos morais indenizáveis. 2.- A falha na entrega de mercadoria adquirida pela internet configura, em princípio, mero inadimplemento contratual, não dando causa a indenização por danos morais. Apenas excepcionalmente, quando comprovada verdadeira ofensa a direito de personalidade, será possível pleitear indenização a esse título. 3.- No caso dos autos, as instâncias de origem concluíram não haver indicação de que o inadimplemento da obrigação de entregar um "Tablet", adquirido mais de mês antes da data do Natal, como presente de Natal para filho, fatos não comprovados, como causador de grave sofrimento de ordem moral ao Recorrente ou a sua família. 4.- Cancela-se, entretanto, a multa, aplicada na origem aos Embargos de Declaração tidos por protelatórios (CPC, art. 538, parágrafo único). 5.- Recurso Especial a que se dá provimento em parte, tão somente para cancelar a multa. (REsp 1399931/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 06/03/2014). <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1399931+&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 01 out. 2018.

[15] RESPONSABILIDADE CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ATRASO EM VOO DOMÉSTICO NÃO SIGNIFICATIVO, INFERIOR A OITO HORAS, E SEM A OCORRÊNCIA DE CONSEQUÊNCIAS GRAVES. COMPANHIA AÉREA QUE FORNECEU ALTERNATIVAS RAZOÁVEIS PARA A RESOLUÇÃO DO IMPASSE. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. 1. O cerne da questão reside em saber se, diante da responsabilidade objetiva, a falha na prestação do serviço - atraso em voo doméstico de

aproximadamente oito horas - causou dano moral ao recorrente. 2. A verificação do dano moral não reside exatamente na simples ocorrência do ilícito, de sorte que nem todo ato desconforme o ordenamento jurídico enseja indenização por dano moral. O importante é que o ato ilícito seja capaz de irradiar-se para a esfera da dignidade da pessoa, ofendendo-a de maneira relevante. Daí porque doutrina e jurisprudência têm afirmado, de forma uníssona, que o mero inadimplemento contratual - que é um ato ilícito - não se revela, por si só, bastante para gerar dano moral. 3. Partindo-se da premissa de que o dano moral é sempre presumido - *in re ipsa* (ínsito à própria ofensa) -, cumpre analisar a situação jurídica controvertida e, a partir dela, afirmar se há ou não dano moral indenizável. 4. No caso em exame, tanto o Juízo de piso quanto o Tribunal de origem afirmaram que, em virtude do atraso do voo - que, segundo o autor, foi de aproximadamente oito horas -, não ficou demonstrado qualquer prejuízo daí decorrente, sendo que a empresa não deixou os passageiros à própria sorte e ofereceu duas alternativas para o problema, quais sejam, a estadia em hotel custeado pela companhia aérea, com a ida em outro voo para a capital gaúcha no início da tarde do dia seguinte, ou a realização de parte do trajeto de ônibus até Florianópolis, de onde partiria um voo para Porto Alegre pela manhã. Não há, pois, nenhuma prova efetiva, como consignado pelo acórdão, de ofensa à dignidade da pessoa humana do autor. 5. O aborrecimento, sem consequências graves, por ser inerente à vida em sociedade - notadamente para quem escolheu viver em grandes centros urbanos -, é insuficiente à caracterização do abalo, tendo em vista que este depende da constatação, por meio de exame objetivo e prudente arbítrio do magistrado, da real lesão à personalidade daquele que se diz ofendido. Como leciona a melhor doutrina, só se deve reputar como dano moral a dor, o vexame, o sofrimento ou mesmo a humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, chegando a causar-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Precedentes. 6. Ante a moldura fática trazida pelo acórdão, forçoso concluir que, no caso, ocorreu dissabor que não rende ensejo à reparação por dano moral, decorrente de mero atraso de voo, sem maiores consequências, de menos de oito horas - que não é considerado significativo -, havendo a companhia aérea oferecido alternativas razoáveis para a resolução do impasse. 7. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1269246/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 27/05/2014). <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1269246++&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 01 out. 2018.

[16] RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - IMÓVEL - DEFEITO DE CONSTRUÇÃO - INFILTRAÇÕES EM APARTAMENTO - POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO - CONSTATAÇÃO, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS - LAMENTÁVEL DISSABOR - DANO MORAL - NÃO CARACTERIZADO - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. I - As recentes orientações desta Corte Superior, a qual alinha-se esta Relatoria, caminham no sentido de se afastar indenizações por danos morais nas hipóteses em que há, na realidade, aborrecimento, a que todos estão sujeitos. II - Na verdade, a vida em sociedade traduz, infelizmente, em certas ocasiões, dissabores que, embora lamentáveis, não podem justificar a reparação civil, por dano moral. Assim, não é possível se considerar meros incômodos como ensejadores de danos morais, sendo certo que só se deve reputar como dano moral a dor, o vexame, o sofrimento ou mesmo a humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, chegando a causar-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem estar. III - No caso, a infiltração ocorrida no apartamento dos ora recorrentes, embora tenha

causado, é certo, frustração em sua utilização, não justifica, por si só, indenização por danos morais. Isso porque, embora os defeitos na construção do bem imóvel tenham sido constatados pelas Instâncias ordinárias, tais circunstâncias, não tornaram o imóvel impróprio para o uso. IV - Recurso especial improvido. (REsp 1234549/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 10/02/2012). <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1234549+&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 01 out. 2018.

[17] AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - AQUISIÇÃO DE PRODUTO IMPRÓPRIO PARA CONSUMO - EXTRATO DE TOMATE CONTAMINADO POR COLÔNIAS FÚNGICAS - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU DO AGRAVO DA FABRICANTE DO PRODUTO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL A FIM DE AFASTAR A CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS, HAJA VISTA NÃO TER SIDO CONFIGURADO O ACIDENTE DE CONSUMO. INSURGÊNCIA DA PARTE AUTORA. 1. A orientação jurisprudencial esposada por esta Excelsa Corte é no sentido de que a ausência de ingestão de produto impróprio para o consumo configura hipótese de mero dissabor vivenciado pelo consumidor, o que afasta eventual pretensão indenizatória decorrente de alegado dano moral. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 489.325/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 24/06/2014, DJe 04/08/2014). <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=489325++&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 01 out. 2018.

[18] GONÇALVES. Marcus Vinícius Rio, Tutela de Interesses Difusos e Coletivos. São Paulo, 2ª Edição, Editora Saraiva, 2007, pg. 05.

REFERÊNCIAS

Obras e artigos consultados

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rio, Tutela de Interesses Difusos e Coletivos. São Paulo, 2ª Edição, Editora Saraiva, 2007, 163 p.

THEODORO JÚNIOR. Humberto. Dano Moral. São Paulo. 2001. Editora Juarez de Oliveira, 4ª Edição. 369 p.

CONJUR. Indústria do dano moral. Juíza condena advogados que ajuizaram mil ações iguais. <https://www.conjur.com.br/2012-mar-12/advogados-ajuizam-mil-acoes-iguais-sao-condenados-ma-fe>. Acesso em: 01 out. 2018.

Pesquisa solicitada junto ao Tribunal de Justiça do Paraná

Procedimento administrativo SEI nº 0069242-43.2018.8.16.6000. www.tjpr.jus.br. Acesso em 01 out. 2018.

Jurisprudência

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL: REsp. nº 1.642.314-SE, 3ª Turma, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, julgado em 16.03.2017, <https://stj.jusbrasil.com.br/>

jurisprudencia/443228215/recurso-especial-resp-1642314-se-2016-0251378-2/relatorio-e-voto-443228235?ref=juris-tabs. Acesso em: 28 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL: REsp n. 1.705.314-RS, 3ª Turma, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, j. em 27.02.2018. <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/551749109/recurso-especial-resp-1705314-rs-2017-0122918-2/inteiro-teor-551749119#>. Acesso em: 28 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL: REsp 1399931/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 06/03/2014. <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1399931+&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 01 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGRAVO REGIMENTAL: AgRg no REsp 1269246/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 27/05/2014. <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1269246+&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 01 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL: REsp 1234549/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 10/02/2012. <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1234549+&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 01 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGRAVO REGIMENTAL: AgRg no AREsp 489.325/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 24/06/2014, DJe 04/08/2014. <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=489325+&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 01 out. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. APELAÇÃO CÍVEL: 0002167-58.2013.8.16.0116. 12ª C.Cível. Pontal do Paraná. Relatora: Ivanise Maria Tratz Martins. J. 02.05.2018. <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000005270381/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0002167-58.2013.8.16.0116>. Acesso em: 28 set. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. APELAÇÃO CÍVEL: 1654420-6. 11ª C.Cível. Palmas. Relator: Sigurd Roberto Bengtsson. Unânime. J. 04.04.2018. <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12520273/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1654420-6>. Acesso em: 28 set. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. APELAÇÃO CÍVEL: 1604924-4. 12ª C.Cível. Fazenda Rio Grande. Relatora: Joeci Machado Camargo. Unânime. J. 16.03.2017. <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12332365/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1604924-4>. Acesso em: 28 set. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. APELAÇÃO CÍVEL: 0000233-07.2015.8.16.0048/0. 4ª Turma Recursal em Regime de Exceção. Assis Chateaubriand. Relatora: Aline Passos. j. em 28.01.2016. <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/2100000002739971/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0000233-07.2015.8.16.0048>. Acesso em: 28 set. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Enunciados <https://www.tjpr.jus.br/enunciados-turmas-recursais>. Acesso em: 28 set. 2018.

DR^a. MARIA TERESA THOMAZ

Juíza de Direito da Vara Criminal, Família e Sucessões, Infância e Juventude e Juizado Especial Cível, Criminal e da Fazenda Pública da Comarca de Palotina

DOS VÁRIOS MÉTODOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS - MSCC

Em que pese a litigância ainda predominar no Brasil com o método tradicional de busca por decisões judiciais proferidas por um Magistrado, há alguns anos já se percebe o desenvolvimento progressivo de um movimento que busca soluções alternativas de contendas, o que foi enaltecido pelo novo Código de Processo Civil, que dispôs, em seu artigo 3º, § 3º, que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por todos os envolvidos no processo.

Para escolher o método de resolução mais indicado para o conflito em cada caso, é necessário levar-se em consideração as características e aspectos particulares da controvérsia, desde o custo financeiro, a celeridade necessária, o sigilo, a manutenção do relacionamento entre as partes, a flexibilidade procedimental e até mesmo o custo emocional do procedimento para os envolvidos.

Nesse sentido, visando proporcionar ao leitor auferir qual o método mais adequado para cada litígio in concreto, passa-se a uma análise a respeito de cada método de solução consensual de conflitos em espécie.

1. Da Mediação

Recentemente introduzida no ordenamento jurídico pátrio, o instituto da mediação consiste em uma via alternativa de solução de conflitos trazida pelo Novo Código de Processo Civil e pela Lei nº 13.140/15, a qual dispõe sobre a mediação entre particulares e no âmbito da administração pública.

A mediação é definida como um processo dinâmico de negociação assistida por um mediador, terceiro imparcial e sem poder de decisão, que auxilia as partes na reflexão sobre seus interesses, de modo a resgatarem o diálogo e criarem alternativas com benefícios para ambos, que contemplem as

necessidades e possibilidades de todos os envolvidos. Na mediação os interessados renunciam a parte do controle sobre a condução da resolução de seu conflito em favor do mediador; ainda, podem continuar, suspender, abandonar e retomar as negociações a qualquer tempo. É a chamada característica não vinculante, na qual as partes têm a possibilidade de encerrar a mediação a qualquer hora sem sofrerem maiores prejuízos decorrentes da desistência na participação.

O objetivo desse método é aproximar os polos opostos da relação conflituosa, buscando uma solução que induza as partes a encontrarem, juntas, a melhor resolução para a contenda, com o mínimo de prejuízos mútuos, consistindo-se, portanto, na única forma de se chegar a um resultado justo e adequado para ambos os envolvidos.

O mediador exerce influência sobre o modo de conduzirem-se as comunicações e negociações, mas os envolvidos têm grande oportunidade de comunicarem-se diretamente, de forma estimulada pelo mediador, que deve contribuir para a criação de opções que superem a dimensão monetária e afetem propriamente a dinâmica dos envolvidos.

O procedimento é caracteristicamente informal, visto que não segue regras pré-estabelecidas; confidencial, pois nem os envolvidos, nem o mediador, podem utilizar as informações trocadas durante o processo; bem como precipuamente oral, considerando seu caráter dinâmico e dialético.

O método é mais adequado para a solução dos conflitos decorrentes de relações continuadas no tempo, assim como aquelas em que existam questões subjetivas, emocionais e relacionais, como, por exemplo, os conflitos decorrentes de relações de família, de vizinhança e de trabalho.

2. Da Conciliação

O instituto da conciliação, assim como o da mediação, ganhou lugar de destaque no Novo Código de Processo Civil, que amplamente incentivou os meios alternativos para solução de conflitos (artigo 3º, §§ 2º e 3º, do CPC), pois eles visam, além da resolução da divergência entre as partes, a pacificação social, que é o maior objetivo do direito.

A conciliação é um processo autocompositivo breve, no qual os envolvidos são auxiliados por um conciliador neutro e também sem interesse na causa, que colabora na resolução do conflito por meio de técnicas adequadas, objetivando chegar a uma solução ou a um acordo.

Diferentemente do mediador, o conciliador deve sugerir, aconselhar e intervir no conflito, de modo a estimular a conciliação entre as partes envolvidas. Nesse método alternativo não existe uma análise profunda da origem da desavença, a intervenção é feita exclusivamente buscando um acordo.

No entanto, a atual política conciliatória preconizada pelo Conselho Nacional de Justiça dispõe que a conciliação no âmbito do Poder Judiciário deve visar: a) mais que o acordo, a harmonização entre os interessados; b) a restauração da relação social das partes; c) a utilização de técnicas persuasivas, contudo, não impositivas ou coercitivas; d) a humanização da resolução dos conflitos; e e) a utilização de técnicas diferenciadas para se encontrar uma solução satisfatória em um curto prazo.

Para o Poder Judiciário o instituto da conciliação consiste em um método eficaz e barato de aliviar o excesso de demandas jurisdionalizadas, pois retira do Estado o dever de solucionar a contenda, que é transferido às próprias partes envolvidas no conflito.

3. Da Arbitragem

A arbitragem é um procedimento eminentemente privado, no qual os interessados buscam o auxílio de um terceiro, imparcial e sem interesse no conflito, para instruir o procedimento, ou seja, analisar os documentos, ouvir as testemunhas e, ao final, prolatar uma decisão, chamada de sentença arbitral, que encerra a disputa.

Neste método há a priorização da autonomia da vontade das partes, que têm liberdade para eleger os árbitros e determinar o balizamento da decisão e o direito a ser aplicado.

As principais características da arbitragem são a sua coercibilidade e a sua capacidade de pôr fim ao conflito, inclusive sendo mais “finalizadora” do que o próprio processo judicial, uma vez que não existe um recurso arbitral, mas apenas meios de anular a sentença, quando, por exemplo, os árbitros atuam com parcialidade.

Cumprir destacar que as sentenças arbitrais serão executadas em Juízo, conforme disposição expressa do Código de Processo Civil.

Ainda, a existência de uma decisão na esfera da arbitragem é pressuposto negativo para o regular exercício do direito de ação, nos moldes do artigo 485, inciso VII, do Código de Processo Civil, devendo ser alegada preliminarmente em contestação, conforme dispõe o artigo 337, inciso X, do CPC.

4. Da Justiça Restaurativa

A Justiça restaurativa busca, além da resolução de litígios, a construção de uma sociedade em que todos se sintam responsáveis pela paz social, resgatando a justiça e a ética nas relações entre particulares e na sociedade em geral, de maneira a prevenir e evitar que a violência nasça ou se repita.

O instituto é visto como um novo paradigma voltado a sancionar delitos, e se concentra mais nos danos causados às vítimas e à comunidade do

que nas disposições legais não obedecidas. A Justiça Restaurativa procura trabalhar a compreensão das pessoas acerca da situação conflituosa, a fim de que ocorra uma humanização dos envolvidos e consequente identificação das necessidades geradas para que todos contribuam na resolução da contenda.

Com frequência tem-se referenciado à Justiça Restaurativa como o modo pelo qual a sociedade/comunidade deve de fato se posicionar frente à prática de alguns crimes de menor potencial ofensivo, impondo sanções diversas das previstas no Código Penal (pena de multa, de restrição de direitos e de privação de liberdade), e objetivando a efetiva reparação do dano causado aos ofendidos, de modo que o infrator reflita sobre seu comportamento e evite repeti-lo novamente.

Não obstante colocar fim ao chamado “monopólio estatal da justiça penal”, o processo restaurativo não desjurisdicionaliza a justiça criminal ou privatiza o Direito Penal. Pelo contrário, apenas sujeita os envolvidos no conflito ao procedimento de modo voluntário, o qual combina técnicas de mediação, conciliação e transação previstas no ordenamento jurídico, possuindo caráter eminentemente público.

O procedimento da Justiça Restaurativa foi devidamente positivado pela Resolução nº 225/16 do Conselho Nacional de Justiça, a qual conceituou a matéria e explanou a necessidade de recomposição das relações interpessoais e sociais atingidas pelo conflito.

5. Da Constelação Familiar

Por fim, o método da constelação familiar busca esclarecer para as partes o que está por trás do conflito que gerou o processo judicial, objetivando que os envolvidos compreendam suas divergências a fim de solucioná-las. A maioria das vezes o que gera a contenda entre os indivíduos vai além do inconsciente individual ou social, alcançando a esfera do inconsciente familiar, que é compartilhado pelos membros de uma mesma família e repassado de geração para geração pelos acontecimentos históricos dos familiares.

Após perceber esse inconsciente familiar natural do ser humano, o alemão Bert Hellinger pensou em um método para tratar de conflitos dessa qualidade, cujo trabalho não se baseia em teorias psicológicas pré-estabelecidas, mas se fundamenta principalmente na antropologia, filosofia e humanística. Foi quando surgiu o modelo de constelação familiar ou sistêmica.

De um modo muito inusitado, esta técnica é capaz de identificar os pontos de tensão psicológica e emocional que influem no comportamento dos envolvidos no conflito, pois busca na família a origem das dificuldades, bloqueios e padrões comportamentais que trazem sofrimentos desenvolvidos

pelas pessoas ao longo de suas vidas.

Existem duas modalidades de desenvolvimento da técnica: a grupal e a individual. No grupo diversas pessoas participam como representantes da família da pessoa que se encontra em dificuldade, chamado de “cliente”; já individualmente a intervenção é realizada com o auxílio de figuras ou bonecos.

A modalidade grupal é a mais utilizada, sendo realizada por um grupo com cerca de 10 (dez) a 20 (vinte) pessoas, entre as quais alguns estão participando para trabalhar suas próprias questões e outras apenas desempenham o papel de “representantes”. O terapeuta trabalha com um indivíduo por vez, o qual pode escolher entre os membros do grupo uma pessoa para representá-lo, bem como representantes de cada um dos personagens de sua família envolvidos na questão a ser trabalhada.

Depois de escolhidos, os representantes dão início aos trabalhos, e a pessoa que fez as escolhas senta-se para assistir o desenvolvimento da constelação. Após, num determinado momento, o terapeuta convida a citada pessoa para assumir seu lugar na relação conflituosa, substituindo, portanto, seu representante, ato que encerra o processo da constelação.

Essa representação é parte do fenômeno que ocorre no procedimento, uma vez que o terapeuta e os participantes disponibilizam suas percepções para ver o que acontece na dinâmica da vida do “cliente”, e este, por sua vez, consegue reconhecer amplamente seus próprios comportamentos e sentimentos, visualizando como de fato atuou na situação vivenciada, o que possibilita uma reflexão sobre suas atitudes.

Ainda, cabe frisar que o método da constelação não substitui, de forma alguma, as terapias individuais que visam à resolução das divergências entre as partes, mas, pelo contrário, apenas se acrescenta a elas, contribuindo para impulsioná-las, almejando um fim comum, que é a solução da contenda.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma de (org.). Manual de Mediação Judicial, 5ª Edição, (Florianópolis/SC: TJSC), 2015.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Das Normas Fundamentais do Processo Civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; [et al.] (coord.) Breves Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Justiça Restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225. CRUZ, Fabrício Bittencourt (coord.), Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/08/4d6370b2cd6b7ee42814ec39946f9b67.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

PANTOJA, Fernanda Medins; ALMEIDA, Rafael Alves. Os métodos “alternativos” de solução de conflitos (ADRs). In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). Mediação de Conflitos para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Jus Podivm, 2016.

TROTTA, Ernani Eduardo. Constelação Familiar de Bert Hellinger. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ, dez. 2011. Disponível em: <<http://www.latec.ufrj.br/revistas/index>> acesso em: 28 ago. 2018.

DR^a. MAYRA DOS SANTOS ZAVATTARO

Juíza de Direito Substituta da 23^a Seção Judiciária com sede na Comarca de Campo Mourão

DEPOIMENTO ESPECIAL: O TERMO DE COOPERAÇÃO FIRMADO PELOS ÓRGÃOS DA REDE NO ESTADO DO PARANÁ

O princípio da prioridade absoluta da criança está previsto expressamente no artigo 227 da Constituição da República e teve inspiração no artigo 3 da Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto nº 99.710 de 21 de setembro de 1990). Por meio dele, consigna-se que as políticas públicas direcionadas à criança e ao adolescente devem ser implementadas antes das demais, em caso de colisão orçamentária.

A *Childhood Brasil*, OSCIP que trabalha em prol dos direitos da criança, juntamente com a UNICEF e com a Secretaria da Criança do Distrito Federal, vem propondo uma mudança de paradigma no setor da oitiva da criança vítima de abuso sexual, havendo, inclusive, projetos para que as ações sejam implantadas em nível nacional, pelo Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual contra a Criança e o Adolescente[1].

A ideia foca na democratização e participação de todos os órgãos, em especial a rede de proteção da criança, composta pelo CRAS, CREAS e Prefeituras, no combate à violência sexual, capacitando profissionais para a oitiva dos infantes.

Com tais premissas em vista, firmou-se um convênio entre o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Ministério Público do Estado do Paraná, Secretaria da Segurança Pública e Administração Penitenciária do Estado do Paraná, Defensoria Pública do Estado do Paraná e Ordem dos Advogados do Brasil/Paraná, em respeito à peculiar condição de desenvolvimento da criança.

Os parâmetros fixados pelos órgãos supramencionados fazem parte da redação de um texto proposto após diversos estudos, realizados pela Comissão Interinstitucional de Depoimento Especial de iniciativa do Conselho de Supervisão dos Juízos da Infância e da Juventude do Paraná, composta por profissionais das diversas vertentes do Direito e

da Psicologia. As diretrizes de atuação preveem a tomada do depoimento especial, nos termos da Recomendação do Conselho Nacional de Justiça. Porém, também são propostos outros meios de colheita probatória, considerando-se as condições psicológicas da criança a ser ouvida, seu estágio de desenvolvimento, a impossibilidade de produção de outros meios de prova e a disponibilidade de recursos do aparato estatal na persecução penal.

Adiantando-se à publicação da Lei nº 13.431, de 2017, uma vez que o convênio foi assinado em agosto de 2016, foram utilizadas disposições que já eram previstas no Projeto de Lei nº 3.792/2015, que já estava em trâmite, e posteriormente resultou na edição legislativa. Depreende-se, portanto, a preocupação do Estado do Paraná em alcançar os avanços realizados no que toca à redução dos danos causados a partir da produção da prova penal.

A edição do documento se deu, também, no alinhamento à Convenção sobre os Direitos da Criança. Por isso, importa lembrar que, segundo a interpretação dada ao artigo 12 do documento internacional, pela Organização das Nações Unidas, o direito da criança de ser ouvida em qualquer processo que envolva seus interesses, carrega consigo a necessidade de que sua expressão seja livre de qualquer pressão ou indução. O direito deve ser exercido desde que respeitada a idade e a maturidade da criança, impondo-se aos Estados-Partes da Convenção sobre os Direitos da Criança o dever de garantir essa oitiva e sopesar seu valor[2].

Devem os Estados, destarte, adotarem as medidas necessárias à adaptação do processo judicial interno de cada um, assegurando que a criança possa exercer o seu silêncio, caso escolha não falar sobre o assunto de seu interesse, desde que lhe sejam dadas todas as informações para que essa decisão seja tomada.

Diante das particularidades de cada Comarca do Estado do Paraná, já antecedendo a disponibilidade orçamentária para a implementação de toda a aparelhagem de áudio e vídeo, prevista na Recomendação nº 33 do Conselho Nacional de Justiça e em consonância com a legislação posteriormente editada, os parâmetros estaduais previram também a possibilidade de realização de perícia, em substituição ao depoimento especial, para a oitiva da criança vítima ou testemunha de abuso sexual.

Assim, cada Juízo, de acordo com a disponibilidade de estrutura de sua Comarca de atuação, tem liberdade para adaptar a maneira de ouvir a criança, sempre respeitando a sua opinião e sua vontade de ser ouvida. A utilização ou não das salas de depoimento especial fica a critério dos operadores do direito, de acordo com o nível de desenvolvimento da criança.

Diante da previsão da produção de prova pericial para o mesmo fim, observe-se que a perícia é um meio probatório previsto no Código de Processo Penal, seu procedimento é regulamentado pelos artigos 158 a 184 do diploma processual. No caso da perícia que tem como sujeito a criança, ela será realizada por profissional da área de psicologia ou assistência social, vinculado ao quadro de servidores do Tribunal de Justiça, sendo facultada às partes, Ministério Público e Defensor, bem como ao Juiz, a apresentação de quesitos a serem respondidos.

É verdade que o artigo 159 do Código de Processo Penal também prevê que as partes possam indicar um assistente técnico para acompanhar a realização da perícia. No entanto, a fim de preservar os direitos da criança, sua intimidade e a idoneidade do ato, não é recomendável que outra pessoa, além daquele profissional que entrevistará a criança, permaneça na sala.

Do quadro exposto, conclui-se que, desde a internalização de convenções e protocolos internacionais pelo Brasil, como Estado-Parte, houve uma imensa evolução dos direitos das crianças. O artigo 227 da Constituição da República, tida como “Constituição Cidadã”, trouxe o comando constitucional que muito se busca implementar, no que diz respeito ao melhor interesse da criança e prioridade absoluta de seu atendimento.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é exemplo internacional no que toca à documentos prevendo os direitos desses seres em especial condição de desenvolvimento. Não se pode ignorar os esforços que vêm sendo implantados na busca de garantir os direitos da criança, com o intuito de transformá-la em adulto saudável e responsável.

A qualificação de profissionais, sejam eles da saúde ou de qualquer outra área, deve ter prioridade na implementação de políticas públicas de prevenção e repressão ao abuso sexual de crianças e adolescentes, uma vez que a submissão dos infantes à rigidez da persecução penal se trata de uma nova vitimização.

Tendo em vista o modelo participativo e democrático adotado desde a publicação da Lei nº 8.069/90, os entes federativos devem, de forma conjunta, empreender seus esforços no combate à violência sexual contra a criança e o adolescente, disponibilizando o orçamento adequado para a qualificação e contratação de pessoal.

[1] <http://www.sdh.gov.br/assuntos/bibliotecavirtual/criancas-e-adolescentes/publicacoes-2013/pdfs/plano-nacional-deenfrentamento-da-violencia-sexual-contra-crianca-e-adolescentes> (Acesso em: 24 set. 2016).

[2] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Committee on the rights of the child. The right of the child to be heard. Fifty-first session. Geneva, General comment no. 12, 25 May-12 June, 2009.

DR. RICARDO PIOVESAN

Juiz de Direito da Comarca de Pontal do Paraná

BUSINESS PROCESS MANAGEMENT COMO FERRAMENTA DE GESTÃO PROCESSUAL

“*A Insatisfação com a administração da justiça é tão antiga quanto a lei*”. Esta é a frase inicial de um discurso proferido pelo jurista norte-americano Nathan Roscoe Pound (POUND, 1906)[1], que foi reitor da Faculdade de Direito de Harvard. A afirmação foi feita, no ano de 1906, na convenção anual da *American Bar Association* (órgão semelhante à OAB). Cento e doze anos depois, o cenário não parece ter evoluído para uma situação de regozijo e entusiasmo por parte dos operadores do Direito, e muito menos pelos jurisdicionados.

A já folclórica morosidade na entrega da prestação jurisdicional é a fonte principal de descontentamento do cidadão no que tange ao Poder Judiciário. Segundo o relatório anual da ouvidoria do CNJ de 2017, a delonga processual foi tema de 11.759 reclamações naquele órgão, representando 48,31% das manifestações recebidas[2].

“*Justiça atrasada é justiça negada*”, como teria dito William Gladstone. Assim, essa vagareza, essa tardança em entregar a prestação jurisdicional consubstancia-se em um verdadeiro calcanhar de Aquiles para o Poder Judiciário. A pergunta que resta é: O que fazer para evitar a flecha certa de Páris?

Segundo Ernest C. Friesen (Apud STEELMAN et al.2004. p.xvi), “*O estudo do atraso não é o estudo da ineficiência, mas é o estudo dos propósitos para os quais os tribunais existem. A justiça se perde com a passagem do tempo. Não importa como você olhe, se é um assunto cível ou criminal, o tempo destrói os propósitos dos tribunais. Nós estudamos o case management porque o case management é a maneira como nós nos livramos do tempo de espera, pela qual nós controlamos o atraso, e pela qual nós aumentamos os propósitos de tribunais. O case management é o que estamos fazendo no controle do atraso*”[3].

A lição de Friesen apresenta uma das mais poderosas ferramentas à disposição dos Magistrados para a melhoria e racionalização do fluxo pelo qual os processos tramitam, tanto nos gabinetes quanto nos cartórios. É o chamado *Caseflow Management*.

A Suprema Corte do Estado de Michigan publicou um estudo no qual definiu o *Caseflow Management* como (TAYLOR, et al, 2003. p.1) “(...) a supervisão judicial do andamento do processo em todos os casos apresentados naquele tribunal. Isso inclui o gerenciamento do tempo e dos eventos necessários para mover um caso de seu ponto de início (protocolo inicial, data da contestação ou prisão) até seu fim, independentemente do tipo de encerramento. O *Caseflow Management* é um processo administrativo; portanto, não afeta diretamente a aplicação de questões jurídicas ou procedimentais substantivas” [4].

Trata-se da identificação e descrição da sequência cronológica de atos necessários para a finalização da prestação jurisdicional. Um processo, na perspectiva da ciência da administração, não aquela do cotidiano jurídico, é um grupo de atividades a serem realizadas em progressão, numa sucessão lógica, com o objetivo de produzir um bem ou prestar um serviço.

É, em suma, um fluxo finito de passos englobando a realização de tarefas ou subprocessos, em que há uma entrada e sua transformação em uma saída. No caso específico do Magistrado, são todos os tempos e movimentos necessários para a prolação de sentença ou acórdão em função das matérias vertidas na petição inicial ou no recurso, sempre respeitando o Princípio da Adstrição.

Ao contrário do que possa parecer em um primeiro momento, a descrição exata de toda a movimentação de uma demanda judicial até o seu arquivamento, passando por todos os atores envolvidos – advogado, servidores do cartório, oficial de justiça, assessores, Juízes etc. – não é mister banal. Ao contrário, trata-se de incumbência de extrema complexidade.

Uma ferramenta muito utilizada para a facilitação deste mapeamento de tarefas é o *Business Process Modeling Notation* (BPMN). Tal instrumental nada mais é do que uma notação padronizada mundialmente, que tem por objetivo fornecer um descritivo gráfico de tarefas envolvidas em um modelo de negócio. Na figura abaixo tem-se a representação da compra de um refrigerante, utilizando-se a notação mais recente BPMN 2.0.1 da *Object Management Group*:

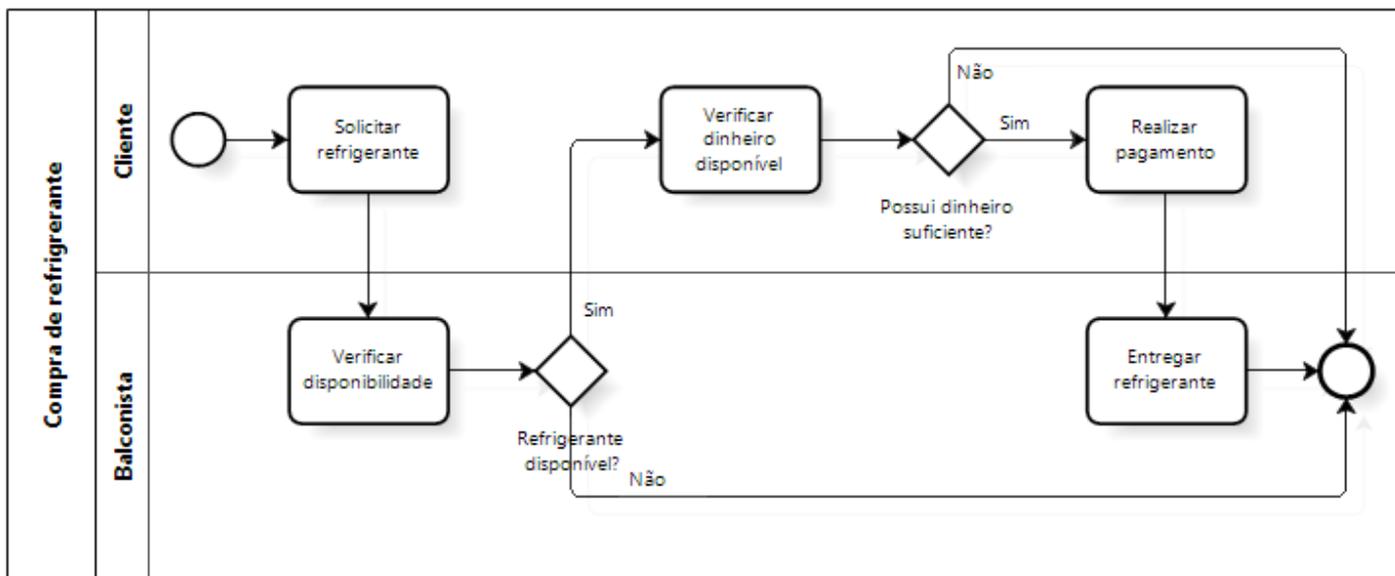


Figura 1: Fonte: <http://blog.iprocess.com.br/2012/11/um-guia-para-iniciarestudos-em-bpmn-i-atividades-e-sequencia/> (acessado em 03.07.2018).

A utilização do BPMN na estruturação importa em inúmeras vantagens para o Poder Judiciário. Ao se diagramar de maneira padronizada toda a movimentação processual, descrevendo-se as tarefas[5], os subprocessos e as decisões[6] envolvidas, a movimentação e a necessária interação de todos os atores do processo, obtém-se a descrição empírica, de fácil visualização gráfica, da sequência de fluxo envolvida.

Existem inúmeras vantagens no mapeamento de atividades judiciais com base no BPMN. As mais relevantes são a melhoria da eficiência e da produtividade, bem como redução de custos e minimização de erros e riscos.

A técnica permite uma captura do conhecimento desenvolvido dentro dos gabinetes e cartórios, gerando a dissociação do *know-how* institucional da figura do indivíduo – seja ele Juiz, servidor de cartório ou estagiário – permitindo assim uma transição mais simples quando da alteração do quadro funcional disponível em cada unidade, fato esse extremamente contumaz, principalmente nas entrâncias iniciais.

Ainda mais, tendo em vista a sua grande vocação para utilização em conjunto com soluções de tecnologia da informação, o mapeamento pode ser utilizado como base para automação de muitos dos elementos repetitivos existentes dentro do fluxo de trabalho. Há melhoria do processo, com remoção de gargalos, introdução de processamento paralelo de tarefas e eliminação de etapas redundantes. Tudo isso traduz-se em maior produtividade, tanto do gabinete do Juiz quanto do cartório, redução de custos, diminuição de despesas e aumento da segurança.

Na figura abaixo tem-se um exemplo de mapeamento BPMN dos eventos relacionados com a apresentação de denúncia criminal:

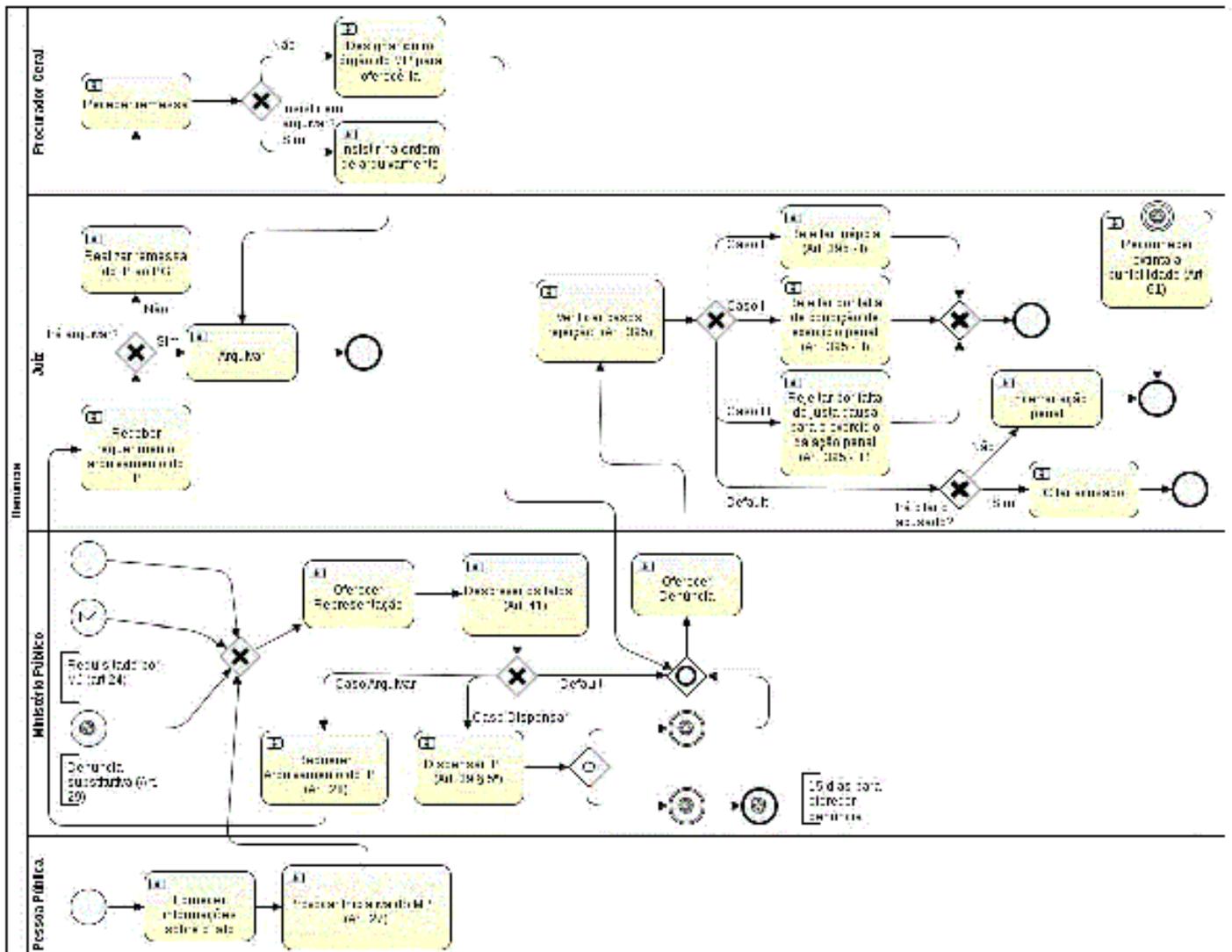


Figura 2: Fluxo da denúncia criminal (CERQUEIRA, 2017, p.35)

Note-se que o diagrama acima foi desenvolvido exclusivamente tendo por base os comandos do Código de Processo Penal, não retratando a realidade empírica de uma Vara Criminal. Mesmo assim, o estudo eminentemente teórico é útil para o objetivo meramente introdutório do presente artigo.

Assim, ao apontar a existência de apenas dois caminhos possíveis após o oferecimento da denúncia, *in casu*, rejeição preliminar ou recebimento, o mapeamento permite ao Magistrado elaborar *checklist* descritivo das hipóteses de subsunção a cada um dos incisos do art. 395 do CPP, os modelos de decisão associados a cada um deles, bem como os localizadores e agrupadores necessários. As avaliações preliminares de aplicação de cada uma das saídas podem ser feitas desde o cartório criminal ou pela assessoria, chegando ao Juiz para validação.

Para aplicação efetiva da hipótese puramente especulativa acima descrita, é irrefutável a necessidade de treinamento de todos os atores envolvidos, tanto na técnica jurídica quanto na de tecnologia da informação. Porém, o importante para fins deste ensaio, é o reconhecimento da enorme utilidade da ferramenta de mapeamento para os fins de organização e conformação da atividade judiciária. O modelo acima pode ser replicado para toda e

qualquer atividade a ser exercida na realidade de uma Comarca ou do Tribunal, mesmo para aquelas que não exijam decisão judicial, tais como expedição de ofícios ou cartas de ordem. Ou seja, todos saberão o que, quando e como fazer.

Em tempos de pós-modernidade, ou modernidade líquida na expressão de Bauman, numa realidade de processo eletrônico – em que uma decisão dada pela manhã é lida imediatamente pelos advogados, os quais peticionam *incontinenti* e, no começo da tarde, a mesma demanda já retorna conclusa –, o sentimento de impotência é enorme. Conforme Pinheiro:

“Com tantas mudanças, nossa compreensão do mundo está se esvaindo. Estamos nos afogando em informação. Nossas caixas de entrada digitais estão lotadas – basta distrair por 10 segundos e um monte de informação entra e se acumula. Estamos adorando a overdose de twitts, comentários, mensagens, mas ao mesmo tempo estamos estressados, superexcitados, angustiados pela sensação de que não está dando para acompanhar” (PINHEIRO, 2017, p. 2).

Nesse contexto, somente a profissionalização, a utilização de abordagens de gestão holística com foco em alinhar todos os aspectos do Poder Judiciário com os desejos e necessidades dos jurisdicionados é resposta para as atuais demandas de produtividade.

As estratégias de *Lean Management* e *Business Process Management* são essenciais para o cumprimento dos comandos constitucionais da eficiência e da duração razoável do processo.

O mapeamento do fluxo processual com base em BPMN é um caminho para a melhor utilização dos recursos disponíveis nas Comarcas e no próprio Tribunal como um todo.

A aplicação de ferramentas de BMP em associação com *Lean Management* no Governo do Estado de Washington resultou em processamento de testes de DNA 20% mais rápido, reduzindo o acúmulo de serviço (backlog) em 10% e diminuição de necessidade de horas extras da equipe em 56%; redução em 57% de casos de proteção a crianças abertos há mais de 90 dias, entre outras melhorias; redução pela metade no tempo de espera para processamento de determinadas solicitações de registros públicos.

Enfim, o estudo concluiu que a cada dólar investido em *Lean Management* há um retorno de quatro dólares e cinquenta centavos para o contribuinte (WISEMAN, 2017, p. 21 a 24).

Estas soluções apresentam, a meu ver, respostas para as demandas de produtividade, agilidade, qualidade da decisão e economia de recursos. Os desafios são enormes. É bem verdade que Tétis deixou exposto um

calcanhar, mas as modernas ferramentas de gestão podem fazer as vezes do rio Estinge, permitindo aos mirmidões terem seu príncipe de volta. A utilização do *Caseflow Management* e outras técnicas de gestão pode revitalizar o Poder Judiciário implementando o reencontro daquele com o jurisdicionado, levando a um enfrentamento da demanda mais racional e saudável para todos os operadores do Direito.

[1] Roscoe Pound foi o principal proponente da criação de uma das primeiras organizações que se tem notícia para a reforma do Judiciário – A chamada The American Judicature Society – que tinha como objetivo a melhoria na eficácia da prestação da Justiça, isso em 1913. Segundo ele as causas mais diretas para a insatisfação têm a ver com uma arcaica organização e concepção de procedimentos judiciais, o que resulta em incerteza, atraso e despesa. (Pound. op cit loc cit)

[2] Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/4ec8749b0c38effbec07fed4f48c85a9.pdf>, acessado em 03.07.2018.

[3] "*The study of delay is not the study of inefficiency, but is the study of the very purposes for which courts exist. Justice is lost with the passage of time. No matter how you look at it, whether it's a civil or a criminal matter, time destroys the purposes of courts. We study case management because case management is the way we get rid of the waiting time, [by] which we control delay, [and by] which we enhance the purposes of courts. Case management is what we're about in controlling delay*" (tradução livre).

[4] "*Caseflow management is the court supervision of the case progress of all cases filed in that court. It includes management of the time and events necessary to move a case from the point of initiation (filing, date of contest, or arrest) through disposition, regardless of the type of disposition. Caseflow management is an administrative process; therefore, it does not directly impact the adjudication of substantive legal or procedural issues*" (tradução livre).

[5] As tarefas podem ser classificadas em: tarefa automática (*service task*), tarefa de usuário (*user task*), tarefa de envio/recebimento de mensagem (*send/receive task*), tarefa de script (*script task*) dentre outras.

[6] As decisões podem ser classificadas em *Gateway* exclusivo baseado em dados, *Gateway* exclusivo baseado em dados com marcador, *Gateway* exclusivo baseado em eventos, *Gateway* inclusivo, *Gateway* Completo e *Gateway* Paralelo.

DR. ROBESPIERRE FOUREAUX ALVES

Juiz de Direito Substituto da 6ª Seção Judiciária

ENTREGA VOLUNTÁRIA DE BEBÊS PARA ADOÇÃO: UM DIREITO AINDA POUCO CONHECIDO

I – Introdução

Infelizmente, não é raro sermos informados pela mídia sobre casos de abandono de bebês em locais públicos. Mães que deixam recém-nascidos à própria sorte, dentro de caixas de papelão em praças ou dentro de latas de lixo em rodoviárias ou banheiros públicos, sujeitando-os a morrer de frio, fome ou em razão de alguma doença.

Também não são incomuns os lamentáveis casos de mães que, por ganância, entregam seus filhos a terceiros, mediante pagamento ou promessa de recompensa. É digno de registro que, muitas vezes, a aproximação entre as mães e os interessados que recebem as crianças é intermediada por grupos criados em redes sociais ou por pessoas sem nenhum escrúpulo que cobram comissão dos envolvidos.

Vale lembrar, também, os tristes casos de infanticídios e de abortos ilegais, usualmente realizados pelas próprias gestantes em suas casas ou em clínicas clandestinas, colocando a própria gestante em risco de morte.

Todas as condutas acima, que são consideradas crimes pelo ordenamento jurídico pátrio (arts. 123, 124 e 133 do Código Penal e art. 238 do Estatuto da Criança e do Adolescente), são praticadas, na grande maioria das vezes, por falta de conhecimento sobre um direito importante e expressamente previsto no ordenamento jurídico pátrio: a entrega voluntária de bebês para adoção.

Não se pode olvidar, ainda, os milhares de casos de adoção irregular. Nessa categoria se inserem todos os episódios em que mães e pais, por falta de condições financeiras ou psicológicas ou ainda por quaisquer outros motivos, entregam seus filhos aos cuidados de terceiros, de forma definitiva, sem exigir pagamento ou remuneração. Os infantes passam a

conviver em famílias escolhidas pelas próprias mães, sem qualquer garantia de que estão sendo bem cuidados, formando-se vínculos de afinidade e afetividade impossíveis de serem rompidos posteriormente.

A adoção irregular constitui grande risco para todos os envolvidos. Não há nenhum acompanhamento pelo Poder Judiciário, não se sabendo se a pessoa ou família que recebe a criança é idônea e está dispensando os cuidados necessários ao infante. Os genitores que entregam seu filho de forma irregular, assim como as pessoas que recebem a criança, podem ser chamados perante as autoridades para prestar esclarecimentos e, eventualmente, até responder a um processo criminal. Além disso, se comprovada a entrega irregular, os pais perderão o poder familiar (art. 1.638, V, do Código Civil), e as pessoas que receberam a criança podem até mesmo não ficar com ela, já que é cabível a busca e apreensão do infante e seu posterior encaminhamento para adoção regular, caso não se trate de situação consolidada em razão do tempo e dos vínculos formados.

A prática acima descrita, que está em total desconformidade com a lei, é muito comum, como pode atestar qualquer operador do Direito que atua na área da Infância e Juventude. E, várias vezes, também decorre da absoluta falta de informações sobre a possibilidade da entrega voluntária para adoção.

II – Análise do instituto da entrega voluntária de bebês para adoção

A entrega voluntária de bebês para adoção é direito da mãe e está previsto de forma clara em diversos artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), notadamente no artigo 19-A, a seguir transcrito:

“A gestante ou mãe que manifeste interesse em entregar seu filho para adoção, antes ou logo após o nascimento, será encaminhada à Justiça da Infância e da Juventude”.

Toda e qualquer entrega de bebê para adoção deve, obrigatoriamente, ocorrer por meio da Vara da Infância e da Juventude, ou seja, deve a grávida ou a mãe procurar o Poder Judiciário para ser orientada e posteriormente efetuar a entrega.

A gestante ou mãe que manifestar sua intenção de entregar, voluntariamente, bebê para adoção em qualquer órgão ou entidade que integre a Rede de Proteção (hospitais, postos de saúde, CRAS, CREAS, Conselhos Tutelares, etc.) deve ser encaminhada, sem qualquer constrangimento, à Vara da Infância e da Juventude (art. 13, §1º, do ECA). A omissão no encaminhamento, por parte de pessoa que integra a Rede de Proteção, constitui infração administrativa, podendo ser aplicada multa de R\$1.000,00 (mil reais) a R\$3.000,00 (três mil reais) ao infrator (art. 258-B do ECA).

Vale destacar que o encaminhamento da gestante ou mãe deve ocorrer

sem constrangimentos. Em outras palavras, é vedado a qualquer pessoa que atua na Rede de Proteção questionar a decisão da gestante ou da genitora, insistir para que ela mude de ideia e fique com a criança ou, de qualquer forma, pressionar a mãe para que desista da entrega.

Ainda que o desejo da entrega voluntária exista desde a gestação, a entrega em si só pode ocorrer após o nascimento da criança (art. 19-A, §5º, e art. 166, §6º, ambos do ECA).

A entrega não pode ser realizada sem intervenção do Poder Judiciário, de forma verbal ou por documento escrito, seja instrumento particular ou escritura pública (art. 166, §4º, do ECA), devendo sempre ocorrer por meio do procedimento judicial previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

É resguardado por lei o sigilo quanto à entrega, que é formalizada em procedimento sigiloso, só acessível ao Magistrado e ao membro do Ministério Público que atuam na Vara da Infância e da Juventude, bem como ao advogado da mãe ou Defensor Público, caso a genitora não tenha condições de contratar advogado (art. 166, §3º, do ECA).

É garantido à mãe o sigilo sobre o nascimento, tendo a genitora o direito de não comunicá-lo a seus familiares, assim como de não dizer quem é o pai da criança (art. 19-A, §§4º e 8º, e art. 166, §3º, do ECA).

Uma vez informado ao Poder Judiciário o desejo da genitora de entregar o bebê para adoção, é instaurado um procedimento judicial, que tem como primeiro ato o atendimento da mulher pela equipe de psicólogas e assistentes sociais que atua na Vara da Infância e da Juventude. A equipe elaborará um relatório do atendimento, a ser encaminhado ao Juiz (art. 19-A, §1º, e art. 166, §2º, ambos do ECA).

Durante o atendimento, a equipe técnica deve perquirir os motivos do interesse na entrega voluntária, a fim de verificar se a gestante ou mãe não está em estado puerperal, se está segura da entrega e se tem ciência das consequências do ato, as quais deverão ser explicadas à mulher, especialmente quanto ao seu caráter irrevogável.

Aqui cabe ponderar que diversos fatores podem levar a genitora a optar pela entrega do filho para adoção, tais como uma gravidez fruto de violência (estupro ou incesto), uma gestação indesejada ou não planejada (decorrente de relacionamento eventual ou de uma traição, por exemplo), a falta de suporte familiar ou de apoio do pai da criança ou mesmo a mera ausência do desejo de ser mãe. Não é raro que, no caso concreto, estejam presentes mais de um dos citados fatores.

Não cabe à equipe técnica julgar os motivos que levaram à opção da mãe pela entrega para adoção, mas apenas identificá-los. É dever da equipe multidisciplinar, ainda, verificar a necessidade de encaminhamento da

gestante ou mãe para a rede pública de saúde e assistência social, a fim de que seja atendida para superação de eventual dificuldade que seja a real causa do interesse na entrega voluntária (art. 19-A, §2º, do ECA).

Apenas se constatado que há efetivo interesse e vontade, manifestados de forma refletida e consciente, de entregar o bebê para adoção, é dado prosseguimento ao procedimento.

Se a genitora houver informado quem é o pai da criança, este também é atendido pela equipe multidisciplinar a fim de se perquirir se anui com a entrega voluntária e, caso não concorde, se tem interesse e condições de exercer o poder familiar e assumir a guarda da criança.

O relatório elaborado pela equipe multidisciplinar será analisado pelo Juiz da Vara da Infância e da Juventude, que deverá marcar uma audiência, na qual a mãe será ouvida, na presença de membro do Ministério Público e de seu advogado ou Defensor Público (art. 19-A, §5º, do ECA).

Caso a mãe tenha declinado o endereço do pai do bebê, este também será ouvido em audiência.

Em audiência, será garantida a livre manifestação da mãe – e do genitor, se conhecido – e haverá esclarecimentos quanto às consequências do ato. Além disso, a inquirição abordará apenas o efetivo interesse na entrega voluntária (art. 166, §1º, I, e §3º, ambos do ECA).

Caso o pai reconheça a paternidade do bebê e não concorde com a entrega voluntária para adoção, deve ser verificado se ele tem vontade e condições de assumir a guarda da criança. Entende-se que, a fim de evitar burla à legislação e concretização de uma adoção irregular, poderá o Juiz exigir do suposto pai a realização de exame de DNA para comprovação da alegada paternidade.

Comprovada a paternidade e demonstrado que o pai pode oferecer ambiente propício ao pleno desenvolvimento da criança, ela será entregue ao genitor.

A mãe – e o pai, se conhecido - pode desistir da entrega até a data da audiência (art. 166, §5º, do ECA), devendo procurar a equipe multidisciplinar da Comarca para informar o fato ou manifestar a desistência em audiência perante o Juiz. Nessa hipótese, a criança será restituída aos pais e o caso será acompanhado pela Vara da Infância e da Juventude por 180 (cento e oitenta) dias, conforme o §8º do art. 19-A do ECA.

Confirmada em audiência a vontade de entregar o bebê para adoção, é proferida sentença de extinção do poder familiar da genitora em relação à criança (art. 19-A, §4º, e art. 166, §1º, II, do ECA), a qual põe fim aos direitos e deveres em relação ao filho. O mesmo ocorre em relação ao pai,

se conhecido.

Realizada a audiência, a mãe – e o pai, se for o caso - tem o prazo de 10 (dez) dias corridos, contados do ato, para exercer o direito de arrependimento (art. 166, §5º, do ECA).

Manifestado o arrependimento dentro do prazo, a criança será devolvida à genitora e o caso deverá ser acompanhado pela Vara da Infância e da Juventude por 180 (cento e oitenta) dias, em aplicação analógica do §8º do art. 19-A do ECA.

Escoado o prazo sem que tenha sido exercido o direito de arrependimento, a entrega passa a ser irretratável, não havendo a possibilidade de a mãe ou os pais exigirem de volta a criança.

Questão que merece ser abordada neste momento é o encaminhamento da criança, entregue voluntariamente para adoção pela mãe, para membro da família extensa.

Prescreve o §3º do art. 19-A do Estatuto que a busca pela família extensa respeitará o prazo máximo de 90 (noventa) dias, prorrogáveis por igual período. Já o §4º do mesmo artigo dispõe que a decretação da extinção do poder familiar ocorrerá se não existir representante da família extensa apto a receber a guarda.

Inicialmente, vale relembrar o caráter sigiloso da entrega, o qual, a nosso juízo, garante à mãe ou aos pais o direito de o nascimento não ser comunicado a nenhum de seus parentes.

Ainda, a leitura superficial das regras acima pode levar à conclusão de que o bebê deve ser entregue, preferencialmente, a parentes interessados em assumir os cuidados e, apenas se não existirem, deve a criança ser encaminhada para adoção.

Todavia, é essencial observar que as normas utilizam a expressão técnica “membros da família extensa”, “conforme definida nos termos do parágrafo único do artigo 25 desta Lei”. Assim, não basta ser parente. É imprescindível que se cuide de parente próximo da criança e com quem ela conviva e mantenha vínculos de afinidade e afetividade, na dicção do referenciado parágrafo único do art. 25 do ECA.

Nessa toada, entende-se que é imprescindível aferir, no caso concreto, a presença concomitante dos dois requisitos, quais sejam, a proximidade do parentesco e a existência dos vínculos com a criança.

Caso se trate de recém-nascido entregue logo após o nascimento, considera-se impossível existir membro da família extensa apto a justificar o encaminhamento da criança para um parente próximo, já que não é viável pensar em convivência e vínculos de afinidade com um bebê que acabou

de nascer. Assim, só haveria obrigatoriedade de verificar-se a existência de membro da família extensa quando se tratar de criança já com algum tempo de vida e que tenha convivido e se vinculado a algum parente próximo do pai ou da mãe.

Outro ponto que merece análise é se a inserção de um bebê na família extensa, após ter sido entregue voluntariamente para adoção pelos pais, é medida que atende ao melhor interesse da criança. Seria propício ao pleno desenvolvimento da criança ser cuidado e criado por uma tia ou avó e, ao mesmo tempo, conviver com a mãe que o entregou para adoção? Acreditamos que não, salvo se houver concordância expressa da genitora. Diante de caso concreto em que exista convivência próxima dos genitores com o membro da família extensa interessado em assumir a guarda da criança entregue para adoção, se a mãe não concordar com a concessão da guarda para o membro da família extensa, entende-se que a melhor solução é o encaminhamento do infante para família substituta sob a forma de adoção. Tal medida, além de garantir de forma efetiva o exercício do direito da mãe, permitirá que a criança viva e cresça em um ambiente sem disputas, conflitos e rejeição. A hipótese aqui tratada não é absurda, especialmente porque, na prática, há situações em que o nascimento não foi comunicado a nenhum parente da genitora, mas um membro da família toma conhecimento da entrega e comparece ao Fórum para exigir a guarda do recém-nascido.

Se os genitores não quiserem comunicar o nascimento aos seus familiares ou se não houver parente que se insira no conceito de família extensa, o bebê será encaminhado para adoção.

A genitora – e o pai, se conhecido - não tem o direito de escolher quem irá adotar a criança, mas esta não será encaminhada para qualquer pessoa, sendo obrigatória sua disponibilização para adoção por pessoa ou casal previamente habilitado na Vara da Infância e da Juventude para fins de adoção (arts. 197-A e seguintes do ECA). Tais pessoas já comprovaram perante o referido Juízo que são idôneas e ostentam condições de exercer maternidade e paternidade de forma responsável.

Prevê o final do §4º do art. 19-A do ECA que, enquanto não formalizada a adoção, a criança deverá ser entregue, sob guarda provisória, a quem estiver habilitado para adoção ou poderá permanecer em acolhimento familiar ou institucional. Ainda que seja viável a concessão imediata de guarda provisória a casal habilitado, a prudência recomenda que, enquanto não escoar o prazo de arrependimento em relação à entrega voluntária, o bebê permaneça em acolhimento familiar, que é medida preferível ao acolhimento institucional. Considera-se que a concessão de guarda provisória a casal habilitado para adoção antes do término do prazo de arrependimento não é adequada, já que, se os pais se arrependerem, a criança lhes será restituída, frustrando as expectativas da pessoa ou do

casal habilitado para adoção. Por outro lado, como os primeiros meses de vida são muito importantes para uma criança, é necessário imprimir celeridade ao procedimento para encaminhamento do infante para adoção, não devendo ser prolongada a permanência em acolhimento familiar.

A mãe que entregar o filho para adoção também não tem direito de saber quem o adotou. Somente o adotado, após alcançada a maioridade civil, tem direito de conhecer sua origem biológica e obter acesso aos autos do processo em que foi formalizada sua adoção, como prevê o caput do art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente. O referido acesso também poderá ser permitido ao menor de idade, desde que seja assegurada orientação jurídica e psicológica, nos termos do parágrafo único do referido artigo.

III – Conclusões

A entrega voluntária para adoção é direito da mãe, cujo exercício, atualmente, é garantido e disciplinado de forma clara e minuciosa pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, notadamente em razão das alterações e inovações promovidas pela Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017, como explicitado no presente artigo.

Ao contrário do que muitas pessoas pensam, a entrega não constitui crime e quem o faz não é de nenhuma forma responsabilizado pelo Poder Judiciário, não havendo sanções penais, civis ou administrativas em decorrência do ato.

Infelizmente, o direito de entregar voluntariamente o bebê para adoção ainda é muito desconhecido pelas gestantes e mães, situação que acarreta atos de desespero e crueldade, como o infanticídio, o aborto e o abandono de bebês, condutas consideradas crime pela legislação penal brasileira (arts. 123, 124 e 133 do Código Penal).

Ainda, o desconhecimento quanto ao referido direito é um dos motivos para o elevado número de entregas irregulares de bebês a terceiros para fins de adoção, ato ilícito que atualmente constitui hipótese de destituição do poder familiar, conforme inciso V do art. 1.638 do Código Civil.

E não é só. Caso a entrega a terceiros para fins de adoção envolva pagamento ou promessa de recompensa, a conduta é considerada crime, tanto por parte de quem entrega quanto por parte de quem recebe a criança (art. 238 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

É de suma importância que o assunto seja divulgado e chegue ao conhecimento não só das gestantes mas, também, de todos que atuam na Rede de Proteção, a fim de garantir a vida, a integridade física e psicológica e o pleno desenvolvimento dos bebês, direitos previstos no art. 227 da Constituição Federal de 1988, que devem ser assegurados pelo Estado, pela família e pela sociedade (art. 227).

Finalmente, além de conhecer o direito à entrega voluntária de bebês para adoção, é preciso respeitar quem opta pelo exercício do referido direito, sendo essencial ultrapassar preconceitos e aceitar a decisão das mães que decidem pela entrega voluntária, desmistificando ideias como a de que toda mulher nasceu para ser mãe e de que a mãe que entrega o filho para adoção é má, pecadora ou sofre de problemas

