

ISSN 2525-2984

REVISTA de Estudos e Debates

Volume 1 - nº 1 - jul.-dez. 2015



CEDES

CENTRO DE ESTUDOS E DEBATES



Expediente:

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Estudos e Debates – CEDES

Revista de Estudos e Debates

Av. Erasmo Braga, sala 911 – Lâmina I – Centro

20.026-090 – Rio de Janeiro – RJ

cedes@tjrj.jus.br

REVISTA de Estudos e Debates

Volume 1 - nº 1 - jul.-dez. 2015



CEDES

CENTRO DE ESTUDOS E DEBATES

Diretor-Geral

Desembargador CARLOS EDUARDO DA ROSA
DA FONSECA PASSOS

Diretor Adjunto

Desembargador ANTONIO CARLOS ESTEVES TORRES

Diretor da Área Cível

Desembargador CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA

Diretor da Área Criminal

Desembargador LUCIANO SILVA BARRETO

Diretor da Área Cível Especializada

Desembargador SÉRGIO SEABRA VARELLA

Juízes integrantes do CEDES

Juíza ADMARA FALANTE SCHNEIDER

Juíza ANA CRISTINA NASCIF DIB MIGUEL

Juíza ANA LÚCIA VIEIRA DO CARMO

Juiz ANDRÉ LUIS NICOLITT

Juiz ANTONIO AURÉLIO ABI RAMIA DUARTE

Juíza DENISE DE ARAUJO CAPIBERIBE

Juiz EDUARDO ANTÔNIO KLAUSNER

Juíza EUNICE BITENCOURT HADDAD

Juíza ISABELA LOBÃO DOS SANTOS
Juíza JOANA CARDIA JARDIM CÔRTEZ
Juíza LEDIR DIAS DE ARAÚJO
Juíza LEISE RODRIGUES DE LIMA ESPÍRITO SANTO
Juiz LEONARDO DE CASTRO GOMES
Juiz LEONARDO GRANDMASSON FERREIRA CHAVES
Juíza LÚCIA REGINA ESTEVES DE MAGALHÃES
Juiz LUIZ UMPIÈRRE DE MELLO SERRA
Juíza MARCELA ASSAD CARAM
Juiz MARCELLO DE SÁ BAPTISTA
Juiz MARCO ANTÔNIO DE AZEVEDO JUNIOR
Juíza MARIA DANIELLA BINATO DE CASTRO
Juíza MARIA TEREZA DONATTI
Juiz MAURO NICOLAU JÚNIOR
Juíza MONICA LABUTO FRAGOSO MACHADO
Juiz OCTAVIO CHAGAS DE ARAÚJO TEIXEIRA
Juiz PAULO ASSED ESTEFAN
Juiz PAULO ROBERTO CORREA
Juiz PEDRO HENRIQUE ALVES
Juiz RAFAEL DE OLIVEIRA MONACO
Juíza REGINA HELENA FÁBREGAS FERREIRA
Juíza RENATA GOMES CASANOVA DE OLIVEIRA E CASTRO
Juíza RENATA GUARINO MARTINS



O Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no ano de 2015, passou por novo processo de reformulação, ampliando-se, ainda mais, o âmbito de participação.

Assim é que, referido órgão, antes do 2º grau de jurisdição, passou a ser integrado, efetivamente, por juízes de 1º grau, como também por operadores do Direito, que fazem parte da família jurídica, os quais, rapidamente, deram a sua contribuição.

Nessa linha intelectual de estudos e debates, o CEDES passou a dispor de uma Revista eletrônica, na qual procura sintetizar o seu pensamento.

Seus maiores colaboradores, como já se esperava, são os seus mais novos integrantes.

Juízes de 1º grau, cujos subsídios doutrinários, em sessões de estudos e debates, esclarecem questões controvertidas, funcionam como um candeeiro na dirimência de questões especializadas, sem perder a visão de conjunto, vital para o magistrado.

Imprescindível, por outro lado, auscultar a opinião da família jurídica. Um ilustre integrante do CEDES, Advogado, abriu importante canal de comunicação com a instituição a que pertence, mas, especialmente e mais relevante, inspirou um venturoso evento, “Campanha de Valorização dos Direitos dos Idosos, uma lei que precisa pegar”, cujo sucesso foi reconhecido pela Administração superior do Tribunal de Justiça, nomeadamente com a entrega de comendas aos

servidores delas merecedores.

Segundo Boris Johnson, o maior estadista do Século XX, Winston Churchill, afirmou que “homem nenhum, senão um bronco, alguma vez escreveu sem ser por dinheiro, costumava dizer, citando o doutor Johnson” (O Fator Churchill, Como Um Homem Fez História, D. Quixote, Lisboa, p. 95).

Sem qualquer demérito à citação do estadista do Reino Unido, e não da Inglaterra, como gostava de frisar, mesmo com a prudente ressalva britânica, “alguma vez”, a remuneração dos articulistas desta edição se constitui pela simples satisfação íntima da colaboração intelectual.

Façamos votos que seja sempre assim.

O trabalho não estaria completo, não fosse arte inspirada da designer, Georgia Kitsos, que abrilhanta este Tribunal com a sua Estética.

Desembargador Carlos Eduardo da Fonseca Passos

Diretor Geral do Centro de Estudos e Debates do TJ-RJ



Ao deixar de ser um órgão voltado para o segundo grau de jurisdição e se direcionar a toda a Magistratura fluminense, com perspectiva interdisciplinar, deu o CEDES um largo passo no sentido da inovação. Os artigos que integram esta Revista são o resultado de sua atividade. Verifiquem a cuidadosa coleta de dados que permitem a identificação da existência do dano moral indenizável nas relações contratuais. A base do estudo, feito por Joana Cardia, Leonardo Gomes, Ledir Araújo e Admara Schneider, leva em consideração o movimento jurisprudencial dos tribunais superiores para a configuração do dever de indenizar por dano moral. O estudo sobre o idoso fere problema antigo, ligado às leis que “não pegam”. Efetivamente, o idoso, embora, moralmente, sujeito de direito especial, não encontra respaldo para a aplicação jurídica correspondente às suas prerrogativas. O Tribunal de Justiça já põe em prática medidas capazes de efetivar o benefício, com o incremento da política do crédito às tarjas vermelhas, que indicam tratar-se de interesse de idoso nos processos. O desembargador Jessé Torres aborda, ao estilo de capítulo em andamento, a relação entre o juiz e o jornalista, ainda sem definições concretas e sempre sujeita a intempéries sociopsicológicas. É muito útil a leitura das conclusões do trabalho do desembargador Jessé Torres. O direito empresarial é escandido pelos juízes Fernando Viana, Roberto Ayoub e Luiz Alberto Alves, que nos trazem notícias importantes sobre a estadia de contêiner e o prazo prescricional de cobrança; o deferimento, ou mesmo decisão ex officio, para que se processe a recuperação judicial é contraposta à necessidade de o juiz contar com a apreciação prévia de técnicos, ou assegurem o fato de que a recuperanda é viável. Interessante a revelação de que tudo se faz para evitar o tumulto processual

proveniente da fala isolada dos credores em feitos de estilo concursal. Neste diapasão de incerteza decisória estabelecem-se os parâmetros para a nomeação do administrador judicial. A matéria processual recebe alentado ensaio produzido por Antônio Abi-Ramia e Maria Eduarda Brasil em que se definem critérios de uniformização da jurisprudência perante as regras trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, ainda em período de *vacatio legis*. Renato Guarino, Joana Cardia e Isabela Lobão comentam sobre o uso da uniformização jurisprudencial para a legitimação de decisões. Os meios alternativos estão agraciados com comentários sobre a sua implementação. Os novos institutos do CPC de 2015 são cotejados com as atribuições do Órgão Especial com conclusões do senhor diretor-geral do CEDES, Des. Carlos E. Fonseca Passos. Em matéria administrativa, Leonardo de Castro Gomes expõe à análise de todos o seu pensamento sobre o projeto para monitoramento e solução de demandas multitudinárias. O advogado Álvaro Pessoa invoca Hermes Lima para o repto que lança à comunidade judiciária quanto ao método para descomplicar ritos e rotinas na justiça estadual. Dois artigos, de Maria Daniella Binato de Castro e André Luiz Nicolitt, encerram o presente volume, e abordam o problema da violência de gênero no ambiente familiar e doméstico, temática de grande interesse, no complexo panorama social brasileiro da atualidade. A matéria contida nesta revista é, inegavelmente, de amplo interesse e estímulo ao estudo e ao exame das circunstâncias que aguçam a curiosidade do profissional do ramo.

Desembargador Antonio Carlos Esteves Torres

Diretor Adjunto do CEDES



MATÉRIA de Juízo Cível.....15

O DANO MORAL NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS SOB O ENFOQUE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO 17

**Joana Cardia Jardim Côrtes, Leonardo de Castro Gomes,
Ledir Dias de Araújo e Admara Falante Schneider**

Juízes de Direito e integrantes do CEDES – Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

O CEDES E O IDOSO 45

Desembargador Antonio Carlos Esteves Torres

Diretor Adjunto do CEDES

JUIZ E JORNALISTA: DISCUTINDO A RELAÇÃO 49

Desembargador Jessé Torres

MATÉRIA de Juízo Empresarial.....53

PRAZO PRESCRICIONAL DA PRETENSÃO DE COBRANÇA DE SOBRE ESTADIA DE CONTEINER 55

Juiz Fernando Cesar Ferreira Viana

O DEFERIMENTO DO PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL 62

Juiz Luiz Roberto Ayoub

FEITOS CONCURSAIS. FALA ISOLADA DOS CREDORES NOS PRÓ-
PRIOS AUTOS. TUMULTO PROCESSUAL QUE SE PRETENDE EVITAR,
ORGANIZANDO O PROCESSO COM A OBSERVÂNCIA DE PROCEDI-
MENTO NELA INSCRITO. CELERIDADE E, POR ISSO EFETIVIDADE
DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.68

Juiz Luiz Roberto Ayoub

PARÂMETROS PARA A NOMEAÇÃO DO ADMINISTRADOR JUDI-
CIAL E FIXAÇÃO DOS SEUS HONORÁRIOS
NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL 77

Juiz Luiz Alberto Carvalho Alves

MATÉRIA Processual.....89

O DESAFIO DE UNIFORMIZAR A JURISPRUDÊNCIA E O PAPEL DO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 – NOVOS DESAFIOS91

Juiz Antonio Aurelio Abi-Ramia Duarte

Maria Eduarda de Oliveira Brasil

A UNIFORMIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL COMO INSTRUMENTO DE
LEGITIMAÇÃO DAS DECISÕES..... 131

Juíza Renata Guarino Martins

Juíza Joana Cardia Jardim Cortes

Juíza Isabela Lobão dos Santos

MEIOS ALTERNATIVOS 158

Desembargador Antonio Carlos Esteves Torres

Diretor Adjunto do CEDES

NOVOS INSTITUTOS DO CPC DE 2015 E AS ATRIBUIÇÕES DO ÓRGÃO ESPECIAL..... 164

Desembargador Carlos Eduardo da Fonseca Passos

Diretor Geral do Centro de Estudos e Debates do TJ-RJ

MATÉRIA Administrativa.....169

PROJETO PARA MONITORAMENTO E SOLUÇÃO DE DEMANDAS ANÁLOGAS MULTITUDINÁRIAS..... 171

Juiz Leonardo de Castro Gomes

PARA DESCOMPLICAR RITOS E ROTINAS NA JUSTIÇA ESTADUAL..... 199

Dr. Álvaro Pessoa

advogado

MATÉRIA de Juízo Criminal219

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA – LEI MARIA DA PENHA – PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE..... 221

Juíza Maria Daniella Binato de Castro

A COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA VIOLÊNCIA BASEADA NO GÊNERO..... 229

Juiz André Luis Nicolitt

MATÉRIA de Juízo Cível



O DANO MORAL NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

SOB O ENFOQUE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Joana Cardia Jardim Côrtes

Leonardo de Castro Gomes

Ledir Dias de Araújo

Admara Falante Schneider

Juízes de Direito e integrantes do CEDES –

Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar como a jurisprudência atual vem considerando a possibilidade de reconhecimento da ocorrência de dano moral – com o conseqüente dever de indenizar e fixação de *quantum debeatur* – nas relações contratuais, tanto as firmadas na esfera consumerista, quanto aquelas pautadas no Código Civil.

Para tanto, far-se-á um estudo acerca do conceito de dano moral, cuja reparação é hoje direito garantido constitucionalmente, a teor do que dispõe o artigo 5º, incisos V e X, da Constituição da República de 1988, acompanhando sua evolução doutrinária e considerando suas peculiaridades, a fim de que se consolide um entendimento sobre o alcance do instituto, suas formas de configuração e limitações.

A partir da definição doutrinária, o texto avançará para o levantamento de como ocorre a aplicação, pelo Poder Judiciário, do

referido instituto, levando em conta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, órgão máximo no que se refere à legislação federal, e a do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, buscando compreender qual a dimensão que o dano moral realmente alcança nas relações jurídicas contratuais no contexto contemporâneo.

2. CONCEITO E EVOLUÇÃO

O dano moral surge na doutrina jurídica como aquele que se diferencia dos danos patrimoniais, no sentido de que não se configura como uma lesão essencialmente de cunho econômico. Era, em verdade, um conceito por exclusão.

Com a consagração do direito à reparação pela sua ocorrência na Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, dentre os direitos e garantias fundamentais, e o número cada vez maior de demandas pleiteando tal reparação, a imprecisão do conceito acabou por dificultar a aplicação do direito. Assim, doutrina e jurisprudência passaram a discutir mais amplamente o significado do dano moral, sua abrangência, bem como sua materialização no mundo dos fatos em concorrência com os danos patrimoniais.

Maria Helena Diniz pontua a insuficiência desse conceito ao apontar como o dano moral e o dano patrimonial estão entrelaçados:

Deveras, o caráter patrimonial ou moral do dano não advém da natureza do direito subjetivo danificado, mas dos efeitos da lesão jurídica, pois do prejuízo causado a um bem jurídico econômico pode resultar perda de ordem moral, e da ofensa a um bem jurídico extrapatrimonial pode originar dano material.

Realmente, poderá até mesmo suceder que, da violação de determinado direito, resultem ao mesmo tempo lesões de natureza moral e patrimonial. Eis por que o dano moral suscita o problema de sua identificação, uma vez que, em regra, se entrelaça a um prejuízo material, decorrente do mesmo evento lesivo.¹

A partir dessa imprecisão, vários conceitos de dano moral foram sendo construídos na doutrina, em busca de uma definição mais precisa do tema. Por exemplo, Caio Mário da Silva Pereira associava a ideia do dano moral ao sofrimento humano não decorrente de uma perda pecuniária, mas a aspectos subjetivos e pessoais. Por sua vez, Carlos Roberto Gonçalves, assim como Orlando Gomes, entendeu dano moral como aquele do qual se originam efeitos extrapatrimoniais, sendo a eventual indenização apenas de cunho compensatório, nunca reparatório. Para Sílvio Venosa, o dano moral “é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima”². No entanto, também o associa diretamente aos direitos da personalidade, exemplificativamente expostos nos artigos 11 a 21 do Código Civil de 2002.

Esses conceitos apresentados vão ao encontro da identificação feita entre o dano moral e o estado interior (psicológico, anímico, etc.) do indivíduo, conectando-o à ideia de dor, sofrimento, angústia e humilhação, e configurando o que se entende por corrente subjetiva do dano moral.

Há, no entanto, uma corrente objetiva, que surgiu em oposição à

1 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v 7. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 89-90.

2 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 41.

primeira³, compreendendo o sofrimento como consequência do dano – podendo, inclusive, se originar de um dano patrimonial – e classificando o dano moral como lesão a direitos da personalidade. Assim, a ofensa à imagem, à honra, ao nome, entre outros direitos inerentes à dignidade humana, configurariam dano moral, independentemente da ocorrência ou não de dor, aflição, humilhação, ou sentimentos negativos em geral. Esse é o posicionamento de Sérgio Cavalieri Filho, por exemplo.

Ambos os conceitos são utilizados frequentemente na aplicação da lei pelos tribunais em todo o país, sendo certo que, na grande parte das situações cotidianas, há uma concorrência entre eles – as lesões a direitos da personalidade costumeiramente geram sofrimentos, angústia e humilhação às suas vítimas, fomentando a confusão na conceituação.

O conceito formulado pela corrente objetiva, no entanto, se mostra mais adequado, pois a alteração no estado anímico, a dor, a angústia, são efeitos do dano e não o dano em si mesmo.

Além disso, tal teoria resolve um problema criado pela corrente subjetiva, qual seja, a configuração do dano moral em relação às vítimas que não têm plena consciência desse dano e, por essa razão, não sofrem dor ou sofrimento com a violação de um direito personalíssimo. Nas palavras de Milena Donato Oliva

Embora não raras vezes o dano moral venha acompanhado de indignação, dor, revolta, angústia,

3 Sobre essa primeira teoria, Anderson Schreiber afirma: “O mesmo não acontece no dano moral, em que a lesão a um interesse tutelado (por exemplo, a saúde, a privacidade) repercute de forma inteiramente diferenciada sobre cada pessoa, não havendo um critério objetivo que permita sua precisa aferição. Por esta razão, fazer depender a configuração do dano moral de um momento consequencial (dor, sofrimento etc.) equivale a lançá-lo em um limbo inacessível de sensações pessoais, íntimas e eventuais”. In: SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 109.

fato é que esses sentimentos não podem ser reputados inerentes à ideia de dano moral. Caso contrário, chegar-se-á à conclusão de que pessoas incapazes de compreender não são suscetíveis de sofrer certos danos morais, como a violação à sua honra e imagem, por exemplo. E isso seria o mesmo que não assegurar proteção a tais direitos, uma vez que sua violação restaria irressarcida.⁴

Outra problemática acerca do dano moral consistiu em sua valoração e quantificação para fins de exercício do direito à reparação civil. No início, a jurisprudência não foi capaz de quantificá-lo, justamente por entender sua essência como completamente dissociada de caráter patrimonial. Dessa forma, embora se reconhecesse a ocorrência da lesão – seja pelo viés objetivo, seja pelo subjetivo – não se entendia cabível a indenização de cunho econômico, uma vez que tal medida não repararia a ofensa efetivada.

Conforme se conseguiu separar o dano dos seus efeitos, passou-se a admitir sua indenização por meio de valor em dinheiro a ser fixado na sentença e/ou acórdão, entendendo-se que a medida, de fato, não tinha cunho reparatório, mas compensatório, com o objetivo de reparar os efeitos concretos do dano e não a lesão em si. Nesse sentido:

(...) chegando-se no segundo plano de investigação sucessiva, quando da quantificação, o objeto da indenização não está na lesão em si, mas no dano (= efeito) que ela produziu. O que se repara é o efeito no ofendido: as perdas e danos (aspecto material); e o sofrimento, a dor sentida (aspecto moral), e não a lesão abstratamente considerada⁵.

4 OLIVA, Milena Donato. Dano Moral e Inadimplemento Contratual nas Relações de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 93, p.13, Maio 2014.

5 MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. Da inexecução das Obrigações e suas consequências. *apud*.

Superada a celeuma acerca da possibilidade de quantificação, levantaram-se questionamentos sobre como isso deveria ser realizado, de que forma seria possível arbitrar um valor para o dano moral que fosse condizente com a lesão sofrida, sem que representasse enriquecimento sem causa. Os princípios constitucionais e a ideia de razoabilidade se consubstanciaram (e ainda o fazem) nos principais fundamentos orientadores, cabendo, por óbvio, ao juiz, diante do caso concreto, fazer as considerações acerca do valor adequado, de forma equitativa e razoável⁶.

Havia, ainda, outra questão a ser discutida: a possível cumulação entre danos morais e danos materiais. A jurisprudência inicial sobre o tema, mesmo que a doutrina divergisse, não entendia ser possível cumular, em uma mesma ação, ambos os pedidos, compreendendo que apenas uma reparação era suficiente para o caso concreto. Assim, uma vez que a vítima fosse indenizada pelos danos morais, não poderia pleitear reparação patrimonial, e vice-versa, fazendo, portanto, o jurisdicionado jus a somente um deles.

Posteriormente, quando foi realizada uma melhor separação doutrinária sobre os referidos danos – compreendendo as lesões e seus reflexos patrimoniais, como acima já exposto – começou a se aceitar a cumulatividade entre o dano moral e o patrimonial, o que resta pacífico atualmente.

CIANI, Mirna. *O valor da reparação moral*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 25.

6 Sobre o arbitramento dos danos morais, Humberto Theodoro Júnior discorre: “Da mesma maneira, não se pode arbitrar a indenização, sem um juízo ético de valoração da gravidade do dano, a ser feito dentro do quadro circunstancial do fato e, principalmente, das condições da vítima. O valor da reparação terá de ser “equilibrado”, por meio da prudência do juiz. Não se deve arbitrar uma indenização pífia nem exorbitante, diante da expressão ética do interesse em jogo, nem tampouco se pode ignorar a situação econômico social de quem vai receber a reparação, pois jamais se deverá transformar a sanção civil em fonte pura e simples de enriquecimento sem causa”. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 7 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010. p. 56.

Uma outra discussão acerca do tema envolveu a pessoa jurídica e sua aptidão para sofrer dano moral. Houve, de início, grande resistência a essa ideia junto aos operadores do direito. Em primeiro lugar, porque o conceito subjetivo de dano moral retromencionado não se adequava à pessoa jurídica, visto que consistia em ficção jurídica incapaz de sentir sofrimento ou qualquer espécie de abalo psicológico. Em segundo lugar, porque mesmo a ocorrência de lesão a direito da personalidade de uma pessoa jurídica – aqueles, é claro, compatíveis a sua natureza, na forma do artigo 52 do Código Civil – significa, em grande parte, direta ou indiretamente, uma lesão de cunho patrimonial (uma lesão ao nome de uma pessoa jurídica, por exemplo, pode significar perda de clientela e de oportunidades de negócios jurídicos, o que, em última análise, repercute nos lucros da empresa, portanto, patrimônio).

A simples ideia objetiva acerca do dano moral, porém, infirma a primeira razão para sua desconsideração no que se refere à pessoa jurídica. Como titular de direitos da personalidade, pode a pessoa jurídica sofrer dano moral. Além disso, a distinção feita entre honra objetiva e honra subjetiva na doutrina e na jurisprudência representou uma confirmação desse raciocínio⁷.

Outrossim, ainda que reflexos patrimoniais advenham do dano moral, é possível dissociar a lesão moral da lesão especificamente patrimonial, razão pela qual, independentemente dos efeitos da lesão, o dano moral à pessoa jurídica pode ser configurado. Foi, inclusive, o que o Superior Tribunal de Justiça reconheceu no Enunciado 227 de

7 Nesse sentido: “Não há mesmo como divorciar a realidade material do aspecto ideal, quando se restringe o tema à honra objetiva. Se a pessoa jurídica tem sua imagem afetada, significa que o público daquela marca passará a enxergá-la com sérias restrições, o que automaticamente será revertido em desfavor do consumo e, a toda evidência, reside unicamente nesse aspecto a consequência direta do dano experimentado. Strenger considera que a pessoa jurídica pode gozar de outros bens não-patrimoniais, como, por exemplo, uma campanha difamatória, uma violação de segredo comercial, uma medida injusta que afete sua reputação, vislumbrando a possibilidade de dano moral diferente da tor”. In: CIANI, Mirna. O valor da reparação moral. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 23.

sua Súmula: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

A questão dos reflexos patrimoniais permanece, porém, não como essência do dano moral da pessoa jurídica, mas como característica qualificadora do mesmo, sendo certo que estes não estão presentes em todas as situações, pois, caso contrário, pessoas jurídicas sem finalidade lucrativa não seriam aptas a sofrer tal tipo de lesão. Assim,

(...) a imagem da pessoa jurídica de direito público, tal qual, de resto, a das pessoas filantrópicas (*rectius*: que não exerçam atividade lucrativa), não será, por sua natureza, atingida pelo desprezo do consumidor da marca, que retratará *in concreto* a realidade da ofensa moral, mas sim pela violação de princípios básicos que tornem insustentável sua imagem perante a população, aqui entendida como aquela ocasionada por ato de terceiro, capaz de gerar esse descrédito⁸.

Hoje em dia, o debate acerca do dano moral suplantou as divergências relacionadas ao seu conceito, atingindo também seu alcance. Discute-se a existência de dano moral coletivo – consistente em lesão a valores compartilhados pelas pessoas em sociedade e não individualmente consideradas⁹ – e, o foco do presente trabalho, a configuração do dano moral nas relações contratuais; além, é claro, das constantes e sempre presentes discussões acerca da valoração dos danos morais em determinados casos concretos, e da aplicação do instituto de dano moral de cunho punitivo oriundo do direito norteamericano, bem como outros pontos polêmicos envolvendo o tema, que, porém, não fazem parte do escopo do presente estudo.

8 CIANI, Mirna. *Op cit.* p. 26-27.

9 Sobre o tema, confira a obra: ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Responsabilidade contratual: inaplicabilidade do efeito pedagógico punitivo do dano moral. *Soluções Práticas* – Arruda Alvim. v. 2. ago 2011. p. 1037.

Passa-se, portanto, à análise da aplicação prática do conceito e alcance do dano moral nas relações contratuais pelos Tribunais pátrios.

3. ANÁLISE DA APLICAÇÃO PRÁTICA DO ALCANCE DO DANO MORAL NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS POR PARTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

As relações contratuais, hodiernamente, são complexas, interconectadas e dotadas de diversas características que os legisladores não puderam antever, tanto no que se refere às relações estritamente civis, como aquelas enquadradas no Código de Defesa do Consumidor (a teor das definições estabelecidas nos artigos 2º e 3º do referido diploma), mas algo essencial não foi alterado: o risco. Em que pese os princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da proteção ao consumidor na qualidade de hipossuficiente existirem para garantir o melhor resultado nessas interações, as relações contratuais trazem consigo um risco inerente a qualquer negócio jurídico.

Afinal, uma obrigação firmada com outra pessoa sujeita o indivíduo a uma série de novos fatos e, a partir disso, alguns percalços, aborrecimentos e contratempos surgem. Nem todos esses problemas podem ser tidos como inesperados, absurdos ou mesmo injustos; alguns deles são simplesmente parte da transação, parcela integrante e inevitável da vida em sociedade. É papel do operador do direito – mais precisamente, dos magistrados em geral – compreender quando efetivamente um dano foi configurado e, assim, atestar que se faz necessária a indenização. Nesse sentido, expõe Humberto Theodoro Júnior:

A vida em sociedade obriga o indivíduo a inevitáveis aborrecimentos e contratempos, como ônus ou consequências naturais da própria convivência e do modo de vida estabelecido pela comunidade. O dano moral indenizável, por isso mesmo, não pode derivar do simples sentimento individual de insatisfação ou indisposição diante de pequenas decepções e frustrações do cotidiano social¹⁰.

Para se desincumbir dessa função, os intérpretes do Direito precisam aplicar ao caso concreto o conceito de dano moral e é nesse momento que as diferenças entre os conceitos acima explicitados se revelam, gerando, muitas vezes, entendimentos divergentes entre diferentes Juízos, Câmaras dos Tribunais Estaduais e Turmas dos Tribunais Superiores.

O Superior Tribunal de Justiça entende que o simples descumprimento contratual, por si só, não é capaz de gerar dano moral. Por vezes, sustenta que é necessária a existência de uma consequência fática capaz de acarretar dor e sofrimento indenizável pela sua gravidade, associando-o à alteração anímica do indivíduo e aproximando-se do conceito subjetivo de dano moral. Em outras oportunidades, porém, exige lesão a direito da personalidade, como, por exemplo, à integridade psíquica, afinando-se com o conceito objetivo do dano moral.

Entende, ainda, que “a rescisão imotivada do contrato, em especial quando efetivada por meio de conduta desleal e abusiva - violadora dos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da responsabilidade pós-contratual - confere à parte prejudicada o direito à indenização por danos materiais e morais”. (REsp 1.255.315/SP, Rel^a.

10 THEODORO JÚNIOR, *Op cit.* p. 134.

Min^a. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 27.9.11). Nesse ponto, leva em conta o comportamento do contratante inadimplente que age de forma censurável e maliciosa na configuração do dano moral.

Confira-se:

“CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL. ABORRECIMENTO E DISSADOR. EXAME DAS PREMISSAS FÁTICAS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. NÃO INCIDÊNCIA. 1. O simples descumprimento contratual, por si, não é capaz de gerar danos morais, sendo necessária a existência de uma consequência fática capaz de acarretar dor e sofrimento indenizável pela sua gravidade. 2. A Corte local, para reformar a sentença e julgar procedente o pedido de indenização por danos morais, concluiu que o atraso na entrega do imóvel, de aproximadamente 9 (nove) meses, por si, frustrou a expectativa do casal de ter um lar, causando, conseqüentemente, transtornos por não ter domicílio próprio. Com efeito, o Tribunal de origem apenas superestimou o desconforto, o aborrecimento e a frustração da autora, sem apontar, concretamente, situação excepcional específica, desvinculada dos normais aborrecimentos do contratante que não recebe o imóvel no prazo contratual. 3. A orientação adotada na decisão agravada não esbarra no óbice contido no enunciado n. 7 da Súmula do STJ, tendo em vista que foram consideradas, apenas, as premissas fáticas descritas no acórdão recorrido. 4. Agravo regimental desprovido”. (AgRg no REsp 1408540 / MA; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2013/0329836-

0; Relator(a) Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA;
QUARTA TURMA; DJe 19/02/2015)

“RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PLANO DE SAÚDE. RESPONSABILIDADE CIVIL. DESCRENCIAMENTO DE CLÍNICA MÉDICA. COMUNICAÇÃO PRÉVIA AO CONSUMIDOR. AUSÊNCIA. VIOLAÇÃO DO DEVER DE INFORMAÇÃO. PREJUÍZO AO USUÁRIO. SUSPENSÃO REPENTINA DE TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO. SITUAÇÃO TRAUMÁTICA E AFLITIVA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. 1. Ação ordinária que busca a condenação da operadora de plano de saúde por danos morais, visto que deixou de comunicar previamente a consumidora acerca do descredenciamento da clínica médica de oncologia onde recebia tratamento, o que ocasionou a suspensão repentina da quimioterapia. 2. Apesar de os planos e seguros privados de assistência à saúde serem regidos pela Lei nº 9.656/1998, as operadoras da área que prestam serviços remunerados à população enquadram-se no conceito de fornecedor, existindo, pois, relação de consumo, devendo ser aplicadas também, nesses tipos contratuais, as regras do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Ambos instrumentos normativos incidem conjuntamente, sobretudo porque esses contratos, de longa duração, lidam com bens sensíveis, como a manutenção da vida. São essenciais, portanto, tanto na formação quanto na execução da avença, a boa-fé entre as partes e o cumprimento dos deveres de informação, de cooperação e de lealdade (arts. 6º, III, e 46 do CDC). 3. O legislador, atento às inter-relações que existem entre as fontes do direito, incluiu, dentre os dispositivos da Lei de Planos de Saúde, norma específica sobre o dever da operadora de informar o consumidor quanto ao descredenciamento de entidades hospitalares

(art. 17, § 1º, da Lei nº 9.656/1998). 4. É facultada à operadora de plano de saúde substituir qualquer entidade hospitalar cujos serviços e produtos foram contratados, referenciados ou credenciados desde que o faça por outro equivalente e comunique, com trinta dias de antecedência, os consumidores e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). 5. O termo “entidade hospitalar” inscrito no art. 17, § 1º, da Lei nº 9.656/1998, à luz dos princípios consumeristas, deve ser entendido como gênero, a englobar também clínicas médicas, laboratórios, médicos e demais serviços conveniados. De fato, o usuário de plano de saúde tem o direito de ser informado acerca da modificação da rede conveniada (rol de credenciados), pois somente com a transparência poderá buscar o atendimento e o tratamento que melhor lhe satisfaz, segundo as possibilidades oferecidas. 6. O descumprimento do dever de informação (descredenciamento da clínica médica de oncologia sem prévia comunicação) somado à situação traumática e aflitiva suportada pelo consumidor (interrupção repentina do tratamento quimioterápico com reflexos no estado de saúde), capaz de comprometer a sua integridade psíquica, ultrapassa o mero dissabor, sendo evidente o dano moral, que deverá ser compensado pela operadora de plano de saúde. 7. Recurso especial não provido”. (REsp 1349385 / PR; RECURSO ESPECIAL 2012/0216926-0; Relator(a) Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA; TERCEIRA TURMA; DJe 02/02/2015)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO RENOVADO ININTERRUPTAMENTE POR VÁRIOS ANOS. RESCISÃO UNILATERAL. DESCABIMENTO.

RESSALVA DA POSSIBILIDADE DE SUA MODIFICAÇÃO PELA SEGURADORA, MEDIANTE A APRESENTAÇÃO PRÉVIA DE EXTENSO CRONOGRAMA, NO QUAL OS AUMENTOS SEJAM APRESENTADOS DE MANEIRA SUAVE E ESCALONADA. DANOS MORAIS. CABIMENTO.

1.- Consoante a jurisprudência da Segunda Seção, em contratos de seguro de vida, cujo vínculo vem se renovando ao longo de anos, não pode a seguradora modificar subitamente as condições da avença nem deixar de renová-la em razão do fator de idade, sem ofender os princípios da boa fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade que devem orientar a interpretação dos contratos que regulam as relações de consumo. 2.- Admitem-se aumentos suaves e graduais necessários para reequilíbrio da carteira, mediante um cronograma extenso, do qual o segurado tem de ser cientificado previamente. (REsp 1.073.595/MG, Rel^a. Min^a. NANCY ANDRIGHI, DJe 29.4.11). 3.- No caso, em que a relação contratual foi mantida por mais de 30 anos, a não renovação do contrato de seguro de vida enseja reparação a título de danos morais, tendo em vista o entendimento desta Corte de que “a rescisão imotivada do contrato, em especial quando efetivada por meio de conduta desleal e abusiva - violadora dos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da responsabilidade pós-contratual - confere à parte prejudicada o direito à indenização por danos materiais e morais”. (REsp 1.255.315/SP, Rel^a. Min^a. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 27.9.11). 4.- Agravo Regimental improvido”. (AgRg no REsp 1444292 / SP; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2014/0065786-0; Relator(a) Ministro SIDNEI BENETI; TERCEIRA TURMA; DJe 04/09/2014)

Em outros casos, quando se trata de interrupção indevida de

serviço essencial, o Superior Tribunal de Justiça entende cabível a indenização por dano moral, sustentando que nessa hipótese o dano é *in re ipsa*, ou seja, deriva do próprio fato ofensivo¹¹. Nesse sentido:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ANÁLISE DE RESOLUÇÃO. REGRAMENTO QUE NÃO SE SUBSUME AO CONCEITO DE LEI FEDERAL. NÃO OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INTERRUPTÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. COBRANÇA INDEVIDA. DANO MORAL IN RE IPSA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. 1. Não é possível, em recurso especial, a análise de resolução de agência reguladora, visto que o referido ato normativo não se enquadra no conceito de “tratado ou lei federal” de que cuida o art. 105, III, a, da CF. 2. Não se vislumbra a alegada violação ao disposto

11 Sobre o dano moral *in re ipsa*: “Em razão da natureza imaterial do dano moral e da sua constante associação ao sofrimento da vítima, o recurso ao expediente *in re ipsa* tem parecido necessário em numerosas situações. Colhe-se dos aludidos precedentes que, diante de certos acontecimentos, não seria razoável exigir a prova do dano moral, vez que dos fatos seria inequívoco o dissabor experimentado pela vítima. Como se percebe, o mecanismo *in re ipsa* tem por escopo facilitar a reparação por danos morais, pois objetiva afastar discussões que, na prática, poderiam deixar a vítima sem ressarcimento. Com efeito, não é desprezível o peso ainda atribuído pelos tribunais aos sentimentos do ofendido para a caracterização do dano moral, de maneira que, sem o recurso ao *in re ipsa*, dificilmente seria possível a reparação em determinadas hipóteses, como no caso do direito de imagem de pessoas famosas, especialmente quando em algum momento já se expuseram voluntariamente”. In: OLIVA, Milena Donato. Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 93. mai 2014. p. 13.

E, ainda: “Essa ideia, de que o dano moral em geral não depende de comprovação, decorre a nosso ver do recorrente erro de perspectiva de identificar o dano moral com aquelas reações de dor, constrangimento, tristeza, vergonha. Partindo de tal premissa, a solução encontrada não poderia ser outra que não a da inexigibilidade da prova do dano, porque totalmente subjetivo, existente no íntimo do indivíduo e, conseqüentemente, não perceptível pelos sentidos. O dano, assim considerado, teria de ser presumido a partir de algum fato objetivo.

Por esse prisma, em verdade, com base em uma presunção (absoluta, no comum dos casos), acaba-se por indenizar alguém por um dano moral (identificado sempre com “dor”) que poderia nem mesmo existir. Todavia, substituída a proposição inicial, para considerar o dano moral não como alguma daquelas reações íntimas do ser humano, mas como a lesão a um direito personalíssimo, desnecessário é o recurso a presunções acerca da existência do dano: uma vez violado direito da personalidade, caracterizado estará o dano moral, independentemente de qualquer reação interna ou psicológica do titular do direito”. ANDRADE, André Gustavo C. de. A evolução do conceito de dano moral. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 24, 2003.

no art. 535 do CPC, porquanto o Tribunal de origem dirimiu, de forma clara e fundamentada, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia. 3. O Tribunal a quo, amparado no acervo fático-probatório dos autos, asseverou que a interrupção no fornecimento de energia elétrica se deu por culpa da concessionária, o que não pode ser revisado na estreita via do recurso especial, em observância à Súmula 7/STJ. 4. No tocante à comprovação dos danos, a jurisprudência desta Corte tem asseverado que o dano moral decorrente de falha na prestação de serviço público essencial prescinde de prova, configurando-se in re ipsa, visto que é presumido e decorre da própria ilicitude do fato. 5. Conforme a jurisprudência do STJ, o termo inicial da fluência dos juros de mora, em casos de responsabilidade contratual, é a data da citação. 6. Agravo regimental a que se nega provimento”. (AgRg no AREsp 518470 / RS; AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2014/0118322-0; Relator(a) Ministro SÉRGIO KUKINA; PRIMEIRA TURMA; DJe 20/08/2014)

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IRREGULARIDADE NO SERVIÇO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E EM SUA COBRANÇA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA. ALEGADA OFENSA AO ART. 333, I, DO CPC. IMPOSSIBILIDADE, NO CASO, DE REEXAME DE PROVAS, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. DANOS MORAIS. REDUÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. Não há omissão no acórdão recorrido,

quando o Tribunal de origem pronuncia-se, de forma clara e precisa, sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão. Precedentes do STJ. II. A verificação quanto à adequada comprovação do fato constitutivo do direito da parte autora (art. 333, I, do CPC) demanda a incursão no conteúdo fático-probatório dos autos, o que implica reexame de provas, inviável, em Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ. III. Segundo consignado no acórdão recorrido, à luz das provas dos autos, a agravante não logrou êxito em comprovar a regularidade na prestação do serviço na residência da parte agravada e na sua cobrança, e que os danos morais restaram devidamente caracterizados, porquanto “a interrupção dos serviços de fornecimento de água, diga-se, serviço essencial, se deu de forma indevida, motivo pelo qual configurado está o dano moral”. Assim, para infirmar as conclusões do julgado e afastar a responsabilidade da concessionária, seria necessário, inequivocamente, incursão na seara fático-probatória, inviável, na via eleita, a teor do enunciado sumular 7/STJ. Precedentes do STJ. IV. No que se refere ao valor da indenização, fixada a título de danos morais, o Tribunal a quo, em face das peculiaridades fáticas do caso, arbitrou o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), para cada autor, quantum que merece ser mantido, por consentâneo com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, ante o quadro fático delineado no acórdão de 2º Grau. Conclusão em contrário também encontra óbice na Súmula 7/STJ. Precedentes do STJ. V. Agravo Regimental improvido”. (AgRg no AREsp 288072 / RJ AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2013/0018571-0; Relator(a) Ministra

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro também possui jurisprudência sedimentada no sentido de que o mero descumprimento contratual não dá ensejo à indenização por dano moral, salvo se restar configurada, no caso concreto, situação que repercute na esfera da dignidade do demandante. Nesse sentido é o Enunciado 75 de sua Súmula: “O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte.”

O Enunciado da Súmula aproxima-se do conceito objetivo de dano moral, exigindo lesão a direito da personalidade. Ocorre que, por se tratar de conceito indeterminado, a hipótese excepcional prevista no enunciado, ensejadora da indenização por dano moral, admite interpretações ampliadas e muitas vezes divergentes, acerca do que configura ou não lesão à dignidade a justificar o cabimento da referida indenização.

A Corte Estadual já havia sumulado algumas hipóteses de incidência de dano moral em razão de descumprimento do contrato, como, por exemplo, quando há interrupção indevida de serviço essencial, na esteira do entendimento acima citado do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, dispõe o Enunciado n.º 192: “A indevida interrupção na prestação de serviços essenciais de água, energia elétrica, telefone e gás configura dano moral”.

Do mesmo modo, é entendimento pacificado que a recusa indevida por parte do plano de saúde à cobertura de procedimento médico prescrito ao paciente configura dano moral, o que é ilustrado

no enunciado n.º 209: “Enseja dano moral a indevida recusa de internação ou serviços hospitalares, inclusive *home care*, por parte do seguro saúde somente obtidos mediante decisão judicial”.

Em tais situações graves, nas quais, sem dúvida, há violação a direitos da personalidade do consumidor, se justifica a indenização por dano moral, amoldando-se tais hipóteses à exceção prevista no enunciado n.º 75, diante de circunstância fática que atinge a dignidade da pessoa humana.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, entretanto, diante da qualidade precária da prestação de serviços em nosso país e das diversas demandas que lhe são trazidas envolvendo esse tema, nas quais fica evidenciada a desídia dos prestadores/fornecedores de serviço, vem ampliando esse conceito.

Com efeito, a Corte Estadual, por meio de suas Câmaras Especializadas em Direito do Consumidor, vem reconhecendo o cabimento da indenização por dano moral em situações de descumprimento contratual, por entender que a prestação precária do serviço consome grande parte do tempo útil do consumidor na resolução de problema criado pelo prestador do serviço, que, apesar de provocado administrativamente, se mantém inerte e desidioso. Confira-se:

“APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. COBRANÇAS INDEVIDAS E EM DUPLICIDADE POR SERVIÇO DE PROVEDOR DE INTERNET, ATRAVÉS DE DÉBITO EM CONTA E DE CARTÃO DE CRÉDITO. PERDA DE TEMPO ÚTIL DA CONSUMIDORA QUE NÃO LOGROU RESOLVER O PROBLEMA ADMINISTRATIVAMENTE. AUSÊNCIA

DE COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE DAS COBRANÇAS. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES AUTORAIS. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. APLICAÇÃO DO ART. 14 DO CDC. RISCO DO EMPREENDIMENTO. RÉ QUE NÃO FOI CAPAZ DE REPELIR A PRETENSÃO AUTORAL, NA FORMA DO ART. 333, II, DO CPC. REPETIÇÃO DO INDÉBITO QUE SE IMPÕE, EM DOBRO, NA FORMA DO ART. 42, § ÚNICO, DO CPC. DANO MORAL CONFIGURADO E ADEQUADAMENTE FIXADO. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO, NA FORMA DO ART. 557, CAPUT DO CPC”. (0054176-43.2013.8.19.0203- APELACAO - 1ª Ementa - DES. SANDRA CARDINALI - Julgamento: 05/03/2015 - VIGESIMA SEXTA CAMARA CIVEL CONSUMIDOR)

“Apelação Cível. Relação de Consumo. Ação de Repetição de Indébito c/c Indenizatória. Concessionária de serviço público. Fornecimento de água. Cobrança realizada de forma equivocada, considerando-se duas unidades, quando, na verdade, só havia uma. Laudo pericial conclusivo. Parte ré que não se desincumbiu de seu ônus probatório. Conduta abusiva. Falha na prestação do serviço. Consumidor que, por diversas vezes, tentou solução na via administrativa. Revisão do débito impugnado que se impõe, com base no valor real do consumo. Devolução na forma dobrada, ante a ausência de engano justificável, nos termos do parágrafo único do art. 42 do CDC. Dano moral configurado. Perda de tempo útil para tentar, em vão, resolução do problema. Consumidor que se viu obrigado a pagar valores indevidos sob pena de ser privado de serviço essencial. Redução do quantum que se impõe, eis que não chegou a haver interrupção do serviço. Valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) que melhor

se ajusta aos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade. Retificação do termo a quo dos juros de mora e da correção monetária sobre a verba que se faz de ofício. Precedentes citados: 0010372-93.2006.8.19.0001 APELAÇÃO - DES. PETERSON BARROSO SIMAO Julgamento: 19/03/2014 - VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR; 0387265-76.2011.8.19.0001 APELAÇÃO FLAVIO MARCELO DE AZEVEDO HORTA FERNANDES - VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO”. (0173309-31.2012.8.19.0004- APELACAO - 1ª Ementa - DES. REGINA LUCIA PASSOS - Julgamento: 28/01/2015 - VIGESIMA QUARTA CAMARA CIVEL CONSUMIDOR)

“APELAÇÃO. CONSUMIDOR. CARTÃO DE CRÉDITO. PAGAMENTO REALIZADO E NÃO COMPUTADO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. COBRANÇA INDEVIDA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. OCORRÊNCIA. Sentença de improcedência. Prova constante dos autos que permite concluir pela realização do pagamento da fatura em questão através do serviço de atendimento pessoal bancário, o qual não fora, entretanto, computado. Ré que não se desincumbiu de seu ônus, a teor do artigo 333, inciso II, do CPC. Eventual erro junto ao sistema do agente recebedor do pagamento, que não tem o condão de afastar o dever de indenizar. Súmula 479 do STJ e 94 do TJRJ. Devolução em dobro da quantia desembolsada pela autora. Artigo 42, parágrafo único, do CDC. Danos morais pela desídia da ré e pela perda do tempo útil da autora na tentativa de solução administrativa, além de ter de desembolsar valores a fim de evitar a negativação de seu nome. Artigo 557, §1º-A, do CPC. PROVIMENTO DO RECURSO DO AUTOR”. (0312019-06.2013.8.19.0001- APELACAO - 1ª Ementa - DES.

MARIA LUIZA CARVALHO - Julgamento: 20/01/2015
- VIGESIMA SETIMA CAMARA CIVEL CONSUMIDOR)

“APELAÇÃO CÍVEL. Direito do Consumidor. Ação de Responsabilidade Civil. Ausência de Entrega de Mercadoria. Sentença de Procedência Parcial para condenar a ré a pagar a quantia de R\$225,00 (Duzentos e vinte e cinco) reais corrigidos a partir da data do envio do cartucho extraviado. Recurso do Autor quanto ao dano moral. Demora e entrega de produto errado, que não é razoável. Verifica-se a ocorrência de Dano Moral, uma vez que extrapola o mero descumprimento contratual. Falsa expectativa criada no consumidor e sua Família, atingindo a própria dignidade do Autor. É importante frisar que a Responsabilidade Civil também é dotada de vertente Pedagógica, exigindo-se que os fornecedores adotem cautelas necessárias no cumprimento de suas Obrigações. In Casu. Montante Fixado em R\$2.000,00 em consonância com os princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade. Provimento Parcial do Recurso Para Condenar a ré no pagamento de Indenização por Danos Morais no valor de R\$2.000,00 (Dois mil Reais), com juros a contar da citação e Correção Monetária a contar da publicação do Julgado e nas custas Processuais e Honorários Advocatícios Fixados em 10% Sobre o valor da condenação, Mantendo-se Sentença em seus demais termos”. (0072334-15.2009.8.19.0001 – APELACAO -ANTONIO CARLOS DOS SANTOS BITENCOURT - VIGESIMA SETIMA CAMARA CIVEL CONSUMIDOR)

Os casos são os mais variados e, considerando o rumo da atual jurisprudência, qualquer descumprimento contratual pode dar ensejo

à indenização por dano moral, a depender da suscetibilidade da vítima.

Na tentativa de se estabelecer um critério que auxilie o intérprete na verificação da ocorrência do dano moral em hipóteses tais, o ilustre Desembargador André Gustavo Correa de Andrade defende que

É indubitoso que o sistema afetivo do homem, porque componente de sua personalidade, é merecedor de proteção jurídica. As lesões injustas aos sentimentos de outrem são por si só indenizáveis, independentemente de qualquer outra repercussão que o ato lesivo possa ter provocado, seja na esfera pessoal, seja na esfera patrimonial da vítima.

Como distinguir, no entanto, nessas situações de perturbação do espírito, o dano moral do “mero” aborrecimento que todo descumprimento de obrigação contratual potencialmente pode causar? A resposta a uma tal indagação encontra-se não na reação da vítima - afinal, essa pode ser mais ou menos sensível à violação de um direito, como observado por Antunes Varela -, mas no comportamento do contratante inadimplente, que, muitas vezes, age de forma particularmente censurável e ultrajante, demonstrando verdadeiro descaso para com o direito alheio. Com efeito, o aborrecimento, a contrariedade e outros sentimentos negativos ordinariamente gerados pelo descumprimento de uma obrigação pactuada são, em muitos casos, agravados pela conduta maliciosa ou desdenhosa do contratante.¹²

Ocorre que esse pensamento, se aplicado de forma pura e simples, privilegia, na verdade, a corrente subjetiva, ao deslocar o subjetivismo

12 ANDRADE, André Gustavo C. de. Dano moral em caso de descumprimento de obrigação contratual. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 53, p. 54, 2005.

da pessoa da suposta vítima para o fornecedor, reconhecendo o dano moral de acordo com as peculiaridades do comportamento deste último. Ao assim proceder, reforça a zona cinzenta da qual se aproveita o demandismo, defendendo que o comportamento do fornecedor contrário às regras protetivas, por ser reprovável, justifica uma compensação extrapatrimonial.

Além disso, a fundamentação do pensamento do ilustre Desembargador se baseia na premissa de que o sistema afetivo do homem, porque componente de sua personalidade, é merecedor de proteção jurídica.

É da natureza do sistema afetivo do homem, porém, sua instabilidade e é inadmissível que a função jurisdicional se substitua a práticas terapêuticas como remédio para o bem estar emocional de cada cidadão. Ademais, como bem ressalta o defensor da referida tese, cada pessoa reage de forma mais ou menos sensível às intempéries enfrentadas na vida em sociedade, inclusive no que concerne ao descumprimento contratual, o que mais uma vez reforça que a caracterização do dano moral deve estar irremediavelmente ligada à lesão de um direito personalíssimo, o que somente pode ocorrer, em tais hipóteses, quando os bens ou produtos envolvidos no conflito guardem estreita relação com a dignidade da pessoa.

Exemplifica-se: Se o consumidor adquire uma panela ou uma estante para sua casa e o fornecedor não realiza a entrega do produto no prazo acordado ou o produto apresenta defeito logo após a aquisição, não há como se reconhecer dano moral, ainda que o comportamento do fornecedor seja reprovável na solução do problema, pois não há como se sustentar que houve violação a direito da personalidade.

Se, por outro lado, o consumidor adquire uma geladeira, fogão (bens

necessários à moradia e sobrevivência dignas) ou o único aparelho de televisão da residência (objeto necessário ao lazer mínimo da família), que não é entregue em prazo razoável ou apresenta defeito logo após, ou contrata serviços relacionados a direito fundamental (como saúde, lazer básico e trabalho, por exemplo) que se apresentam defeituosos estará configurado o dano moral, pois se trata de produtos e serviços qualificados, porquanto relacionados à dignidade da pessoa.

Isso é o que sustenta o Enunciado 75 da Súmula deste Egrégio Tribunal: somente há dano moral quando do descumprimento contratual advém circunstância que atente contra a dignidade da parte. Nesse sentido, quando houver pedido de indenização por dano moral devem os julgadores proceder a uma análise criteriosa de cada caso concreto para verificar se houve efetiva lesão a direito personalíssimo, podendo, é claro, considerar o comportamento particularmente censurável do fornecedor na valoração do dano, quando for reconhecida a ocorrência deste.

Não deve o julgador, dessa forma, se afastar do Enunciado da Súmula objeto do presente estudo e reconhecer a ocorrência de dano moral quando não puder identificar o direito personalíssimo violado, sob pena de, por um lado, tratar situações iguais de forma desigual, ao talante do julgador, gerando violação ao princípio da isonomia, insegurança jurídica e desprestígio ao Poder Judiciário, e, por outro lado, banalizar o instituto e incentivar o demandismo e práticas oportunistas.

Afinal, o contratante não pode preferir a indenização por dano moral ao cumprimento da obrigação principal, como, infelizmente, muitas vezes ocorre.

4. CONCLUSÃO

De um lado, é cediço que a qualidade da prestação do serviço deixa muito a desejar, causando transtornos e aborrecimentos aos consumidores. De outra parte, porém, deve-se fazer uma reflexão acerca do cabimento da indenização por dano moral em casos tais, levando-se em conta seu conceito e função; considerando o papel das agências reguladoras na fiscalização da qualidade desses serviços, papel esse que vem sendo transferido ao Poder Judiciário; e também considerando o viés do demandismo, na medida em que entendimentos amplos e desvinculados da lesão ao direito da personalidade podem incentivar o exercício abusivo de demandas e a busca pelo Poder Judiciário como forma primeira de resolução de conflitos, sem que sequer seja tentada a solução administrativa.

Por outro lado, deve se ter em mente que, para que seja aplicado o viés pedagógico punitivo do instituto, primeiro é preciso que se identifique a ocorrência do dano. Somente depois a reprovabilidade da conduta é considerada em sua valoração. Contrariando tais premissas, no entanto, a jurisprudência do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro vem se afastando das fontes que inspiraram o Enunciado n. 75 da Súmula de seu Egrégio Tribunal de Justiça, algumas vezes afirmando que o dano está configurado mesmo quando não há lesão a direito personalíssimo, com o propósito de punir a conduta desidiosa de um prestador de serviço. Ao fazê-lo, porém, acaba por inverter a relação causa e efeito.

Para tentar equalizar a questão da forma mais pragmática possível, sem olvidar da aplicação da solução justa a cada situação prática, deve se retornar à diretriz do referido Enunciado, que segue a jurisprudência pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça e privilegia o conceito objetivo de dano moral, com a análise de cada caso concreto de forma mais criteriosa pelo julgador de primeira e segunda instância, de

forma a garantir a proteção jurídica necessária à indenização do dano moral, mediante fundamentadas exceções à premissa do enunciado em questão, diante da situação fática delineada nos autos, somente quando houver efetiva lesão a direito personalíssimo.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, André Gustavo C. de. A evolução do conceito de dano moral. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 24, 2003.

ANDRADE, André Gustavo C. de. Danomoral em caso de descumprimento de obrigação contratual. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 53, p. 54, 2005.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Responsabilidade contratual: inaplicabilidade do efeito pedagógico punitivo do dano moral. *Soluções Práticas – Arruda Alvim*. v. 2. ago 2011. p. 1037.

BOLSON, Simone Hegele. O princípio da dignidade da pessoa humana, relações de consumo e o dano moral ao consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 46. abr 2003. p. 265.

COUTO E SILVA, Clovis V. do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v. 2. jan-mar 2015. p. 333-348.

CIANI, Mirna. *O valor da reparação moral*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v 7. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FONTES, João Roberto Egydio Piza. Dano moral. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. v. 2. jul 1998. p. 18.

OLIVA, Milena Donato. Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 93. mai 2014. p. 13.

SALOMÃO, Luís Felipe. Alguns aspectos da reparação do dano moral no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v. 1. out-dez. 2014. p. 135-149.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 7 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

O CEDES E O IDOSO

Desembargador Antônio Carlos Esteves Torres

Diretor Adjunto do CEDES

O CEDES, em recente reunião com integrantes do setor multi-institucional, acolheu proposta de estudo para a efetivação do direito de prioridade destinado ao idoso, como se colhe da lei nº10.741/2003, consolidando a política que se implementou na alteração do CPC, art. 1211-A; B e C.

Em primeiro lugar, na forma conduzida pelo Sr. Diretor Geral, considera-se que a matéria desafia estudos sobre o comportamento social e a efetividade da lei, tomando-se eventuais resultados como meras consequências, a exigir medidas de ordem administrativa, afastadas dos desígnios primeiros, de debates e estudos, a que se destina o CEDES.

A dogmática da elaboração da lei -impõe-se recordar – transita inarredavelmente pelo comando social, seja quando elege seus representantes, atores no processo de elaboração legislativa, seja quando se orienta através das normas de comportamento impositivas ou facultativas, no efetivo uso dos textos legais. Naquelas, o cidadão atua de acordo com o que está determinado, nestas, o indivíduo tem livre a seara decisória de sua vontade. Em linguajar técnico, são as famosas *normae agendi* e *facultas agendi*, dos bancos universitários.

Tudo seria muito simples se, na interpretação da lei, o profissional pudesse tomar uma ou outra situação, sem um pequeno inconveniente:

a identificação da vontade social. Este fator se agiganta com tal poder que, quando repetido em constância significativa, converte-se em costume, fonte mediata do direito.

É dentro desses limites teóricos que se passa a analisar a ineficácia dos comandos legislativos protetores dos idosos, especialmente, na prioridade que os ditames legais lhes conferem.

Com efeito, as regras de observância *priorizante* dos direitos dos idosos se desenvolvem em ambiência desconfortável, ditada por elementos inevitáveis: o decréscimo das condições físicas e mentais (essas só verificáveis em exames técnicos competentes) do indivíduo e o preconceito em relação a essas condições da natureza humana.

Os caminhos dessa relação entre o idoso e a sociedade provocam a edição de normas que se esperam capazes de contornar a desvantagem. No entanto, termos meramente sociogênicos, reconheça-se que esta parcela da demografia nacional está longe de se livrar do desinteresse de coisa usada, covardia contra o mais fraco e preconceito natural do homem médio.

As leis, que em sua ontologia, trazem o gérmen da equidade e da justiça, nem sempre cumprem com o objetivo da igualdade e da proteção. Não raro, quando a própria sociedade opõe suas inclinações aos comandos legislativos, produzem-se normas estéreis, incapazes de produzir os resultados desejados. O fenômeno, identificado popularmente como o que ocorre na *lei que não pegou*, dá-se por múltiplas razões de inoperabilidade no tempo e no espaço.

É historicamente ineficiente a repressão aos jogos de azar no Brasil. Cassinos abertos ao público; loterias e bingos legalizados ... o jogo do bicho, tão próximo, incombatiível e incombatiído, justamente,

porque o povo o deseja ou não o rejeita. O art. 50, do Decreto-lei nº 3.688/41, debilitado pelo consentimento deferido a modalidades análogas, regularizáveis, como as da Lei nº 9.615/98 (bingos), impõe ao cidadão – que nem se importa- o espetáculo dos anotadores da loteria zoológica, em pleno exercício do recolhimento de apostas, agora, com cadeiras munidas de prancheta lateral, que tanta falta fazem a muitas escolas. É o desencontro entre a aceitação social e a coação legal inútil.

Aliás, em outubro de 1969, ainda com a sistemática de aprovação automática de leis, editou-se o Decreto-lei nº 1004/69, novo Código Penal, em *vacatio*, prorrogada, por quase dez anos, que acabou por converter-se em revogação, pela Lei nº 6.578/78. A artificialidade elaborativa não atendia aos anseios da sociedade e da técnica.

A respeito do **império voluntarial do povo**, o promotor Antonio C. C. Oliveira, em artigo de fins de 1999, escreveu: a constante contradição entre a vontade popular e a punição ao jogo, aliada às constantes alterações legislativas, gera desconforto entre as atividades e os operadores do direito.

Um outro impeditivo à efetividade da lei é a **falta de instrumentos** para sua materialização. Figura como carro-chefe deste aspecto da frustração governamental e de Estado a Política Nacional do Bem-Estar do Menor. Os resultados são desanimadores, com a crescente população de crianças e adolescentes em situação de rua. A *confissão* desta falência dos programas (quando existem) está no combate legislativo aos resultados da ineficiência: reduza-se a faixa etária da imputabilidade penal. Pronto. Tudo será resolvido.

Não foram essas causas exógenas, despontam, como insuperável produtor do imprestável, **equivocos do processo legislativo**, de tantos exemplos a engrossar julgados de inconstitucionalidade, figurantes

de toda e qualquer resenha da espécie. Para que não se estenda esta mensagem de página a graus soporíferos, basta recordar o episódio da limitação da taxa de juros em 12%, no art. 192, § 3º, da Lei Fundamental. Só os néscios da ciência econômica ou os deslumbrados do momento de reorganização democrática foram capazes dessa proeza detratora dos princípios básicos do comportamento do dinheiro e do valor. O STF foi chamado a compor o desarranjo para, mais tarde, em encontro com a razão, o Congresso fazer com que o trem retomasse o caminho dos trilhos, revogando a avantesma, em mais uma das infundáveis emendas constitucionais (EC 40/2003).

Retomemos o caminho de nossa proposta. Parece-nos que o entrave imposto à prerrogativa de prioridade do idoso, no tocante ao trâmite processual, hoje, timidamente, pouco além da aposição da tarja vermelha, a chamar a atenção para o fato, está, na impossibilidade material imediata da superação das contingências econômicas de natureza administrativa (ausência de instrumentos, como o aumento de funcionários), no uso de criatividade. O remanejamento do critério de banca única, para, nestes casos especiais, destinar-se um servidor para acompanhar os processos da espécie, ou mesmo, não sendo conveniente, aplicar-se o sistema de tratamento prioritário como filosofia a ser observada por todos.

Identificadas as principais causas da ineficácia das leis, neste pequeno diagnóstico, as semissugestões, que já transcendem o âmbito da nossa competência – mecânicas administrativas que desafiam as responsabilidades dos agentes, objetiva e materialmente, envolvidos - vão apenas a título de respeito aos critérios de estudos de viabilidade e de início de raciocínio, a ser desenvolvido por outros setores diferentes dos das finalidades do CEDES.

JUIZ E JORNALISTA: DISCUTINDO A RELAÇÃO

Desembargador Jessé Torres

Os ventos de mudança nas relações entre o público e o privado, no estado democrático de direito organizado nas sociedades pluralistas contemporâneas, alcançam uma relação que sempre foi complexa, qual seja a do juiz e do jornalista.

O juiz, como agente político do estado, cumpre o dever de aplicar o direito para resolver conflitos de interesses que são submetidos ao Judiciário; o jornalista, como agente de empresa privada lucrativa e independente, cumpre o dever de informar.

Ambos os deveres têm sede na Constituição e correspondem a direitos assegurados à sociedade e aos indivíduos em geral, mas o juiz também tem o dever de evitar que a exposição dos conflitos embarace o curso dos processos sob o julgamento do estado, ainda que não sejam sigilosos, ao passo que haverá conflitos cuja exposição pela mídia constituirá notícia de interesse da sociedade já durante o curso dos processos, em princípio públicos, em que são discutidos. Eis a raiz da dificuldade da relação: os termos da exposição do conflito.

As tentativas de harmonizar a relação afastam-se da essência da dificuldade quando pretendem conduzi-la para o campo dos sentimentos ou do uso recíproco.

Equivocado o primeiro porque juiz e jornalista não são amigos, nem inimigos ou adversários, no exercício de suas respectivas funções. São profissionais que se devem respeito e consideração em face dos

relevantes papéis que respectivamente desempenham em favor das liberdades e da democracia.

Equivocado o segundo porque nem o jornalista deve ver no juiz, apenas, a fonte de notícias a ser conquistada, nem o juiz deve ver no jornalista meio de acesso à notoriedade.

Ao juiz pouco ou nada importa se o caso que está a julgar constitui, ou não, notícia. O juiz não escolhe os processos. Recebe-os por distribuição aleatória, sejam vultosos ou módicos os valores financeiros envolvidos no conflito, que deverá resolver com discricção, aplicando o que lhe pareça ser o direito justo, à vista das provas produzidas, em tempo razoável. Os primeiros fiscais de seu trabalho são os advogados que patrocinam as partes em litígio. Os segundos fiscais são os magistrados de grau superior, que examinarão os recursos interpostos pelos litigantes contra as decisões proferidas. Os terceiros fiscais são os membros do ministério público (promotores e procuradores de justiça), que acompanham os processos com o fim de assegurar a observância da lei e do interesse público.

Do jornalista não se pode exigir conhecimento jurídico equivalente ao do juiz. A sua função de informar funda-se na correção ao apurar e transmitir os fatos e suas personagens, bem como na sensibilidade de interpretar o que seria, ou não, de interesse da população conhecer e criticar. A população é o único fiscal da qualidade da notícia ou da análise que a empresa jornalística lhe oferece como produto, tanto que o compra ou o rejeita.

Eventualmente, caberá ao juiz julgar o jornalista que tenha abusado do direito de informar e, ao fazê-lo, lesou direitos da personalidade de terceiros. Como caberá ao jornalista transmitir à sociedade dados que a habilitem a julgar o juiz quando este se desvia de sua missão

constitucional.

Tratamento respeitoso e cordial, porém independente e profissional, é o que, na relação juiz-jornalista, produzirá o que deles esperam a sociedade pluralista e o estado democrático de direito.

MATÉRIA de Juízo Empresarial



PRAZO PRESCRICIONAL DA PRETENSÃO DE COBRANÇA DE SOBRE ESTADIA DE CONTEINER

Juiz Fernando Cesar Ferreira Viana

O prazo prescricional da pretensão de cobrança de *demurrage* (sobreestadia) de contêiner constitui-se em questão bastante controversa na doutrina e jurisprudência.

Invoca-se, para dirimir a controvérsia, ora o vetusto Código Comercial de 1850, ora o novo diploma civil de 2002, ora a legislação extravagante e, por fim, até mesmo a lei consumerista.

Ab initio, afasta-se a incidência da Lei 8.078/90 para dirimir a hipótese de prescrição para cobrança de sobreestadia. O importador não é, evidentemente, consumidor final do produto, além do que ainda auferir lucro em decorrência do contrato de transporte realizado – fulminando com qualquer suposição de matéria consumerista.

Via de regra, a jurisprudência do STJ vinha equiparando a “devolução tardia de contêiner” à “sobreestadia do navio”, aplicando-se, por conseguinte, o prazo prescricional de um ano previsto no art. 449, III do Código Comercial. Os julgados entendiam que o prazo anual previsto no diploma comercial, que se referia à sobreestadia de navios, deveria ser aplicado no caso dos contêineres, já que estes são parte integrante e acessórios da embarcação.

Entendia-se, à época, que por ser o contêiner uma unidade de carga - que permite a qualquer meio de transporte a sua utilização, já que

adere ao veículo transportador – além de sua natureza acessória - a disciplina jurídica aplicável ao navio também seria aplicável ao contêiner. Como se trata de um equipamento do navio, os danos resultantes de sua retenção não poderiam ser perseguidos por período superior àquele decorrente da permanência do navio no porto além do prazo contratual, pacificamente fixado no prazo de um ano. Assim, estando a hipótese sob a égide do Direito Marítimo, entendiam que não havia razão para não se adotar a mesma regra específica disciplinada no diploma comercial, em seu art. 449, inciso III.

Todavia, com a revogação do Código Comercial pelo CC de 2002, alguns julgados do STJ passaram a aplicar os prazos determinados no novel Código Civil – cinco anos quando existir previsão contratual, ou dez anos quando inexistir contrato (REsp 1.155.173)

Porém, recentemente, a 3ª Turma do STJ decidiu aplicar o art. 22 da Lei 9.611/98 – que regula o transporte multimodal de cargas – fixando o prazo de prescrição anual também no caso de cobrança de *demurrage* no transporte unimodal. Entendeu a Corte que se a cobrança de sobreestadia, no transporte multimodal, está sujeita ao prazo prescricional de um ano, a necessidade de coerência entre as normas de um mesmo sistema jurídico recomendaria que a prescrição no transporte unimodal devesse ocorrer no mesmo prazo (REsp 1.355.095).

Não me parece a melhor solução.

Penso que com a revogação do CCom pelo novo CC, não há mais prevalecer a regra revogada do art. 449 do diploma comercial, ante a impossibilidade de repriminção de dispositivo em detrimento do novo ordenamento civil estabelecido.

Em consequência, restariam duas hipóteses para regulação do

prazo prescricional da pretensão de cobrança da sobreestadia de contêiner: a legislação específica, ou as novas regras do Código Civil.

De plano, verifica-se que não há, precisamente, uma legislação específica que discipline a matéria. A legislação mais próxima versa sobre transporte multimodal, sendo assim manifestamente inaplicável.

Explica-se: o transporte multimodal é regulado por normas específicas, na medida em que importa em transporte em mais de uma via, diverso do transporte unimodal. Vigê, portanto, o critério da especialidade, pelo qual as regulamentações específicas em relação ao transporte multimodal não devem ser aplicadas aos demais tipos transportes que não detêm a peculiaridade necessária. Não se pode, assim, fazer incidir o prazo previsto na Lei 9.611/98 para qualquer tipo de transporte, até porque a aplicação suplementar desta lei apenas poderia ser feita em caso de lacuna, o que não ocorre na hipótese vertente, em que a ausência de regra específica importa aplicação da norma supletiva do Código Civil.

Destarte, alinhô-me, *permissa* vênia, ao entendimento que afasta a incidência da antiga regra do Código Comercial – por conta de sua expressa revogação - bem como da legislação extravagante, posto que esta não regula expressamente a questão.

Aplica-se, por corolário, o atual Código Civil, para fixação do prazo prescricional em debate.

Fincado o entendimento de que o novo Código Civil deve regular a matéria, impõe-se, por oportuno, delimitar a natureza da sobreestadia.

Desde já, exponho que não há como prevalecer o entendimento

de que a *demurrage* tem natureza de multa contratual. Com efeito, o armador tem direito de exigir o pagamento de *demurrage* diante da não devolução por parte do consignatário daquele equipamento móvel do navio, sem sequer cogitar de culpa. Note-se que não há multa fixada, e sim pretensão indenizatória para compensar um lucro cessante, visto que o armador é privado do uso de seu contêiner por ato praticado pelo recalitrante importador.

Ressalta-se que doutrina e jurisprudência vêm mitigando o caráter originariamente contratual do *demurrage*, reconhecendo sua incorporação à prática comercial do transporte marítimo, significando que a validade de sua cobrança independe de sua previsão no conhecimento de embarque. A obrigação de pagar *demurrage* nasce com a comprovada utilização dos contêineres além do tempo de franquia. O exercício do direito de agir não tem mais relação com a natureza do negócio jurídico, e sim com a natureza do objeto a que ele trata – o que afasta também o prazo quinquenal previsto no art. 206, pg. 5º, I do CC.

Por tais razões, o entendimento que parece ser mais acertado é o que leciona ser aplicável o disposto no art. 206, pg. 3º, V, do CC, que prevê o prazo prescricional de três anos para a pretensão de reparação civil.

Uma vez entendido que a indenização devida em caso de sobreestadia de contêiner não se confunde com cláusula penal, já objetiva compensar os prejuízos causados ao proprietário da unidade de carga, independentemente de culpa daquele que a reteve por prazo superior ao previsto, a sua cobrança nem ao menos necessita de previsão no contrato de transporte, e prescreve no prazo declinado no art. 206, pg 3º, V, CC.

Neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO EMPRESARIAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE SOBRESTADIAS (DEMURRAGE) DOS CONTÊINERESUTILIZADOS PARA O ACONDICIONAMENTO DAS MERCADORIAS ORIUNDAS DO EXTERIOR TRANSPORTADAS POR VIA MARÍTIMA(PORTO A PORTO). Procedência do pedido inicial. O contrato de transporte marítimo se evidencia pelo conhecimento de embarque marítimo (bill of lading - BL), contendo as cláusulas que regerão o transporte contratado. Retenção dos equipamentos pela ré (consignee) por prazo superior ao acordado (free time). **A demurrage possui natureza jurídica indenizatória.** Com a revogação da primeira parte do Código Comercial pelo Código Civil de 2002 (artigo 2.045), incluindo-se aí o artigo 449, 3, que previa que o prazo prescricional para a cobrança de sobrestadia era de um ano, **deve ser plicado o prazo prescricional de três anos, previsto no artigo 206, § 3º, inciso V, do Código Civil/2002.** Incabível a aplicação do prazo prescricional de um ano previsto no artigo 8º do Decreto-lei 116/67, por não se tratar de ação por extravio de carga, falta de conteúdo, diminuição, perdas e avarias ou danos à carga. **Inaplicabilidade do artigo 22 da Lei 9.611/98, por não se tratar de obrigações decorrentes de transporte multimodal.** Inocorrência da prescrição. Retificação da data de devolução informada pela autora em relação a um dos contêineres, devendo ser excluído o valor relativo às diárias cobradas a mais. Na conversão dos valores em dólares para a moeda nacional deve ser utilizada a taxa cambial das datas em que efetivamente foram restituídos os contêineres, visto que nesse momento cessou a mora do devedor. RECURSO A QUE SE DÁPARCIAL ROVIMENTO. Precedentes Citados: STJ Ag 962334/RJ, Rel. Min. Vasco Della Giustina, julgado em 29/09/2009.

III – CONCLUSÃO

Para fixação do prazo prescricional nas demandas que versam sobre *demurrage* de contêineres, em primeiro lugar, temos que estabelecer a sua natureza jurídica. Neste passo, não nos resta dúvida de que não se cuida de cláusula penal, e sim de indenização derivada de cláusula acessória implícita ao contrato de transporte marítimo – independentemente de estar expressamente prevista no conhecimento BL, a sobreestadia de container decorre dos usos e costumes inerentes ao direito marítimo.

Considerada a natureza indenizatória da sobreestadia, há de se aplicar o Código Civil em vigor (art. 206, pg. 3º, V, CC), porquanto a legislação comercial foi expressamente revogada pelo novo diploma civil.

O argumento de que não haveria sentido fixar um prazo prescricional para as demandas de *demurrage* de contêineres, superior ao prazo estabelecido para as ações que envolvem a sobreestadia de navios, não parece prosperar, visto que o navio é um bem de natureza especial e complexa, sendo assim natural a estipulação de um prazo prescricional exíguo para as ações que o tem como objeto – ao contrario do contêiner que, por sua expressiva quantidade no mundo marítimo, e por ser considerada uma unidade de carga, é aceitável que se fixe prazo prescricional maior para as demandas relativas à cobrança de sua sobreestadia.

Pelo exposto, o prazo prescricional para as demandas relativas a cobrança de *demurrage* de contêiner é de três anos, a teor do art. 206, pg. 3º , V, CC, respeitados os elevados entendimentos em contrário.

O DEFERIMENTO DO PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Juiz Luiz Roberto Ayoub

Recuperação judicial. Deferimento do seu processamento. Análise prévia dos requisitos formais e substanciais do art. 51 da lei 11.101/05. Poderes instrutórios do juiz. Celeridade em razão da necessidade de blindagem da empresa que merece a proteção legal. Alegação de ausência de previsão legal que não se sustenta. Responsabilidade do magistrado ante a ausência de uma cultura de recuperação deepening insolvency.

A Lei nº 11.101/2005, ao completar, agora, seus dez anos de vida, se mostra, como qualquer jovem, a merecer o devido amadurecimento entre os personagens que gravitam em torno do sistema recuperacional, importante instrumento de fomento ao desenvolvimento da nação.

Ao longo desses dez anos de vida, muitas recuperações judiciais já transitaram pelos diversos gabinetes de magistrados em todo o país, e a experiência adquirida, até então, apesar de ainda tímida, demonstra que no Brasil, diferente da cultura de outros países, não raramente há formulação de pedidos de recuperação judicial quando é sabido previamente que aquela célula empresarial não tem qualquer perspectiva de solução.

Em outros países, ao Administrador que diante de um quadro de

irreversibilidade da solvabilidade da empresa que não requer a sua quebra, porquanto nessa situação passa a ser nociva à sociedade, responde por seus atos, que no caso, seria a omissão na tomada de uma decisão que encerraria a atividade que, renove-se, seria nociva à sociedade. Isso significa dizer que a proteção legal conferida pelo sistema de recuperação judicial só é devida àquelas empresas que, em dificuldades, ainda se mostrem viáveis e, portanto, merecedoras de proteção legal com a blindagem que lhes é conferida através do deferimento do processamento que, como cediço, traz imediatamente a determinação de suspensão de ações e execuções em curso, tirante, evidentemente, as exceções legais.

E é conhecido, da mesma forma, que essa blindagem às empresas que logram o deferimento do processamento deve ser analisada com bastante acuidade, porquanto suspender ações em curso pode trazer sérias consequências. Ao mesmo tempo, também se sabe que, na forma do art. 51 da lei nº 11.101/05, a decisão que a defere demanda a análise da presença dos requisitos do art. 51 daquele diploma legal, cujo rol encerra nove hipóteses.

A questão que desperta interesse reside na interpretação que os magistrados devem conferir ao respectivo dispositivo legal no sentido de se entender que tais requisitos devem ser examinados à luz da simples formalidade, ou, pelo contrário, ao juiz toca a responsabilidade de examinar se substancialmente se apresentam aqueles elementos permissivos à concessão.

Aqui vale lembrar que em outros países, onde a cultura da recuperação está muito mais consolidada, consequências haverá na hipótese de não se requerer a falência quando devida. É a cultura do *deepening insolvency* que entre nós ainda não há.

Exatamente por essa razão, e a experiência, apesar de pouca, nos faz crer que ao juiz, valendo-se do seu poder instrutório, determine que antes de se pronunciar sobre essa primeira etapa do processo, se debruce no exame não só formal dos elementos descritos no art. 51 da LRF, mas também na substância, tudo com o intuito de verificar, no caso concreto, se a empresa está a merecer a proteção legal, porque, como cediço, a recuperação das empresas é, sem dúvidas de interesse comum, na medida em que é ela que gera riquezas ao país. Porém, quando se mostra inviável, desperta-se a figura da nocividade à sociedade, a merecer um pronto pronunciamento de indeferimento, sem que acarrete, nesse momento, qualquer declaração de quebra. Conclui-se, então que ao juiz toca a responsabilidade de examinar dois extremos, a saber: nocividade X viabilidade.

O exame substancial a que me refiro, não pode ser feita pelo magistrado que, infelizmente, não detém conhecimento técnico nessa área do saber, devendo contar com auxiliares que avaliarão, num tempo curto, se a empresa está a merecer o deferimento do processamento, ou não. Digo em tempo curto, porque empresas em dificuldades, mas que se mostrem viáveis deve ter um pronto pronunciamento judicial a respeito, o que nos impõe exigir uma análise técnica previa e bastante rápida, mesmo que não exauriente sobre a situação daquela empresa que bate na porta do judiciário. O expert, então, com os poderes a eles conferidos pelo juiz, terá a oportunidade de analisar a documentação existente na empresa e, por exemplo, constatar a existência, ou não, de contratos futuros e/ou presentes a executar, ou, ao contrário, que a empresa passa por uma enorme dificuldade que a chance de se recuperar aproxima-se do zero, se lá já não chegou. Aqui, repito, ao longo dos dez anos vivenciando as ações de recuperação, não raramente isso aconteceu.

Não nos seduz o argumento de que não há previsão para o exame substancial dos requisitos do art. 51 da lei especial, principalmente no que diz respeito ao seu incisos I e II. Isso porque, se fosse verdade que não há previsão, tal argumento seria espancado pelo só fato de também não existir vedação. Por outro lado, ao juiz cabe, pelo seu poder instrutório, examinar tudo o que lhe parece necessário antes de um pronunciamento judicial, mormente nos casos dessa envergadura que, repita-se, é extremamente importante e que demanda uma enorme responsabilidade do magistrado que preside o processo. Digo isso, porque havendo o deferimento, as ações e execuções, em regra, serão suspensas, mas a empresa continua nas mãos do empresário que, diante desse quadro “protetivo” poderá dilapidar a empresa, causando enorme prejuízo para a comunidade de credores. Devo registrar que as afirmações não se dirigem a nenhuma empresa a que tenho conhecimento, mas falo em tese, porque de fato isso pode acontecer. Por ora, melhor reconhecer que, como é de conhecimento geral, a boa fé é presumível, a má fé, não.

Por outro lado, há de se indagar qual seria o prejuízo na elaboração de laudo, mesmo que não exauriente, num tempo bastante reduzido, para dar maior tranquilidade às decisões de deferimento das recuperações judiciais?

Muitos dizem que ao magistrado não compete examinar a viabilidade da empresa, porquanto isso é tarefa dos credores após a apresentação do plano de recuperação judicial. Contudo, com o devido respeito, não há exame prévio da viabilidade da empresa, mas sim a situação em que se encontra e quais as perspectivas para o futuro. Afinal, nunca é demais lembrar que o efeito decorrente do seu deferimento é a imediata suspensão das ações/execuções em curso, com as devidas ressalvas legais. Por outro lado, não está a se dizer

que o juiz estaria previamente examinando o plano a ser apresentado aos credores. Ora, essa fase é posterior e estamos, ainda, no exame formal/substancial dos requisitos do art. 51 da Lei nº 11.101/05.

Por certo, muito há a dizer a respeito do tema, mas por ora, peço permissão ao leitor a transcrição de recente decisão de minha lavra sobre a questão posta em discussão, não com o objetivo de querer valer essa opinião, mas sim permitir uma ampla reflexão e, a partir daí, chegarmos a uma conclusão. Por uma questão ética, permito-me não citar os envolvidos nesse processo que, aliás, trilha por um bom caminho, mas sabemos que nas searas empresariais, qualquer deslize ou comentário mal interpretado pode resultar num enorme desastre para o desenvolvimento daquela atividade empresarial. Segue, então, a decisão:

“1- Como cediço, a recuperação de empresas visa assegurar a continuação de uma atividade empresarial que, mesmo viável, encontra-se em momentânea crise econômica. Assim, requerida a recuperação judicial cabe ao juiz, após verificação do cumprimento dos requisitos do art. 51 da Lei 11.101/05, deferir ou não seu processamento.

Nesse íterim, tão importante quanto à observância dos requisitos formais apontados acima, também se mostra essencial uma análise, ainda que não pormenorizada, da situação da empresa. Isto porque, a prudência demasiada é recomendável para que se defira o processamento da recuperação judicial, tendo em vista as consequências dele decorrentes.

Ademais, frisa-se que caso a empresa se mostre nociva, não sendo, de plano, viável o processamento da recuperação é dever do juiz indeferi-lo, sob pena

de violação ao objetivo atribuído pela Lei 11.101/05.

Deste modo, para que haja a análise prévia da viabilidade do pedido de processamento da recuperação é imprescindível o exame substancial do que dispõe o inciso I do art. 51 da Lei 11.101/05, não obstando o exame formal dos demais requisitos dispostos na Lei.

Para tanto, assinando-se o prazo de 10 (dez) dias, nomeio o Dr. XXXXXXXXXXXXX, para a análise da documentação acostada aos autos, objetivando verificar a situação que autoriza a proteção legal, sem prejuízo de eventual necessidade de exame de livros empresariais que se encontrem na sede da requerente.

Fixo seus honorários em R\$ XXXXXXX.

2- No que toca os documentos pessoais, mantenha-os acautelados em cartório.

Com a entrega do laudo, ao MP. Após, venham os autos imediatamente conclusos.

Intimem-se.”

Por fim, cabe esclarecer que o direito se resolve à luz do caso concreto, de forma que nem sempre tal providência se justifica. O juiz, a depender da hipótese, até mesmo em razão de fatos notórios, não necessitará da perícia prévia, ante evidências que revelam, de antemão, sua viabilidade.

FEITOS CONCURSAIS. FALA ISOLADA DOS CREDORES NOS PRÓPRIOS AUTOS. TUMULTO PROCESSUAL QUE SE PRETENDE EVITAR, ORGANIZANDO O PROCESSO COM A OBSERVÂNCIA DE PROCEDIMENTO NELA INSCRITO. CELERIDADE E, POR ISSO EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL.

Juiz Luiz Roberto Ayoub

Nos feitos concursais, tal como a Falência e a Recuperação Judicial, bem como em qualquer outro processo, a celeridade se impõe como forma de garantir a prestação jurisdição efetiva, evitando-se a obsolescência.

E exatamente no sentido de não se maltratar a imperiosa celeridade desses feitos concursais, uma questão, em especial, mostra-se importantíssima e que ainda não foi objeto, pelo que saiba, de uma ampla discussão. Por isso, sabedor das críticas que daí advirão, submeto à reflexão de todos uma questão tormentosa, da qual já tive a oportunidade de enfrentar, que é a manifestação isolada de credores nos próprios autos.

Com efeito, uma das maiores críticas que já pude constatar sobre a adoção do critério que a seguir proporei, resulta na retirada do credor do direito de voz no processo, violando, inclusive, o direito de petição.

A Recuperação Judicial e a Falência, com ou sem continuação de atividades, reclamam providências rápidas do magistrado que preside o processo. No primeiro caso, porque enferma, a empresa precisa se

blindar de atos judiciais que a tornem inviáveis, retirando da sociedade aquela célula responsável por geração de riquezas, empregos, e tudo mais que dela possa se esperar. Já nas hipóteses de falência, se for o caso de continuação, com outro empresário, ou mesmo, no caso de total inviabilidade e, assim, com a realização de ativos, numa ou noutra hipótese, a interferência indevida dos credores, DIRETAMENTE no processo, resultará, a meu juízo, em enorme prejuízo, até mesmo àqueles que postularam suas pretensões, porque dentro de um feito com numerosos volumes- algo comuníssimo em ações de natureza empresarial – facilmente o juiz deixará de examiná-la, pelo menos no tempo devido.

Ao se falar em retirar o direito de voz dos credores de forma isolada, não se quer pretender subtrair seu legítimo direito, mas sim permitir que o faça através de um procedimento que a própria lei criou, deixando que falem isoladamente nos autos, só e quando a lei permitiu, tal como ocorre nas hipóteses de objeções ao plano de Recuperação Judicial.

Feita a breve exposição, insisto em afirmar não ser saudável, e talvez até legal, essa postura de se manifestar isoladamente nos autos, transformando-os em verdadeiras pilhas de difícil manuseio e que, por certo, a todos causa um natural desespero, que se não é um fundamento jurídico, é uma reação natural de qualquer um.

Em suma, na forma da lei, submeto uma proposta que já utilizo em processos sob minha presidência, cujo sucesso na tramitação ainda não tenho condições de aquilatar por agora, mas certamente será uma forma respeitadora dos preceitos legais e, em especial, que organiza o processo. Nele, somente as petições que resultem do passo a passo do processo, com a participação do Administrador Judicial, a apresentação do Plano de Recuperação, a eventual objeção de credores (e aqui,

repito, a lei autorizou expressamente sua manifestação isolada), dentre outras.

Diz a lei 11.101/05, em seu art. 27, “d”, que uma das atribuições do Comitê de Credores é apurar e emitir parecer sobre quaisquer reclamações dos interessados. Ou seja, o autor, isoladamente, encaminhará sua manifestação/reclamação ao Comitê que, apresentando um parecer, o levará ao conhecimento judicial para imediata resposta. E nem se diga que a experiência tem revelado que os Comitês raramente são constituídos, prejudicando o procedimento proposto, porque o art. 28 estabelece que ante a ausência do referido Comitê, caberá ao Administrador Judicial substituí-lo.

Nessa perspectiva, determinar a autuação, em apartado, de procedimentos relativos às reclamações, individualizando-as, evita o ingresso de numerosas petições de credores isoladamente nos autos, tornando-o menos célere. O direito de voz estará garantido, mas o fará dirigindo sua manifestação/reclamação ao Comitê ou ao Administrador que, em seguida, emitirá seu parecer, trazendo-o ao juiz. Este, por sua vez, decidirá nos autos apartados, fazendo com que o processo concursal tenha andamento regular e célere.

Dessa forma, atende-se o comando legal sem subtrair o direito de manifestação de quem quer que seja, desde que, por óbvio, tenha legitimidade para fazê-lo. Um dado de importância significativa: o juiz, ao permitir que um credor fale isoladamente nos autos, fora, evidentemente, das hipóteses em que a lei permite, significa admitir que todos o façam, prejudicando a prestação jurisdicional efetiva e, com isso, comprometendo aquele feito que, como cediço, reclama enorme celeridade. Aos juízes com competência empresarial é de sabença comum que quando se fala em Recuperação Judicial ou Falência, fala-se em processos volumosos, de difícil manuseio, um

verdadeiro labirinto.

Permito-me transcrever recente decisão de minha lavra, organizando o processo com as balizas antes declinadas:

“Determino ao cartório que qualquer petição estranha ao regular andamento do processo de recuperação judicial, seja desentranhada, juntando-se em autos apartados e, ainda, observando o que ora declino.

Com efeito, o sistema recuperacional, ainda jovem, necessita do devido amadurecimento. Os feitos concursais, especificamente os empresariais, não podem sofrer retardamento, muito menos intervenções isoladas de credores, sob pena de maltratar o necessário dinamismo e, quanto à necessidade e celeridade, que deve ser empreendida aos feitos recuperacionais, o eg. STJ, no momento oportuno, apontará o rumo que os tribunais inferiores deverão trilhar.

Até que ulterior determinação ocorra, este juízo tem firme posição de que o credor, isoladamente, não deve participar do processo, sem que isso signifique retirar sua voz para oferecer qualquer manifestação.

O que se pretende, é organizar o processo, dando voz ao credor através do Comitê de Credores e, na sua falta, ao AJ, tudo na conformidade dos arts. 27, “d” e 28, ambos da LRE.

A cada reclamação, que deverá observar os artigos citados, o responsável elaborará parecer e trará ao conhecimento do juízo que preside o processo, formando autos suplementares para evitar o indesejável tumulto que entraria em rota de colisão

com a organização e celeridade dos processos de recuperação judicial.

O legislador, quando quis, autorizou que o credor falasse, em nome próprio, nos autos. Do contrário, não prevendo, penso, com objetivo de organizar o processo, entregou a referida tarefa ao Cômite ou, na sua ausência, ao AJ, como antes referido.

Assim, o processo, que é dinâmico, tem seu curso normal, sem turbulência, e não subtrai do credor de participar do processo. Contudo, o fará, na forma da lei, por intermédio de outro sujeito do processo.

Pensar diferente, além de causar insegurança jurídica, poderá tornar obsoleta a entrega da prestação jurisdicional, que amargará os males do tempo do processo. A organização, portanto, é a palavra chave: feito organizado, credor com direito de voz, mas não isoladamente nos autos, a não ser quando a lei autorizar.

É de se imaginar que a autorizar 1 credor a se manifestar isoladamente nos autos, sem observar o regramento contido nos já citados arts. 27 “d” e 28 da LRE, todos, sejam quantos forem, estarão igualmente autorizados a falar isoladamente nos autos. O processo, assim, estará fadado ao insucesso. Fala-se, mas na forma da lei !

Em arremate, ao se levar uma reclamação ao Cômite ou ao AJ, este virá aos autos, já com parecer sobre a reclamação, tornando mais célere a decisão judicial.

Por outro lado, tirante as hipóteses em que há autorização para que o autor fale isoladamente, o cartório - e desde já determino - deverá retirar dos autos, todas as petições em que credores apresentem

reclamações, formando autos suplementares e, a seguir, encaminhá-los ao Comitê, caso exista, ou ao AJ. Com a resposta e parecer, juntar-se-á a petição nos autos suplementares referentes àquele credor.

De igual forma, os relatórios mensais do AJ não deverão ser entranhados ao processo de recuperação, mas deverão seguir o mesmo padrão, qual seja, autos suplementares.

Ao cartório para providências necessárias. Ciência ao Administrador Judicial e MP. I-se.”

Vale registrar que o Tribunal de Justiça, ao analisar recurso contra a decisão impugnada, negou provimento, conforme se verifica no seguinte aresto:

“14ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RJ

AGRAVO DE INSTRUMENTO

PROCESSO Nº 0019573-97.2015.8.19.0000

AGRAVANTE: BANCO SAFRA S.A

AGRAVADOS: J.J. MARTINS PARTICIPAÇÕES S.A E OUTROS

INTERESSADO: ALVAREZ & MARSAL CONSULTORIA EMPRESARIAL DO BRASIL LTDA.

RELATOR: DESEMBARGADOR JOSÉ CARLOS PAES

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO EM-PRESARIAL. DECISÃO QUE DEFERE O PRO-CESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. REQUISITOS. PRESENÇA. PRINCÍPIO DA PRE-SERVAÇÃO DA EMPRESA. DECISÃO QUE SE MANTÉM.

1. Para o deslinde da questão, é necessário verificar os documentos acostados aos autos e as exigências previstas nos artigos 48 e 51 da Lei nº 11.101/2005, pois, presentes os requisitos legais, é direito subjetivo do devedor o processamento da recuperação.

2. Inicialmente, deve-se salientar que a Lei 11.101/2005, no artigo 47, dispõe que o objetivo da recuperação judicial é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo da atividade econômica. Incidência do princípio da preservação da empresa.

3. *In casu*, note-se que antes de deferido o processamento do pedido de recuperação judicial, o Juízo *a quo*, para análise prévia da viabilidade do pedido inicial, bem como dos requisitos legais, nomeou perito - prerrogativa do magistrado - de forma que a análise dos documentos constantes dos autos, a fim de auxiliá-lo acerca dos requisitos autorizadores do deferimento do processamento da recuperação judicial, deve se submeter à máxima de que o juiz é o destinatário final das provas, cabendo-lhe escolher profissional de sua confiança para auxiliá-lo.

4. Outrossim, o agravante não apresentou qualquer fundamento fático, nem técnico, hábil a refutar a capacidade do perito nomeado para o auxílio necessário, sendo certo que a insurgência manifestada se deu tão somente em razão da contrariedade com o desfecho alcançado.

5. No que tange ao trabalho realizado, o *expert*

concluiu pela presença dos requisitos legais para o deferimento do processamento do pedido, em relação a algumas das empresas autoras.

6. Frise-se que nesta fase processual, após juízo sumário de cognição, não se está concedendo o pedido inicial, mas tão somente deferindo seu processamento, motivo pelo qual nada obsta que, ao final, conclua o Juízo *a quo* pelo decreto de falência do devedor. Não se olvide que o Magistrado prolator da decisão agravada não descartou a análise da “questão relativa ao balanço”, alegada pelo recorrente, apenas impondo que seja apresentada a reclamação de que trata o artigo 27, I, “d” c/c artigo 28 da Lei 11.101/2005.

7. Já a primeira e sexta requerentes, em que pese a conclusão do perito de que não estejam em situação de estrangulamento financeiro que pudesse ensejar o deferimento do pedido de Recuperação Judicial, figuram como garantidoras de obrigações assumidas pelas demais sociedades.

8. Assim, ante ao disposto no artigo 49, §1º, da Lei 11.101/2005, segundo o qual os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso, a exclusão pretendida, por certo, comprometeria o procedimento de reorganização empresarial, como ressaltado pelo juízo de piso, haja vista que os credores direcionariam as demandas contra as sociedades garantidoras, que não teriam condição financeira, isoladamente, de satisfazer os créditos perquiridos, o que, aliás, também restou observado pelo perito. 3

. Outrossim, integram o mesmo grupo econômi-

co, conforme demonstra a prova documental produzida, inexistindo prova que refute a assertiva lançada, ressaltando-se que as autoras, ao que parece, exercem suas atividades sob unidade gerencial, com combinação de recursos a fim de viabilizar a realização dos respectivos objetos, denotando ser verossímil a alegação de que integram o mesmo grupo econômico. Precedente do TJRJ.

10. Neste diapasão, mantém-se a decisão recorrida, por melhor compatibilizar o princípio da preservação da empresa. Precedente do TJRJ.

11. Recurso que não segue.

PARÂMETROS PARA A NOMEAÇÃO DO ADMINISTRADOR JUDICIAL E FIXAÇÃO DOS SEUS HONORÁRIOS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Juiz Luiz Alberto Carvalho Alves

A Lei nº 11.101/05 que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, prevê no capítulo II, seção III, arts. 21 e seguintes, além das competências e responsabilidades que recaem sobre o administrador judicial, alguns parâmetros para a sua nomeação e a fixação de seus honorários na recuperação judicial.

Podemos transcrever os seguintes comandos legais aplicáveis ao tema:

Art. 21. O administrador judicial será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada.

Parágrafo único. Se o administrador judicial nomeado for pessoa jurídica, declarar-se-á, no termo de que trata o art. 33 desta Lei, o nome de profissional responsável pela condução do processo de falência ou de recuperação judicial, que não poderá ser substituído sem autorização do juiz.

Art. 24. O juiz fixará o valor e a forma de pagamento da remuneração do administrador judicial, observados a capacidade de pagamento do devedor, o grau de complexidade do trabalho e os valores prati-

cados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes.

§ 1º **Em qualquer hipótese, o total pago ao administrador judicial não excederá 5% (cinco por cento) do valor devido aos credores submetidos à recuperação judicial** ou do valor de venda dos bens na falência.

§ 2º Será reservado 40% (quarenta por cento) do montante devido ao administrador judicial para pagamento após atendimento do previsto nos arts. 154 e 155 desta Lei.

§ 3º O administrador judicial substituído será remunerado proporcionalmente ao trabalho realizado, salvo se renunciar sem relevante razão ou for destituído de suas funções por desídia, culpa, dolo ou descumprimento das obrigações fixadas nesta Lei, hipóteses em que não terá direito à remuneração.

§ 4º Também não terá direito a remuneração o administrador que tiver suas contas desaprovadas.

§ 5º A remuneração do administrador judicial fica **reduzida ao limite de 2% (dois por cento), no caso de microempresas e empresas de pequeno porte.** (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

Art. 25. Caberá ao devedor ou à massa falida arcar com as despesas relativas à remuneração do administrador judicial e das pessoas eventualmente contratadas para auxiliá-lo.

Mediante a leitura dos dispositivos supramencionados, podemos afirmar que a lei fixa como requisito legal para o exercício da função de administrador judicial ser profissional idôneo, e como parâmetros para escolha destes profissionais os que, de preferência, sejam advogados, economistas, administradores de empresas ou contadores, sendo o

rol de profissionais meramente exemplificativo, devendo prevalecer o profissional idôneo de confiança do juiz que preside a condução do procedimento recuperacional. Faculta, ainda, a possibilidade da nomeação de uma pessoa jurídica especializada na função.

Quanto à remuneração, cabe ao juiz fixar o valor e a sua forma de pagamento, tendo como parâmetros legais a capacidade de pagamento do devedor, o grau de complexidade do trabalho e os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes. Fixa como limite máximo da remuneração o percentual de 5% dos valores devidos aos credores sujeitos a recuperação judicial, sendo que na hipótese da devedora ser microempresa ou empresa de pequeno porte o limite máximo cai para o valor de 2% sobre a mesma base de cálculo.

A proposta deste trabalho, de natureza prática, é buscar transformar os parâmetros legais acima transcritos em critérios objetivos e efetivos no dia a dia do exercício da função jurisdicional, à luz dos Princípios Jurídicos que norteiam a matéria sem se afastar de seus aspectos econômicos e financeiros. Os operadores do Direito Empresarial não podem se afastar dos aspectos econômicos e financeiros sempre presentes nas relações jurídicas empresariais, sob pena de tornar o texto da lei letra morta, sem aplicabilidade e eficácia para atingir aos fins almejados.

Para que possamos entender a propositura pretendida no tema é necessário fazer uma rápida abordagem de como era tratado à matéria na legislação revogada, Decreto-lei nº 7.661/45. Quais eram os eventuais parâmetros existentes e, mais relevante, se eram efetivos e eficientes no procedimento da concordata, instituto que correspondia à recuperação judicial na legislação vigente.

Na legislação revogada, existia a figura do comissário, que atuava no Instituto da Concordata, seja ela preventiva ou suspensiva e a figura do síndico, na hipótese do procedimento falimentar, ambas com as funções análogas ao do administrador judicial prevista na Lei 11.101/05, seja na recuperação judicial seja na falência.

Como na legislação vigente, exigia-se para o exercício da função de comissário, ser pessoa de reconhecida idoneidade moral e financeira, porém entre os maiores credores (art. 60 c/c art. 161, VI do Decreto-lei 7661/45).

Não se exigia qualquer requisito de profissionalismo, bastando ser um dos maiores credores do devedor.

Na prática, tal dispositivo era de difícil cumprimento e sem efetividade, pois os credores não aceitavam o encargo em razão da complexidade do trabalho, grande responsabilidade e duvidosa remuneração, pois muitas das vezes a falência sobrevinha sem restar qualquer ativo para o pagamento dos credores.

O que se presenciava era o fato do juiz responsável pelo procedimento da concordata, após várias tentativas de buscar um credor para assumir o encargo, acabava nomeando, por ausência de opção, pessoa de sua confiança estranha ao quadro de credores para o exercício da função, geralmente advogados militantes na comarca, permanecendo todas as incertezas de sua eventual remuneração, atuando, geralmente, de forma gratuita na expectativa incerta do recebimento de uma remuneração futura se a empresa concordatária suportar ao final, deixando de atuar, por tais razões, com um zelo e profissionalismo necessário ao encargo.

Tal realidade fática contribuiu significativamente para a ausência

de efetividade e a ineficiência do instituto da concordata no Decreto-lei 7661/45, trazendo grande descrédito, pois concordata era sinônimo, no meio jurídico e social, de processos volumosos, morosos, sem solução e que só beneficiava empresários maus pagadores, desonestos e fraudadores.

Com o advento da Lei nº 11.101/05 que introduziu várias inovações e modificações regulando o estado de crise econômica, financeira e patrimonial das empresas e a sua eventual insolvência, principalmente a substituição da concordata pelo instituto da recuperação judicial, que se demonstra muito mais eficiente na busca do soerguimento da empresa em crise, com novos princípios e conceitos, e profissionalizando a figura do administrador judicial como auxiliar do juiz, podemos vislumbrar novos rumos na busca de se reparar a má ideia de que a antiga concordata e a sua atual sucessora recuperação judicial não cumprem com o objetivo jurídico-social de soerguimento da empresa em crise, permitindo a manutenção da fonte produtiva, do emprego dos trabalhadores, dos interesses dos credores estimulando a atividade econômica.

Nesta linha de raciocínio que se busca a fixação dos critérios para a nomeação e remuneração do administrador judicial, profissional que deverá exercer a sua função de forma ativa, auxiliando o juízo no cumprimento do princípio da preservação da empresa viável e da imediata liquidação das inviáveis, protegendo o ordenamento econômico.

Critérios objetivos de nomeação do Administrador judicial

Embora a lei faculte ao juiz nomear como administrador judicial pessoa jurídica ou pessoa física, deve-se, sempre que possível, optar

pela pessoa jurídica especializada, que pode e deve fornecer e indicar toda uma equipe interdisciplinar de profissionais que atuarão em conjunto e em seu nome, proporcionando maior celeridade, técnica e profissionalismo, evitando que o administrador, como pessoa física, tenha que utilizar da prerrogativa do art. 22, I, “h” da L.R.F. contratando profissionais para auxiliá-lo, só retardando e tumultuando o andamento do feito.

Dentre os profissionais indicados é relevante que figure entre eles pelo menos um dos sócios-gerentes da pessoa jurídica para fins de responsabilidade na condução dos trabalhos.

O administrador judicial, como pessoa física, se mostra mais razoável nas hipóteses de recuperação judicial de micro e pequenas empresas em que a complexidade do trabalho é menor e mais adequada a capacidade de pagamento do pequeno empresário devedor.

Cabe destacar que, embora com todos os esforços dos servidores públicos que atuam com liquidante judicial, temos que admitir a absoluta incapacidade, por ausência de recursos dos mesmos, em exercer a função de administrador judicial de forma ativa e célere nas recuperações judiciais, proporcionando, muitas vezes o insucesso do procedimento.

Critérios objetivos para a fixação dos honorários do administrador judicial

Na decisão em que o magistrado defere o processamento da recuperação judicial, nos termos do art. 52 da L.R.F, deverá nomear o administrador judicial e, também, fixar de plano a sua remuneração e

a forma de seu pagamento, observando os parâmetros do art. 24 da L.R.F. : capacidade de pagamento do devedor, grau de complexidade do trabalho e os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes, respeitando os limites de 5% ou 2% dos valores devidos aos credores, conforme já mencionado.

Embora o art. 52 e a própria Lei nº 11.101/05 não sejam claros e não imponham um momento exato em que o juiz deverá fixar o valor e a forma de pagamento da remuneração do administrador judicial, é de extrema importância a sua definição na decisão de deferimento do processamento da recuperação judicial em razão de que a empresa poderá, além de se manifestar diretamente quanto a sua capacidade de pagamento, analisada de forma sumária pelo magistrado, se planejar para assumir a despesa dentro de sua realidade financeira, buscando um valor razoável entre a sua capacidade e a complexidade do trabalho a ser desempenhado durante todo o período de 30 (trinta) meses de processamento regular da recuperação judicial.

Por sua vez, o valor fixado deverá ser parcelado, de regra em parcelas iguais, nos 30 meses subsequentes à decisão de deferimento do processamento da recuperação judicial, compreendendo os 180 dias (6 meses) definidos no art. 6º , parágrafo 4º , da L.R.F., em que o plano de recuperação judicial deverá ser aprovado, somados aos 2 (dois) anos em que a empresa permanece sobre fiscalização do administrador judicial quanto ao cumprimento das obrigações assumidas no plano, cabendo a sua extinção após o transcurso deste prazo, conforme arts. 61 c/c 63 da L.R.F.

A importância deste parcelamento é relevante tanto para empresa como para o administrador judicial, propiciando condições necessárias para o efetivo pagamento da remuneração de forma parcelada e programada, sem onerar excessivamente a recuperanda, e proporcionan-

do as condições financeiras para que o administrador judicial exerça sua atribuições durante todo o período.

Ao se definir a forma de pagamento da remuneração do administrador judicial em, no mínimo, 30 meses é relevante se destacar a inaplicabilidade do comando do art. 24, parágrafo 2º, da L.R.F. na recuperação judicial, sendo devida a reserva de 40 % da remuneração, a ser pago ao final, somente na hipótese do procedimento falimentar, pois o administrador judicial, no processo recuperacional, não é gestor de patrimônio e bens alheios, atua como mero fiscal das atividades da empresa, não tendo o dever de prestar contas como na hipótese do processo de falência onde este administra e aliena todo o ativo e patrimônio da empresa falida.

Cabe transcrever os seguintes acórdãos do TJRJ neste sentido:

0044372-20.2009.8.19.0000 (2009.002.41700)

-AGRAVO DE INSTRUMENTO

**DES. FERDINALDO DO NASCIMENTO - Julgamento:
09/03/2010 - DECIMA NONA CAMARA CIVEL**

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ADMINISTRADOR JUDICIAL. REMUNERAÇÃO. O MM. Juízo a quo fixou os honorários do administrador judicial em 1% (um por cento) dos débitos objeto da recuperação, a serem pagos em 24 (vinte e quatro) parcelas mensais. Posteriormente, o percentual em questão foi reduzido para 0,8%, com o qual as empresas em recuperação não manifestaram qualquer oposição. Da mesma forma, quedou-se inerte o Ministério Público, em virtude do que a questão restou preclusa, inexistindo fun-

damentos que justifiquem a modificação do referido percentual. No que concerne à reserva de 40% (quarenta por cento) da remuneração do administrador judicial, prevista no art. 24, parágrafo 2º, da Lei nº 11.101/2005, trata-se de exigência destinada aos procedimentos de falência, nos quais o administrador funciona como gestor dos bens do falido. Na recuperação judicial, o principal papel do administrador judicial consiste na fiscalização das atividades do devedor e no cumprimento do plano de recuperação. Infere-se do art. 22, inciso II, alínea c, da Lei nº 11.101/2005 que, na recuperação judicial, a prestação de contas do administrador judicial se refere às atividades da recuperanda e não de sua administração. MANTENÇA DA R. DECISÃO AGRAVADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

É relevante destacar, na decisão de fixação do valor dos honorários do administrador judicial, se este compreende apenas a remuneração de seu trabalho propriamente dito, ou engloba todas as despesas necessárias e regulares para o desempenho da função do administrador judicial, inclusive com o apoio da equipe interdisciplinar.

Embora a legislação seja omissa, tem-se mostrado na prática a absoluta conveniência que o juiz ao fixar à remuneração do administrador judicial já leve em conta todas as despesas necessárias que este terá que realizar no desempenho de suas funções, como emissão de correspondências aos credores, transporte, alimentação e outras, desde que estejam dentro de um grau de despesa regular, razoável e prevista ou, ao menos, previsível. Neste contexto, inclui-se o pagamento dos profissionais auxiliares e de apoio, tornando o procedimento mais célere e efetivo, razão pela qual, sempre que possível, devemos optar pela nomeação de uma pessoa jurídica especializada com toda esta

estrutura ou física que possua sua equipe própria.

Por fim, devemos destacar que o valor e a forma de pagamento da remuneração do administrador judicial devem ser periódicas, proporcionando condições de autonomia financeira ao administrador judicial de efetivamente fiscalizar e acompanhar toda a atividade da empresa em recuperação judicial, visando trazer ao juízo a verdadeira situação econômica, financeira e patrimonial da empresa, sendo esta atuação transparente verdadeira garantia para os credores quanto as reais pretensões da empresa em recuperação, inclusive para exercerem o direito de voto na aprovação ou rejeição do plano de recuperação. Não se pode tolerar mais a atuação do administrador judicial como mero chancelador de informações trazidas pela recuperanda aos autos, dando azo aos maus empresarias em se utilizarem da recuperação judicial como meio fraudulento de não honrar com as obrigações pactuados com seus credores.

Por outro lado, o valor e a forma de pagamento da remuneração mencionado acima devem ser compatíveis com a capacidade de pagamento da empresa. Não restando presente a capacidade mínima da empresa em suportar tais despesas em seu processo de recuperação judicial, proporcionando ao administrador judicial uma atuação ativa, tem-se que chegar a conclusão que esta já se encontra em estado de insolvência e inviável de se soerguer com o procedimento recuperacional.

Conclusão

Embora a Lei nº11.101/05 complete dez anos de existência, devemos reconhecer que o Brasil, nestes últimos anos, viveu em uma rela-

tiva prosperidade econômica e financeira não se exigindo, até agora, a efetiva aplicação do ordenamento jurídico referente à recuperação judicial, com um número reduzido de requerimento do benefício legal.

Contudo com a crise econômica global e, mais especificamente, a crise econômica, financeira e política que vivemos no Brasil este ano, o número de requerimentos de recuperação judicial já aumentou consideravelmente, sendo que as previsões futuras não são nada animadoras.

Cabe ao Poder Judiciário, neste momento, estar pronto para enfrentar este desafio de colocar em prática todo o instituto da recuperação judicial, buscando o soerguimento das empresas viáveis e a liquidação imediata das inviáveis que já se encontra em estado de insolvência, protegendo a ordem econômica.

Para tanto, um dos principais instrumentos conferidos pela lei ao Juiz, que preside o procedimento de recuperação judicial, para lhe dar efetividade é a figura do Administrador Judicial, que deverá ser profissional especializado, com condições mínimas estruturais e financeiras para atuar com independência e autonomia, sendo uma garantia do juízo e dos credores quanto à transparência da verdadeira realidade da crise econômica, financeira e patrimonial em que a empresa requerente atravessa.

Por sua vez, a empresa que não possui capacidade mínima de pagar a remuneração do Administrador Judicial para que atue nestas condições já se encontra em estado de insolvência, não sendo hipótese de deferimento ou prosseguimento do procedimento recuperacional.

Rio de Janeiro, 06 de agosto de 2015.

MATÉRIA

Processual



O DESAFIO DE UNIFORMIZAR A JURISPRUDÊNCIA E O PAPEL DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 – NOVOS DESAFIOS

Juiz Antonio Aurelio Abi-Ramia Duarte¹
Maria Eduarda de Oliveira Brasil²

Área de Concentração: Direito Constitucional; Direito Processual Civil.

Resumo: Este estudo busca examinar os contornos da problemática da uniformização da jurisprudência brasileira e a necessidade de um tratamento adequado do tema. Trabalha com os princípios fundamentais que cercam a discussão e com o esforço normativo empreendido para resolvê-lo, principalmente com o Código de Processo Civil de 2015 e a Teoria dos Precedentes.

Palavras-chave: Uniformização de jurisprudência; princípios; Código de Processo Civil de 2015; Teoria dos Precedentes.

Abstract: This article intends to examine the outlines of the Brazilian jurisprudence uniformization problematic and the need of an appropriate treatment of the subject. It works with the essential principles concerning the discussion and with the normative effort to solve

1 Juiz de Direito Auxiliar da Presidência do TJERJ, Mestre em Processo pela UERJ, Expositor e Professor da Pós Graduação de instituições como EMERJ, ESMARF, ESAJ, IBMEC, UNESA E FEMPERJ. Membro do IBDP e do Instituto Carioca de Direito Processual. Autor de livro e artigos publicados em revistas especializadas.

2 Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogada.

it, mainly by the 2015 Civil Procedure Law and the Theory of Precedent.

Key-words: Jurisprudence uniformization; principles; 2015 Civil Procedure Law; Theory of Precedent.

Sumário: I. Introdução; II. O Direito Processual Constitucional e sua matriz principiológica; II.I. Os princípios sob a ótica da uniformização de jurisprudência. Desafios; III. A uniformização de jurisprudência no Direito Positivo brasileiro; III.I. O sistema do Código de Processo Civil de 1973; III.II. A nova sistemática do Código de Processo Civil de 2015. Teoria dos Precedentes; IV. Conclusão; V. Referências bibliográficas

I. INTRODUÇÃO

O Direito Processual Civil encontra-se em constante mutação, na tentativa de acompanhar as mudanças sociais que, de alguma maneira, devem encontrar reflexo na Justiça e no mecanismo de que se valem os indivíduos para buscar a concretização de seus direitos: o processo. O processo é nossa pedra de toque.

A própria edição de um novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) corrobora tal anseio da sociedade por maior igualdade de tratamento, no mundo jurídico, para seus dilemas e questões. A quem cabe certo direito, a quem assiste razão, quem deve sujeitar-se à esfera jurídica de quem? Sem um processo calcado em valores fundamentais à ordem jurídica brasileira e ao próprio Estado Democrático de Direito, a sensação transmitida seria a do mais puro desamparo da população, à deriva em revolto mar de interesses em conflito.

O presente estudo procura analisar a importância que ditos valores fundamentais assumem quando inseridos na seara processual e,

mais especificamente, no campo de fenômeno tratado pela conhecida expressão *uniformização de jurisprudência*.

II. O DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL E SUA MATRIZ PRINCIPOLÓGICA

Após a Segunda Guerra Mundial, o mundo passou a assistir a um fenômeno progressivo de constitucionalização do Direito Processual, como uma das características do Direito contemporâneo. A segunda metade do século XX presenciou verdadeira reestruturação da atividade jurisdicional do Estado, vista não só como função jurídica, mas também social e política. Surgiu e fortaleceu-se, de mais em mais, uma concepção publicística e instrumental do processo, “*como meio de conferir efetividade à tutela dos direitos materiais*”.³

De um lado, os textos constitucionais passaram a incorporar normas de cunho processual, inclusive sob o *status* de direitos fundamentais e, portanto, cláusulas pétreas. Em contrapartida, passaram as normas processuais infraconstitucionais a ser analisadas como concretizadoras das disposições constitucionais.⁴

Observa-se, nesse cenário, que a Carta de 1988, símbolo da história democrática brasileira e marco decisivo para a consolidação do maior período de estabilidade política do país⁵, trata de aspectos,

3 (grifo do autor) THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A constitucionalização do processo no Estado Democrático de Direito*. In: *Novo CPC: reflexões e perspectivas*. GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; CÂMARA, Alexandre Freitas (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 165.

4 Nesse sentido, DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013, pp. 32-33.

5 Características apontadas por BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 1ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 360.

mais ou menos relevantes, de todos os principais ramos do Direito infraconstitucional, dentre os quais o Processo Civil. Com isso, adquire a norma constitucional caráter subordinante sobre tais subsistemas.⁶

Tudo isso aponta para a gradual construção de uma concepção justa, adequada e efetiva do processo e da tutela jurisdicional, funcionando o Código de Processo Civil como concretização daqueles direitos fundamentais de natureza processual estabelecidos na Constituição. Teria, assim, o Diploma de Processo suas linhas básicas traçadas na ideia em si de Estado Constitucional.⁷

O Direito, portanto, e cada vez mais, busca trabalhar com base em valores que informem todos os seus ramos e áreas de interesse. Trata-se de conteúdo normativo amplo, que visa traçar fins a serem atingidos. São os princípios.

Interessa, aqui, destacar uma diminuta, porém significativa, parcela de tão vasta gama principiológica, de sorte a melhor desenvolver o tema da uniformização de jurisprudência, seus desafios e as conquistas almejadas pelo Processo Civil brasileiro.

6 Desenvolvendo tal raciocínio, Barroso afirma que *“Com efeito, à medida que princípios e regras específicos de uma disciplina ascendem à Constituição, sua interação com as demais normas daquele subsistema muda de qualidade e passa a ter um caráter subordinante. Trata-se da constitucionalização das fontes do Direito naquela matéria. Tal circunstância, nem sempre desejável, interfere com os limites de atuação do legislador ordinário e com a leitura constitucional a ser empreendida pelo Judiciário em relação ao tema que foi constitucionalizado.”* BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. Pp. 361-362.

7 É tal a conclusão de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, que complementam: *“Da ideia de Estado Constitucional, que é um Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF), já ressaem três diretrizes fundamentais para construção de um Código de Processo Civil: o direito processual civil deve ser construído à base dos princípios da segurança jurídica, da igualdade de todos perante o Direito e do direito à participação no processo.”* MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. PP. 15-16.

II.I. OS PRINCÍPIOS SOB A ÓTICA DA UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. DESAFIOS

Embora seja impossível afirmar-se a importância de apenas um ou poucos princípios, não se mostra leviano destacar que, dentre os mais variados que se apresentam na tarefa, é o princípio da isonomia ou da igualdade processual material ou substancial um dos que mais atenção clama.

Sob sua égide, o processo, ainda mais sob o enfoque constitucional, deve ser aparelhado de modo a poder promover uma igualdade real e efetiva entre as partes. Não se coaduna com tal perspectiva e com a própria noção de Estado social de direito um processo de raízes individualistas, a consagrar como valor absoluto a autonomia dos litigantes e, com isso, relegar a segundo plano o fim em si da atividade jurisdicional: a solução das controvérsias.⁸

A decisão deve ser justa, assim entendida aquela que corresponde à realidade fática submetida a julgamento, e deve levar à pacificação dos conflitos.⁹ O caminho que a ela leva, por sua vez, nada mais é do que o processo, construído sobre bases dialéticas (Estado Democrático de Direito), e não sobre eventual superioridade econômica ou técnica de uma das partes, em prejuízo da outra. Isso violaria a igualdade de tratamento exigida pelo legislador, tanto em aspecto formal quanto

8 Tal como disposto em BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 104 e 106.

9 Sobre a justiça necessária à decisão, Bedaque esclarece: “Não se pode esquecer que a ciência processual evoluiu. Com o tempo, a visão dos problemas processuais tem se modificado, Hoje pensa-se mais em justiça e menos em técnica ou ciência processual. Para que a decisão seja substancial e qualitativamente justa, não basta assegurar às partes exclusividade de iniciativa no processo, ainda que com garantia de ampla participação. É preciso buscar, pelo processo, a aplicação correta e racionalmente justificada do direito. Para atingir esse objetivo, fundamental é a preocupação com a verdade dos fatos. Somente a solução baseada em fatos verdadeiros pode ser considerada justa.” (grifo do autor). BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit. P. 113.

em aspecto material, uma vez quebrado o adequado equilíbrio entre os litigantes.¹⁰

É importante destacar que esse mesmo processo, cuja dialeticidade aqui se defende, não pode prescindir de efetividade, princípio estampado no novo Código¹¹ e que preza pela realização do direito afirmado pela parte e reconhecido judicialmente, ao fim do que se entende por um processo devido. Indo mais além, é possível mesmo defender-se a necessidade de um processo não só efetivo, mas também eficiente, ou seja, que atinge tal resultado de modo satisfatório, em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos.¹²⁻¹³

Todavia, não seria possível pugnar por uma relação processual efetiva, eficiente e dialética, se, no fundo da questão, não se trabalhasse com uma igualdade real, substancial entre as partes. Um modelo cooperativo de processo e, mais além, o próprio Estado Constitucional não se sustentariam sem a isonomia.

Para se chegar a uma decisão justa, tal como já vista, e por intermédio de um processo também justo, são elementos imprescindíveis o direito à igualdade (art. 5º, I da Constituição) e o direito ao contraditório (art. 5º, LV). O desenrolar dos atos perante o Poder Judiciário, para tanto, deve se dar de maneira democrática, com paridade

10 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit. PP. 108 e 111.

11 “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

12 DIDIER JR., Fredie. *Apontamentos para a concretização do princípio da eficiência do processo*. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; CÂMARA, Alexandre Freitas (coord.). Op. cit. PP. 160-161.

13 Para Alexandre Câmara, “A preocupação do processualista deve ser descobrir meios capazes de garantir uma prestação jurisdicional capaz de satisfazer o titular das posições jurídicas de vantagem que busca, no Judiciário, abrigo para suas lamentações e pretensões.” CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. 1. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 47.

de armas entre os litigantes.14-15

Nesse ponto, cumpre trazer à tona a sempre pertinente diferenciação entre a igualdade em seu sentido formal e a igualdade em sua acepção material ou substancial. Ao passo que a primeira assegura tratamento igual entre todos perante a lei, a segunda admite discriminações necessárias para, de fato, igualarem-se os desiguais.

A visão que aqui se emprega é, naturalmente, a segunda. Afinal, em um mundo tão plural, seria da mais pura ingenuidade a crença na igualdade absoluta entre as pessoas. É preciso, do contrário, reconhecer-se que as realidades de cada um são distintas, pois influenciadas pelos mais variados fatores econômicos, sociais e culturais.16 E, diante de tal quadro, aceitar que tratamentos diferenciados serão, por vezes, essenciais para que se neutralizem as diferenças. Cabe lembrar a célebre frase, atribuída a Aristóteles: tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.17

14 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit. P. 74.

15 Sobre a paridade ou igualdade de armas, Cassio Scarpinella Bueno sustenta tratar-se de forma de tratamento do princípio da isonomia que bem evidencia “a necessidade de oferecimento de iguais oportunidades aos litigantes ao longo do processo. Não há como conceber, nestas condições, instrumentos processuais não uniformes, não iguais, não equivalentes para as partes.” BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. Vol. 1. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 145.

16 Câmara sustenta posicionamento semelhante. Observe-se: “Volta-se, assim, ao ponto de partida, qual seja, a afirmação contida na Constituição de que ‘todos são iguais perante a lei’. Tal afirmação só pode ser aceita como uma ficção jurídica, visto que a igualdade entre as pessoas na verdade não existe. Todos somos diferentes, e as diferenças precisam ser respeitadas. A norma que afirma a igualdade de todos só será adequadamente interpretada quando se compreender que a mesma tem por fim afirmar que, diante das naturais desigualdades entre os homens, o ordenamento jurídico deve se comportar de modo capaz de superar tais desigualdades, igualando as pessoas. É, pois, dever do Estado assegurar tratamento que supra as desigualdades naturais existentes entre as pessoas. Somente assim ter-se-á assegurado a igualdade substancial (e não meramente formal) que corresponde a uma exigência do processo justo, garantido pela cláusula *due process of law*.” (grifos do autor) CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições*. Vol. 1. Op. cit. Pp. 51-52.

17 Olavo de Oliveira Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira abordam a igualdade material como “representada por uma equivalência no mundo empírico ou, em se tratando de processo, no bojo do próprio processo”. NETO, Olavo de Oliveira; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Princípio da isonomia*. In: LOPES, Maria Elizabeth de Castro; NETO, Olavo de Oliveira (coord.). *Princípios processuais civis na Constituição*. 2ª

O tema da igualdade se mostra tão relevante porque, muito comumente, é feita sua conexão com a justiça, embora a esse conceito não se limite. Esbarra-se no desafio de equalizar possibilidades e oportunidades para indivíduos singulares, todos vetorizados em direção a uma vida imbuída por valores de justiça e moralidade. Não haver justiça significaria não haver norte, sentido, direção.

Tal demanda por justiça, inclusive, apresenta interessante evolução histórica, que aqui merece destaque, por ter despontado com a promulgação da Constituição de 1988. Seja pela redescoberta da cidadania no pós-ditadura militar, seja pela conscientização da sociedade em relação aos seus próprios direitos, a ordem constitucional inaugurada naquele ano trouxe o crescimento vertiginoso e progressivo do anseio social por justiça.¹⁸

Aliados a isso, fatores como a criação de novos direitos, de novas ações e de novas possibilidades de tutela de interesses tornaram o Judiciário um importante símbolo no ideário da coletividade, a desempenhar papel fundamental no fenômeno conhecido como judicialização das questões políticas e sociais.¹⁹ Isto é, verificada a ascensão institucional desse Poder, dele passou-se a esperar a pacificação de cada vez mais conflitos, a resolução de um número cada vez maior de controvérsias.

Ao Poder Judiciário, nesse contexto, apresenta-se o grande desafio da igualdade. Como seus membros, ao contrário daqueles dos demais Poderes, não são eleitos pela população, o debate acerca de sua representatividade está sempre em voga. É, portanto, imperioso que a

reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 141.

18 BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. P. 383.

19 BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. P. 383.

prestação jurisdicional trabalhe contra o enorme distanciamento experimentado pelas classes mais desfavorecidas em relação ao sistema formal de justiça.²⁰

As lutas a serem travadas são as mais variadas. Não são poucos os fatores de ineficiência que impregnam a atividade desse Poder, tais como demora excessiva, custos elevados e notória burocracia. A esse respeito, inclusive, é possível tecer muitas considerações, na esteira do novo Código, que traz o fortalecimento da instrumentalidade do processo e a flexibilização procedimental.

O resultado é um só: o Judiciário, hoje, se encontra, por suas próprias falhas estruturais, em desprestígio face à sociedade. Uma das faces dessa crise é o tema em foco, qual seja, a desigualdade do tratamento que dispensa a uns e outros jurisdicionados, a colimar na quebra da confiança e da legitimidade que lhe interessaria inspirar.

Nesse cenário, no particular da uniformização de jurisprudência, pensemos na seguinte situação: um cidadão, leigo na área jurídica, sofre algum infortúnio ao adquirir certa mercadoria de grande rede do varejo. Busca, então, o socorro daquele tido como o competente para trazer-lhe a solução do problema – o Judiciário -, em quem deposita suas esperanças e clamores por justiça.

Após um verdadeiro calvário de trâmites processuais burocráticos, recursos e um considerável lapso de tempo decorrido (tema que, por si só, daria páginas e páginas de dissertação), enfim recebe uma pequena quantia a título de compensação pelo mal causado. Talvez nem se contente, por achar que todo o transtorno lhe valia maior soma, mas acaba decidindo que é melhor por fim, de vez, àquela aventura em

²⁰ TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 50.

terras tão desconhecidas.

Sucede, entretanto, que seu vizinho, que também adquirira tal produto e também ingressara com um pleito jurisdicional, chega a casa, no mesmo dia, bradando aos quatro ventos sobre a quantia astronômica que ganhou, em decisão do mesmo Tribunal que julgara a causa do primeiro indivíduo. O mesmo caso com dois finais diametralmente opostos, e pior, que ocorrem todos os dias.

Que lhe parecerá esse resultado? Decerto, nada justo. É mesmo difícil explicar ao cidadão, ainda mais ao leigo e carente, como um mesmo quadro fático pode gerar efeitos tão díspares, e como isso se coadunaria com um Estado Democrático de Direito. Porque, em verdade, não se coaduna. Isso é a negativa da mais basilar justiça.

Obviamente que não se ataca, aqui, a liberdade de convencimento inerente a cada juiz, exatamente por sua condição de ser humano que, inserido no mundo, dele tem percepções as mais diversas e particulares. Todo indivíduo deve ser livre para interpretar como quiser os fenômenos a sua volta e, por essa lógica, também o magistrado o é, para interpretar a lei.

Entretanto, como de tal garantia surge o problema ora abordado, com as mais variadas interpretações acerca de uma mesma norma gerando decisões por vezes conflitantes, a situação é, no mínimo, delicada. O equilíbrio a ser buscado não é de fácil alcance, sendo o caminho sinuoso e repleto de momentos em que se pode tender a um ou outro lado, em extremismos indesejados.

Eis a importância de um trabalho sério e comprometido com a uniformização da jurisprudência pátria. A partir da criação e da implementação de mecanismos que permitam aos Tribunais, paulatina-

mente, consolidar seus entendimentos acerca de tais e quais matérias, situações como a narrada (que, ainda que hipotética, bem se sabe o quão corriqueira é) tornar-se-ão cada vez mais raras, até, utopicamente, desaparecerem por completo.

Esse é o caminho que se defende como o mais proveitoso a ser seguido, para ambos os lados. Para o Judiciário, é fundamental fortalecer sua imagem como guardião dos direitos e garantias individuais do cidadão, a exalar prestígio no exercício de tão crucial serviço público. Já para o jurisdicionado, é importante sentir-se amparado nos seus justos anseios e, verdadeiramente, confiar que uma solução justa será dada ao seu processo, operando-se, via tutela jurisdicional, a pacificação social abraçada pelo Direito.

Mas não é só abordando o princípio da isonomia que será possível galgar passos maiores. Entrelaçado a ele e na mesma linha do que acima se explanou, tem-se o também basilar *princípio da segurança jurídica*.

A segurança jurídica é valor fundamental à própria noção de Estado Constitucional, tal qual a isonomia.²¹ A ordem jurídica deve ser certa e dotada de estabilidade, de modo a permitir que a sociedade saiba como orientar suas condutas e que pode contar, eventualmente, com a sua realização coercitiva.²²

É esperado, pois, do Poder Público que se porte de maneira coerente com comportamentos e diretrizes anteriormente fixadas e seguidas, para que permita à população construir relações jurídicas e

21 Isso leva Marinoni e Mitidiero a sustentarem que “*Não há Estado Constitucional, que é Estado de Direito qualificado pela forma constitucional e pelos direitos fundamentais, sem segurança jurídica e sem igualdade perante o Direito.*” MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. Cit. P. 16.

22 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. Cit. P. 16.

desenvolver sua própria personalidade, sem temer uma surpresa (aqui entendida como negativa) de uma nova e contraditória conduta a afetar o sistema.

Como dimensão subjetiva do princípio da segurança jurídica, o *princípio da confiança* com ele deve ser trabalhado, à medida que constituem, ambos, faces complementares da mesma questão, sendo fundamentados no Estado de Direito: o primeiro, enquanto aspecto geral, visão macro; e o segundo, enquanto aspecto individual, visão micro.

Como destacado por Fredie Didier Jr., “*O princípio da proteção da confiança impõe que se tutele a confiança de um determinado sujeito, concretizando-se, com isso, o princípio da segurança jurídica*”.²³

Fica fácil, então, visualizar-se que a descontinuidade da vigência ou dos efeitos de certo ato frustra as expectativas daquele que, exercendo sua liberdade, optara por confiar na validade do ato. E frustrar a confiança acaba sendo nada mais, nada menos do que violar outro princípio, o *princípio da boa-fé*.²⁴

A transposição deste conhecimento para o campo do presente estudo se mostra deveras simples. O processo deve ser visto como criador de ato normativo, o qual, como qualquer outro, serve de base à confiança que se quer proteger. Acrescenta-se a isso o fato de a decisão judicial ser dotada da particular estabilidade da coisa julgada, tendo sido proferida a partir do pleno exercício do contraditório. Chega-se, enfim, à conclusão de que o provimento jurisdicional se revela como um ato normativo digno de considerável credibilidade.²⁵

23 (grifo do autor) DIDIER JR. Fredie. *Curso*. Op. cit. P. 98.

24 DIDIER Jr., Fredie. *Curso*. Op. cit. Pp. 98-99.

25 DIDIER Jr., Fredie. *Curso*. Op. cit. P. 102.

Nesse sentido, não apresenta maiores dificuldades o raciocínio que aponta que a vasta gama de posicionamentos jurisprudenciais distintos e, por vezes, incompatíveis, a propósito de um só fato ou norma, causa perplexidade e insegurança jurídica no meio social.²⁶ O cidadão que busca a tutela jurisdicional para certa questão, por vezes, acaba tendo a sensação de ter se atirado em um labirinto, às cegas, sem saber o que esperar em sua demanda.

É curioso, para utilizar-se de eufemismo, que, muitas vezes, esse desamparado e perdido jurisdicionado, em primeiro lugar, só recorreu ao Judiciário por conta de entendimento jurisprudencial supostamente sedimentado que lhe seria favorável. Qual não é seu espanto quando, justamente na sua oportunidade de obter um provimento jurisdicional, o posicionamento do Tribunal se altera radicalmente !

Por outros dizeres, a multiplicidade de decisões que divergem sobre temas semelhantes e as corriqueiras mudanças repentinas de posicionamentos levam a um quadro em que, para o jurisdicionado, faz-se absolutamente imprevisível a interpretação da lei pelo Estado-juiz.

Os aspectos nocivos que daí derivam, tanto para o Direito quanto para a sociedade, são inúmeros, perpassando o descrédito da atividade jurisdicional e o reforço do senso-comum de que o Judiciário se esconde por trás de injustiça, instabilidade e insegurança jurídica.²⁷

26 DAUDT, Simone Stabel. *Uniformização e estabilidade da jurisprudência: um estudo do Anteprojeto do novo Projeto do Código de Processo Civil Brasileiro e da atual realidade brasileira*. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11886&revista_caderno=21#_ftn13> Acesso em 06 de abril de 2015.

27 “Afinal, o cidadão, que deveria acreditar no Judiciário e considerá-lo como a última esperança para a realização da ‘justiça’ — proteção daquele que efetivamente seja o titular do direito violado ou ameaçado — deixa de reconhecer, nesse Poder tão importante, a seriedade, a imparcialidade e a segurança que dele esperavam.” REDONDO, Bruno Garcia. *Precedente judicial no direito processual civil brasileiro*. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial: volume 2*. São Paulo: RT, 2014. v. 2, p. 167-188.

Não há como se imaginar que tenha sido esse o fito da Constituição de 1988 ao fornecer tão potente aparato a este Poder. Afinal, essa falta de estabilidade e de previsibilidade não poderia ser mais antidemocrática.

Fica cristalina, assim, a estreita correlação entre os princípios da segurança jurídica, da confiança e da boa-fé e uma necessidade premente que tem a sociedade de saber o que esperar da jurisdição. Isso, de seu turno, só é possível quando as decisões passarem a prezar pela uniformização, na esteira de posicionamentos já consolidados.

Interessante, no ponto, a reflexão posta por Hermes Zaneti Jr.: *“Existindo um Poder Judiciário, devem haver meios de controle sobre a racionalidade de suas decisões de forma a garantir a uniformidade e a continuidade do direito para todos os casos análogos futuros.”*²⁸

Sustenta-se, nesse ponto, a importância de que um esforço intenso seja empenhado, tanto em termos de jurisprudência nacional, pelas Cortes Superiores, quanto em sede local, com os Tribunais locais e magistrados de 1ª instância. A falta de uniformidade é patologia, ironicamente, democrática: atinge a todos os órgãos julgadores do país.

Uniformizar se mostra tarefa imprescindível e cada vez mais urgente. O descrédito da função jurisdicional, a que se tem assistido, deve ser sanado, para que se possam ter como calculáveis e previsíveis os atos do Poder Público e, via de consequência, se tenha um Estado Constitucional mais forte.

Uma tutela justa, enfim, dentro de um sistema coerente e coeso,

28 ZANETI JR., Hermes. *Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil; universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil*. Revista de Processo, vol. 235/2014, setembro/2014, p. 293.

concretiza a garantia do pleno acesso à jurisdição, e não pode ser outra que não a que atenda aos clamores sociais por justiça, isonomia, segurança jurídica e eficiência.

Nesse momento, evidente se mostra ainda outro princípio, igualmente entrelaçado à temática, a saber, o *princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional* ou *do acesso à justiça* ou, ainda, *da efetividade da jurisdição* (art. 5º, XXXV da Carta).

Por seu intermédio, tem-se que é garantido a todo aquele que se sentir ameaçado ou lesado em direito seu o acesso aos órgãos jurisdicionais, garantia fundamental inafastável pela lei. A norma, portanto, dirige-se, pelo menos em análise primeira, ao legislador, que fica proibido de impedir ou restringir demasiadamente esse acesso, sob pena de ter envidado esforços para a elaboração de uma lei inconstitucional.

Todavia, o melhor estudo a respeito deste princípio não pode desconsiderar outro destinatário de seus comandos: o juiz. Fica estabelecido o dever constitucional do Estado, pelo Poder Judiciário, de tutelar os direitos de fato ameaçados ou lesados, tutela não apenas formal, mas efetivamente apta à proteção. Faz-se mister, aqui, a remissão à supracitada importância da efetividade do processo, enquanto instrumento capaz de garantir o resultado prático visado pela parte a quem assiste razão.

Expressa-se Câmara, nesse sentir, com os seguintes dizeres: *“Em outras palavras, ao direito que todos têm de ir a juízo pedir proteção para posições jurídicas de vantagem lesadas ou ameaçadas corresponde o dever do Estado de prestar uma tutela jurisdicional adequada”*.²⁹

Destarte, fica clara a conexão da norma com o cenário desenhado:

29 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições*. Vol. 1. Op. cit. P. 57.

se o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional tem como corolário a prestação, por parte do Estado, de uma atividade jurisdicional adequada à tutela de direitos, não se pode conceber que o mesmo esteja sendo respeitado em meio ao caos jurisprudencial em que se encontram soterrados os Tribunais brasileiros.

Afinal, seria impensável definir como “adequada” a tutela que, para casos de similitude impressionante, confere respostas díspares, quando não opostas. Isso contrariaria o próprio significado do adjetivo “adequado”, tal como apontado pelo Dicionário Priberam da Língua Portuguesa: “*Que é bom ou próprio para determinado efeito, lugar ou objectivo*”.³⁰

Quando o Poder Judiciário, em sua atividade-fim, não abriga os jurisdicionados sob o manto da certeza de soluções condizentes e harmônicas, ou seja, quando não mostra à sociedade a uniformidade de entendimentos que dele se espera, pelo bem de todos os princípios e valores basilares apontados *retro*, não atua de modo adequado. Ao contrário, age em desfavor de sua própria função constitucional, em prejuízo dos efeitos que deveria produzir, tais como a pacificação dos conflitos e a decisão permanente das controvérsias.

Deve-se ter em mente que uma das enunciações do princípio constante do art. 5º, XXV da Constituição é, justamente, *efetividade da jurisdição*. Logo, a tutela que se espera do Estado Constitucional é aquela apta a produzir resultados efetivos, concretos, aplicáveis no plano exterior ao processo³¹ e que, além disso, prezem pelo equilíbrio e pela confiabilidade do sistema jurisdicional.

30 “A-de-qua-do (particípio de adequar) – adjetivo – 1. Que se adequou. 2. Que é bom ou próprio para determinado efeito, lugar ou objectivo.” Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. Disponível em <www.priberam.pt/dlpo/adequado> Acesso em 15 de abril de 2015.

31 BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit. P. 160.

Como se pode ver, enfim, não faltam princípios a orientar a atuação do Judiciário. Por outro lado, como em irônica resposta a esse arcabouço, sobram desafios a serem enfrentados. As lutas são muitas, são intensas e tratam de uma infinidade de questões, dos simples detalhes aos problemas mais complexos. Entretanto, como o enfoque deste estudo recai apenas sobre uma delas – a uniformização da jurisprudência –, os tópicos vindouros buscarão definir-lhe melhor os contornos para, assim, edificarem-se conclusões a seu respeito.

III. A UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

O cenário traçado no tópico II.I anterior clama por todas as medidas possíveis que objetivem solucionar a problemática da caótica jurisprudência brasileira, situação esta que se desenvolveu apesar de todas as evoluções normativas transcorridas no Brasil nas últimas décadas.

O Código de Processo Civil de 1973, nesse ponto, desde a década de 1970, já trazia o incidente processual de uniformização de jurisprudência, como mecanismo de tratamento da questão dentro dos Tribunais. O CPC de 2015, por sua vez, não obstante tenha extinto tal incidente, reforça a ideia da uniformização, através de institutos como os incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, o julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial repetitivos e a própria Teoria dos Precedentes, a qual os embasa e se vai adiante esmiuçar.

Pretende-se, agora, realçar tais normas que, positivadas no Direito pátrio, têm por escopo lidar eficazmente com a matéria.

III.I. O sistema do Código de Processo Civil de 1973

O CPC de 1973, em seus arts. 476 a 479, traz o incidente processual de uniformização de jurisprudência, como meio de prevenção contra os efeitos deletérios de um Tribunal não coeso em seus posicionamentos.

Por seu intermédio, antes que surjam decisões conflitantes, suspende-se determinado julgamento no Tribunal, para apreciação teórica do direito aplicável ao caso e definição da correta interpretação da norma. O julgamento que, então, prosseguirá, estará vinculado a essa determinação.

Trata-se de mecanismo de prevenção de divergência jurisprudencial, pois visa firmar uma tese antes da decisão do caso *sub judice*. A via repressiva também é uma possibilidade, tendo, inclusive, sede constitucional no art. 105, III, “c” da Constituição; é o conhecido Recurso Especial fundado em dissídio jurisprudencial.

Na sede preventiva do incidente de uniformização, a abrangência da lei é ampla. O julgamento pode se dar em recurso, reexame necessário ou processo de competência originária do Tribunal, e o incidente pode ser suscitado por qualquer dos magistrados participantes do julgamento ou mesmo por qualquer das partes, em conceito amplo. Ou seja, até mesmo o Ministério Público, quando atuante na função de *custos legis*, pode provocá-lo.

Diante disso, torna-se possível uma conclusão: a de que o CPC de 1973 preocupa-se com a uniformização dos entendimentos a ponto de garantir que o maior número possível de interessados possa instar o Tribunal a zelar por ela.

Ressalte-se, entretanto, ser esse o limite máximo de alcance do Código Processual. O dissídio que permite a instauração do incidente deve se dar entre órgãos distintos, porém do mesmo Tribunal, ao qual fica adstrito o alcance da norma.³² Assim, ainda que um importante passo no tratamento da matéria, não se pode deixar de observar sua timidez.

Em traços rápidos, o procedimento pode ser dessa maneira desmembrado: suscitado o incidente, o Órgão Fracionário que está julgando o caso vota pela existência ou não de divergência a justificar a suspensão. Em caso positivo, são os autos remetidos ao Presidente do Tribunal para que designe a sessão em que se julgará o incidente, seja pelo Pleno, seja pelo Órgão Especial. Se reconhecida, ao final, a divergência, há votação para se firmar a tese jurídica a ser observada, com força vinculante, pelo Órgão Fracionário originário, perante o qual volta a correr o processo cujo julgamento estava, até então, suspenso.

O Pleno ou Órgão Especial, é importante notar, está adstrito à fixação da tese prevalecente, dentre as opositivas. *“Não conhece de outras quaestiones iuris, estranhas ao objeto do incidente, nem de quaestiones facti, sejam quais forem; nem aplica à espécie a interpretação fixada: isso competirá ao órgão suscitante.”*³³

Como forma de dar maior alcance ao julgamento em sede de uniformização, o art. 479 estatui que, adotada uma tese pela maioria absoluta dos magistrados votantes, ela será incluída em súmula da ju-

32 E, dentro desse Tribunal, assume elevado grau de essencialidade, pois, como destaca Câmara, a busca pela uniformização da jurisprudência interna do Tribunal constitui *“forma de evitar danos sociais, que certamente adviriam se houvesse uma total ausência de controle sobre a forma como as normas jurídicas são interpretadas pelos diversos órgãos judiciários.”* CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. 2. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 53.

33 Nos dizeres de MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 23ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 173.

risprudência dominante do Tribunal. Essa, por sua vez, ainda que não ostente caráter vinculante (à exceção da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal – art. 103-A da Constituição), serve de importante guia, a apontar o entendimento dominante da Corte acerca de determinadas matérias.³⁴

Somando-se ao incidente de uniformização de jurisprudência, o art. 555, em seu §1º, estabelece mecanismo de prevenção ou composição de divergência, à semelhança do que já se encontrava previsto nos Regimentos Internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Instrumento que só passou a constar do Código a partir da alteração provocada pela Lei nº 10.352/2001, também segue a lógica da composição de dissídios jurisprudenciais internos do Tribunal, embora com uma diferença: ao invés de cisão de competência entre os órgãos que o compõem, há sua assunção³⁵.

Isto é, o órgão indicado no Regimento Interno do Tribunal assume a competência para julgar a causa como um todo, não apenas fixando-lhe a tese jurídica aplicável.

Os ganhos em termos de celeridade e economia processuais são estupendos, e representam um grande avanço, trazido pelo legislador ordinário em 2001, para a efetividade do processo.³⁶ Contudo, ainda assim seria possível galgar passos maiores, por estradas mais largas e firmes, rumo à solução do caos jurisprudencial brasileiro. Nesse senti-

34 Há, assim, orientação ou indicação de posicionamento, não vinculação, a qual só existiria em matéria constitucional, por ocasião do art. 103-A da Carta, inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, conhecida como a “Reforma do Judiciário”. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições*. Vol. 2. Pp. 54-55.

35 Salutar destacar que os verbetes 75, 76 e 77 do Colendo TJERJ foram obtidos através do incidente do art. 555, §1º do CPC

36 Isso faz processualistas como Câmara afirmarem que “*não será longa a sobrevida do incidente de uniformização de jurisprudência, bastando para isto que se crie regra destinada a fixar o modo como a tese jurídica adotada neste novo incidente processual poderá ser incluída na súmula da jurisprudência dominante do tribunal.*” CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições*. Vol. 2. Op. cit. P. 56.

do, veio o novo Código de Processo Civil de 2015.

III.II. A nova sistemática do Código de Processo Civil de 2015. Teoria dos Precedentes

A Lei nº 13.105/2015, mais conhecida como o novo Código de Processo Civil, é sabidamente inovadora em muitos aspectos, até mesmo por coisas simples, como trazer à legislação processual princípios já aplicados na vida prática. A duração razoável do processo, a cooperação, a boa-fé e a própria paridade de tratamento entre as partes, cuja importância foi defendida em momento prévio deste estudo, são apenas alguns dos muitos exemplos disso.

No particular da uniformização da jurisprudência pátria, não poderia ser diferente. Em primeiro lugar, e seguindo o que se apontava como inevitável pela doutrina processualista, extinguiu o incidente de uniformização, cujas deficiências já foram apontadas em momento pertinente.

As mudanças, todavia, não se restringiram à mera supressão de um instituto (o que, se há de convir, tornaria difícil sustentar que o novo CPC é mais aprofundado no tema). Abrem o Livro III, referente aos processos nos Tribunais e aos meios de impugnação das decisões judiciais, disposições gerais concernentes à uniformização.

Já no primeiro artigo do Capítulo I, de nº 926, o Código mostra onde fincou suas bases, ao impor às Cortes o dever de uniformizar sua jurisprudência e de mantê-la coerente, estável e íntegra. E, sendo ela dominante, fica mantida a sistemática das súmulas. Trata-se de um comando.

Determinou, também, a observância, por juízes e Tribunais, de um vasto rol de decisões, enunciados e orientações, que incluem: decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; enunciados de súmula vinculante e de súmulas do STF e do STJ; orientação do plenário ou órgão especial aos quais se vinculem; e, finalmente, acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de Recursos Extraordinário e Especial repetitivos.

Tal incidente de assunção de competência (art. 947) nada mais é do que a nova roupagem trazida ao antigo art. 555, §1º, abordado no tópico III.I anterior. A norma ganhou destaque e um incidente processual propriamente dito, além de um tratamento mais pormenorizado, sempre em busca de uma consecução mais fiel da tão almejada uniformização.

O caso submetido ao escrutínio do Poder Judiciário deve albergar relevante questão de direito, de grande repercussão social e a respeito da qual se mostre conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre Câmaras ou Turmas de um mesmo Tribunal. Reconhecido interesse público na assunção de competência, o Órgão Colegiado julgará a causa por inteiro, proferindo acórdão vinculante a todos os juízes e Órgãos Fracionários, à exceção dos casos em que houver revisão de tese.

Por outro lado, o incidente do art. 976, destinado à resolução de demandas repetitivas, não encontra correspondente no Diploma de 1973, representando, desse modo, interessante e relevante guinada no tratamento da matéria.³⁷

37 Carreira Alvim, sobre o tópico, aduz que *“Em princípio, a finalidade desse preceito é evitar a ‘dispersão excessiva da jurisprudência’, ‘atenuar o assoberbamento de trabalho no Poder Judiciário’ e promover a celeridade dos processos, com o que ganha tanto a Justiça quanto o jurisdicionado, e o próprio ente que*

Havendo “*efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito*” e “*risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica*”, nas palavras do próprio artigo, é cabível a instauração do incidente. Seu julgamento é de responsabilidade do Órgão indicado pelo Regimento Interno do Tribunal, dentre os destacados à uniformização de jurisprudência daquela Corte.

O Código ressalva a ampla e específica divulgação e publicidade da instauração e do julgamento do incidente, além da celeridade em sua tramitação, que não poderá exceder 1 (um) ano e terá preferência sobre outros feitos, desde que não envolvam réu preso ou que não sejam pedidos de *habeas corpus*.

O relator ouvirá partes e interessados, incluídos pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, o que revela seu amplo espectro de participação social na fixação de uma tese jurídica relevante para a comunidade. Comprovando tal amplitude, o art. 985 determina a aplicação da tese a todos os processos, individuais ou coletivos, que tragam idêntica questão de direito e tramitem naquela área de jurisdição, bem como aos casos futuros sobre a mesma temática.

É prevista, aliás, a revisão da tese firmada no incidente (art. 986), a mostrar o que a realidade bem coloca ao Direito como um todo: é preciso, sempre, estar aberto ao dinamismo e à fluidez das relações sociais. Um Direito estático é um Direito, a médio prazo, morto, pois não mais se mostrará capaz de atender aos anseios da sociedade.

Engessar, pois, teses jurídicas que, em um momento, se mostram adequadas, mas, em momento futuro, perdem tal qualidade, não seria benéfico a ninguém. Nem ao Judiciário, que estaria cometendo injus-

presta a jurisdição.” (grifos do autor) ALVIM, José Eduardo Carreira. *Manual do novo Código de Processo Civil*. V. 5. Curitiba: Juruá, 2012, p. 139.

tiças, em afronta ao seu papel constitucional; nem ao jurisdicionado, que estaria sendo o alvo de tais alvitres.

O que se pode constatar, a partir desse modesto destaque de alguns dos principais aspectos do novo instituto, é o que já se vinha sustentando: o novo Código vem concretizar, cada vez mais, os princípios da isonomia e da segurança jurídica no campo dos entendimentos jurisprudenciais.

A complexidade do contexto é, curiosamente, simples: a sociedade contemporânea se apresenta cada vez mais globalizada, ou seja, no meio de um turbilhão de ideias, conceitos, mercadorias e culturas provenientes dos cantos mais remotos do planeta. Aliás, pode-se mesmo dizer que já não existe canto remoto; ao alcance dos dedos, por uma tecnologia que não cessa de evoluir, é possível, hoje, acessar uma quantidade de peças informativas que sequer se cogitaria há poucos anos.

Capítulo inevitável desta história consiste na massificação das relações sociais, as quais, por sua vez, levam à massificação dos conflitos e ao crescimento exponencial de ações judiciais dotadas de objeto idêntico e que atravancam o funcionamento do Judiciário brasileiro.³⁸

Voltado a esta crise de demandas repetidas, o Código de 2015, ao tratar dos Recursos Extraordinário ao STF e Especial ao STJ, matéria constitucional, elenca a modalidade *repetitivos* nos arts. 1.036 a 1.041,

38 Humberto Dalla e Roberto Rodrigues assim concluem o enredo: *“Como reação a este panorama crescente de demandas repetitivas, que descontenta, a um só tempo, tanto os jurisdicionados, que sofrem com a morosidade da justiça e com o sentimento de insegurança jurídica, proveniente da sempre presente possibilidade de decisões antagônicas acerca da mesma situação, como também o próprio Poder Judiciário, que não consegue se desincumbir de modo satisfatório de suas atribuições, surgiu, então, a necessidade premente de criação de um regime processual próprio para tratar dessas ações repetitivas.”* PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *O julgamento por amostragem dos recursos excepcionais repetitivos: análise crítica e perspectivas*. P. 2.

fundada na multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito.³⁹

A norma surgiu, em verdade, sob a égide do Código anterior, cujos arts. 543-B e 543-C foram incluídos, em 2006, pela Lei nº 11.418. Porém, sob a ótica de 2015, foi unificada para ambos os recursos e reunida em Subseção própria, o que indicaria, por si só, a maior preocupação que tem a nova Lei com o tema.

O procedimento é esmiuçado nos seis artigos, cumprindo aqui sublinhar-se que, para serem considerados representativos da controvérsia de direito, os recursos devem conter abrangente argumentação e discussão acerca da questão a ser decidida. Com isso, garante-se que chegarão aos Tribunais *ad quem* as peças argumentativas que melhor representem os interesses envolvidos na solução da controvérsia, sem prejudicar aqueles que não conseguiram subir às Cortes para falarem por si mesmos.

O acórdão a ser proferido deve analisar todos os fundamentos invocados sobre a tese jurídica discutida, sejam eles favoráveis ou contrários, em homenagem aos princípios da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV), dando aos interessados todas as chances não só de falarem, mas de serem verdadeiramente ouvidos pelo magistrado, com a possibilidade efetiva de convencê-lo.

Todos esses mecanismos indicam, afinal, que o Código de 2015 segue exatamente o que se defende nesse estudo, isto é, a essencialidade de um sistema que se preocupe e se ocupe de uma crescente uniformidade dos posicionamentos dos Tribunais. No fundo, como já visto, estão princípios e valores basilares ao próprio Estado Democráti-

39 A expressão se traduz por uma identidade de tese jurídica a basear os diversos recursos. ALVIM, José Eduardo Carreira. Op. cit. P. 277.

co de Direito, tais como a isonomia e a segurança jurídica, além de um novo paradigma: o precedente judicial.

O Código de 1973 trabalha com o conceito de jurisprudência, enquanto conjunto de posicionamentos de uma Corte a respeito de dada matéria, e a indicar determinada interpretação. É de tal conceito, aliás, que se vem tratando ao longo destas páginas.

O novo Código, entretanto, traz, como fonte do Direito, também, o chamado precedente, que consiste em uma única decisão, e que já vinha ganhando força, embora não estivesse regulado no Direito Positivo.⁴⁰

No ano de 1963, o STF editou seus primeiros verbetes, de valor simplesmente moral ou persuasivo, mas que, mesmo assim, representaram o começo de uma evolução no campo da consolidação de jurisprudência, ao registrarem *“a interpretação pacífica ou majoritária adotada em casos análogos, a respeito de uma determinada questão jurídica”*.⁴¹

Com a criação do STJ em 1988, pela Constituição da República, repartiu-se o papel de uniformizar os entendimentos das Cortes, atendo-se o STF às matérias constitucionais e o novo Superior Tribunal àquelas infraconstitucionais.

A partir dos anos 90, reformas foram responsáveis por conferir uma força ainda maior aos precedentes, acelerando o procedimento

40 O Brasil sempre foi considerado exemplo clássico de país adotante do sistema de *civil law*; porém, aos poucos, foi dispensando maior consideração aos precedentes judiciais, o que faz a doutrina classificar seu sistema como *intermediário* ou *misto*, isto é, meio-termo entre *civil law* e *common law*. Nesse sentido, REDONDO, Bruno Garcia. Op. cit.

41 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A evolução do sistema de precedentes no Direito brasileiro e o fenômeno do “prospective overruling”*.

por meio de mecanismos como a improcedência liminar do pedido, o impedimento de recursos e seu julgamento monocrático pelo relator, na existência de verbetes ou posicionamentos reiterados dos Tribunais sobre o ponto.⁴²

Vieram, então, os primeiros precedentes com efeito vinculante, no âmbito do controle de constitucionalidade, até que, em 2004, a chamada “Reforma do Judiciário” (Emenda Constitucional nº 45/2004) conferiu ao STF a possibilidade de edição de súmulas com efeitos vinculantes, mantida a eficácia persuasiva dos enunciados já existentes, assim como limitou a apreciação dos recursos, pelo Supremo Tribunal, aos que apresentassem “repercussão geral”.⁴³

O enredo, enfim, atinge seu clímax justamente com a edição do novo Código de 2015, o qual, como visto, dedica-se à regulamentação do precedente judicial e à manutenção, por parte dos Tribunais, de uma jurisprudência uniforme e estável.

Entre jurisprudência e precedente, a diferença quantitativa se faz óbvia: de um lado, a jurisprudência, linha de entendimento de um Tribunal, extraída a partir de conjunto de decisões por ele tomada sobre certa matéria, em um mesmo sentido; de outro lado, o precedente, decisão dada a apenas um determinado caso. Também em termos qualitativos é possível separá-los, tendo aquela o objetivo de identificar o sentido de certa norma jurídica, por meio de várias decisões, ao passo que este se preocupa em dar solução para um certo caso concreto.

Surge, diante da inovação do paradigma, interessante questionamento doutrinário: estaria o Brasil passando a adotar o sistema da

42 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A evolução*. Op. cit.

43 Consultem-se, para tanto, os artigos 102, §2º e 103-A da Carta Constitucional. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A evolução*. Op. cit.

common law e, conseqüentemente, abandonando o da *civil law* ou sistema romano-germânico?

Os debates em torno da indagação foram, são e – acredita-se – serão muito intensos. Parece, contudo, mais acertada a visão que sustenta resposta negativa, para cuja compreensão se demanda uma pequena divagação história.

O sistema da *civil law* tem origens mais antigas, remontando ao *Corpus Iuris Civiles* do ano 533 d.C. Já o da *common law* surge apenas no ano de 1066 d.C., com a invasão normanda à Inglaterra. Para o primeiro, constituem fontes formais do Direito atos normativos positivados, como a lei; e, para o segundo, alguns estatutos formais e práticas consuetudinárias ou costume.⁴⁴

Foi apenas no século XVII, portanto, seis séculos depois de seu início, que a *common law* começou a trabalhar com a força dos precedentes, pois não se via sentido em dar solução diferente a novo caso análogo a um já julgado. E, a partir daí, criou-se o costume de segui-los, tanto se intensificando o processo que, hoje, constituem fonte do Direito. A fonte não é a lei, e sim a maneira de aplicá-la, isto é, o precedente.⁴⁵

44 Em outras palavras, “Nos países de civil law, o ideário da certeza jurídica remonta à concepção do direito como produto estatal, dentro dos limites e dos moldes estabelecidos pela lei geral e abstrata. O fenômeno da codificação surge, então, como principal característica de unificação dos sistemas jurídicos ligados à tradição continental inserta no paradigma iluminista, racional, expressão máxima do positivo jurídico.”. Em contrapartida, “na tradição jurídica do common law, o desejo de certeza transpareceu no argumento da justiça no caso concreto, culminando na autoridade do precedente vinculante. Assim é que o mundo do common law afasta a concepção da certeza como dogma e a concebe em termos mais maleáveis já que nesta tradição, certeza e flexibilidade são tidos como valores que competem, cada um tendendo a limitar o outro.” (grifos no original). LADEIRA, Aline Hadad; BAHIA, Alexandre Melo Franco. *O precedente judicial em paralelo a súmula vinculante: pela (re)introdução da facticidade ao mundo jurídico*. Revista de Processo, vol. 234/2014, agosto/2014, p. 275.

45 Mark Tushnet, em artigo traduzido por Flavio Portinho Sirangelo, a respeito do significado dos precedentes nos Estados Unidos, país de tradição de *common law*, escreve que funcionam tanto em sentido vertical quanto em sentido horizontal, explicando: “Verticalmente, o sistema de precedentes prevê que

Esse sistema, logo se vê, independe do precedente, tendo sem ele existido por mais de 600 anos. Quebrada a linha de raciocínio que impunha conexão obrigatória entre precedentes e *common law*, passou-se a cogitar trazer, para o Brasil, a Teoria dos Precedentes.

O feito não constitui uma novidade para o sistema da *civil law*. Vanguardistas, alguns de seus países já estão adotando precedentes, por questões de isonomia e segurança jurídica, valores imperativos à adequada prestação da tutela jurisdicional, como já exposto.

No Brasil, este importante passo encontra resistência. A mentalidade brasileira é calcada na segurança jurídica supostamente só proporcionada pela lei, que é a mesma para todos. Todavia, um ordenamento seguro se baseia, na verdade, na uniformização das decisões prolatadas pelo Poder Judiciário, como também já apontado. Não basta ter uma só lei para todos, pois, se cada um a interpretar de um modo, que segurança e que isonomia isso proporcionará?

O Código de Processo Civil de 2015, diante de toda essa discussão, mostrou-se, pois, valente, ao elencar a vinculação ao precedente, abraçando a Teoria, para a qual, uma vez estabelecido o princípio de Direito aplicável a determinada situação, o Tribunal, em casos análogos futuros, deverá aplicá-lo, não rompendo a linha do que já foi decidido.

um juiz ou tribunal de instância inferior deve seguir e aplicar a norma jurídica enunciada por um juiz ou tribunal de instância superior em todos os casos nos quais a orientação expressada pelo precedente tiver aplicação, sem que lhe seja dado considerar se a norma articulada precedentemente é ou não é juridicamente correta, segundo os padrões e entendimentos seguidos por cada um. Horizontalmente, o sistema prevê que, tomando-se dois juízes ou tribunais de idêntico grau de jurisdição, dotados da mesma competência jurisdicional (vale dizer: dois juízes de primeira instância dentro de uma determinada jurisdição; ou, então, dois tribunais recursais dentro uma jurisdição maior), o segundo juiz ou tribunal a enfrentar a mesma questão jurídica estará fortemente compelido a seguir e aplicar a norma jurídica já enunciada pelo primeiro, muito embora lhe seja dada a possibilidade de adotar e expressar o seu próprio entendimento jurídico sobre a matéria.” TUSHNET, Mark. Trad. SIRANGELO, Flavio Portinho. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. Revista de Processo, vol. 218, abril/2013, p. 99.

A base para tanto se encontra na isonomia, primando pela resposta igual do Judiciário face à mesma situação fática. Tratando do mesmo modo quem está na mesma posição jurídica. Ademais, também se encontra na própria legalidade, ao garantir que, com a fixação da interpretação correta, não haja uma lei para cada caso, o que quebraria, por sua vez, a noção de segurança jurídica.

A interligação entre tais valores e princípios, além de clara, é fundamental ao bom desenvolvimento do pensamento que aqui se defende. Um sistema que se pretenda justo, dialético, efetivo e eficiente não pode, jamais, prescindir de valores como a igualdade substancial e a segurança que se alcança quando, para casos similares, a solução entregue é a mesma. *“To treat like cases alike.”*

O juiz do segundo caso deve olhar aquele primeiro, a ele assemelhado, e aplicar a sua fundamentação, não o dispositivo, vez que esse apenas interessa ao primeiro caso. O que o vincula é o chamado *fundamento determinante da decisão*, *ratio decidendi* ou *holding*, a razão que levou o primeiro magistrado a decidir de tal maneira, os fundamentos determinantes para que a decisão proferida tenha sido aquela, e não qualquer outra dentre as possíveis.⁴⁶

Não se pode – nem se pretende – negar que o intérprete brasileiro, desacostumado a esse trabalho, vai encontrar dificuldades em estabelecer o que é determinante e o que é *obiter dictum* (dito para morrer, fundamento não determinante⁴⁷). Trata-se de separação extre-

46 Bruno Garcia Redondo assim define: *“Ratio decidendi (ou holding) consiste nos fundamentos jurídicos que embasam a decisão, isto é, a operação interpretativa utilizada na decisão, sem a qual o pronunciamento não teria sido prolatado da maneira como o foi. Trata-se da tese jurídica acolhida, no caso concreto, pelo julgador, sendo composta por 03 elementos: (i) indicação dos fatos relevantes da causa (statement of material facts); (ii) raciocínio lógico-jurídico da decisão (legal reasoning); e (iii) juízo decisório (judgment).”* (grifos do autor). REDONDO, Bruno Garcia. Op. cit.

47 Ou, nos termos empregados por Redondo, *“Obter dictum (no singular, ou obter dicta, no plural, dictum ou, ainda, gratis dicta), por seu turno, consiste no conjunto de argumentos expostos apenas “no correr*

mamente relevante, à medida que regula a produção do Direito pelos Tribunais; se ignorada, não só ofenderia gravemente o devido processo legal, dando soluções desiguais a processos similares, como também ocasionaria uma quantidade ilimitada de normas jurídicas produzidas pelo Judiciário, não obrigatoriamente ligadas aos fatos específicos de cada demanda. Tornaria, portanto, impraticável a aplicação dos precedentes.⁴⁸

O novo Código vem ajudar, ao dispor que essa é a característica do fundamento expressamente acolhido em votos que compõem a maioria. Se isso não acontece, tem-se uma decisão, mas não um precedente.⁴⁹

O reconhecimento de força vinculante a tais fundamentos se mostra essencial, em última análise, às próprias bases do Estado Constitucional, levando-se em conta isonomia, segurança jurídica e confiança

da pena”, a latere na motivação da decisão, meros juízos acessórios, periféricos, provisórios, secundários, refletindo impressões que não tem influência relevante, substancial nem decisiva para a solução do caso concreto. Obter dictum é, assim, o argumento não determinante (prescindível) para a resolução da controvérsia.” (grifos do autor). REDONDO, Bruno Garcia. Op. cit.

48 Logo, é preciso saber identificar que elementos, dentro do precedente, possuem autoridade e, para tanto, *“a fundamentação é essencial. É especialmente na fundamentação da decisão que os julgadores subsequentes devem pesquisar as razões de decidir (ratio decidendi) e os argumentos de passagem (obiter dictum), nada obstante seja também importante analisar o relatório, sobretudo para verificar a argumentação utilizada e a formação do precedente, e o dispositivo, nomeadamente relevante para a interpretação dos fundamentos e, ainda mais, para o estabelecimento de parâmetros para quantificações.”* MACÊDO, Lucas Buriel de. *Contributo para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais*. Revista de Processo, vol. 234/2014, agosto/2014, p. 303.

49 Embora todo precedente seja uma decisão, a recíproca não é verdadeira. Em linhas gerais, o precedente deve versar sobre matéria de direito, mas sem se limitar a enunciar o que se encontra disposto na lei. Deve ir além, enfrentando todos os principais argumentos ligados à *quaestio iuris* do caso concreto, sendo, por vezes, necessário que inúmeras decisões sejam tomadas até que uma linha definitiva seja traçada. Com o que Marinoni e Mitidiero chamam de *“qualidades externas que escapam ao seu conteúdo”*, o precedente é *“a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina”*. E, finalmente, não se confunde com súmula, pois *“Para que exista precedente não basta apenas um enunciado acerca de questão jurídica, mas é imprescindível que este enunciado tenha sido elaborado em respeito à adequada participação em contraditório dos litigantes e, assim, tenha surgido como um resultado do processo judicial, ou melhor, como um verdadeiro resultado do debate entre as partes.”* (grifos no original) MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit. Pp. 165-166.

legítima, assim como a premente necessidade de coerência experimentada por todo e qualquer ordenamento jurídico.⁵⁰

Extremismos, note-se, devem ser rechaçados. Se, por um lado, o que se poderia chamar de *decisionismo* ou *jurisprudência lotérica* é maléfico, por todas as razões acima expostas, por outro, também o engessamento da norma ao redor dos precedentes é deveras prejudicial.

A norma, para ter seu sentido construído, passa por uma longa evolução, por um caminho em que se impõem coerência e integridade às decisões a seu respeito. É crucial reconhecer-se que um único precedente não pode pretender se aplicar a tudo, e que, ao mesmo tempo em que se respeita o que já se construiu, novas situações podem surgir e clamar por um novo olhar para suas particularidades.

As decisões, nesse cenário, devem ser analisadas sob um ponto de vista que considere o global, a história completa do entendimento do Tribunal, a fim de se conhecer a evolução empreendida pela matéria.

O Direito não pode ser visto “*desvincilhado de sua facticidade, como um produto técnico e científico*”, não pode ser construído tão somente com base em argumentações previamente tecidas por outrem e não pode pretender extrair, de um só caso concreto, uma solução que a todos sirva.⁵¹

Ou seja, no fim das contas, a reflexão que fica é a de que o precedente não pode ser encarado como um ponto de partida, mas como um ponto de chegada, sob pena de indesejado engessamento. Tão somente olhar para certa decisão em sede de Recurso Especial repetiti-

50 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit. P. 164.

51 Isso seria utilizar de maneira incorreta a técnica de fundamentar decisões com lastro em casos anteriormente julgados. SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Compreendendo os “precedentes” no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões*. Revista de Processo, vol. 226, dezembro/2013, p. 349.

vo, por exemplo, e concluir que o sentido da norma é o apontado pelo STJ, sem maiores divagações, é engessar, *ad eternum*, a norma jurídica.

Mais do que isso, e acima de tudo, a tarefa do intérprete é levar a justiça ao caso concreto, e não se acomodar nos posicionamentos advindos do raciocínio de outras pessoas. A partir do precedente, deve olhar para o caso em exame e atentar para eventuais peculiaridades que o retirem do campo da similitude da primeira decisão, distinguindo-o (*distinguishing*). Se não o fizer, estará cometendo verdadeira injustiça e contrariando, com isso, a função constitucional do Poder Judiciário.

Mudando, portanto, as circunstâncias, por motivos os mais variados (mudança na lei, na sociedade, na cultura), faz-se necessário afastar a aplicação do precedente, superando-o (*overruling*).

Não se deve, enfim, perder de vista a observância de certos deveres quando da tratativa de tema tão delicado e relevante quanto os precedentes judiciais, conforme apontados por Lucas Buril de Macêdo. Como *dever geral de segurança jurídica*, atribui-se responsabilidade aos Tribunais, notadamente STF e STJ, de zelar pela confiabilidade social nas decisões tomadas pelas Cortes e no respeito aos precedentes já existentes.

Pelo *dever de uniformidade*, situações jurídicas substancialmente iguais devem ser tratadas de modo equivalente, eliminando-se posicionamentos incompatíveis dentro de um mesmo Tribunal.

As *rationes decidendi* devem ser mantidas, salvo alterações de contexto ou erros, e mesmo assim de modo fundamentado, sem variações escabrosas. Esse é o *dever de estabilidade*.

Como manifestação do *dever de integridade*, aos Tribunais se im-

põe um diálogo constante e efetivo com a matéria já decidida previamente, trabalhando sobre uma base mais ampla da atuação do Judiciário, o qual deve manter-se uno e íntegro por todo e qualquer um de seus órgãos decisórios.

E, pelo *dever de coerência*, o Poder Judiciário deve considerar a eficácia externa da fundamentação de seus atos, tendo sempre em consideração que ela há de servir a toda a sociedade, e mantendo sempre um diálogo consigo mesmo.⁵²

Ao fim, é este o novo quadro trazido pela Lei nº 13.105/2015, com os incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas e com o julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial repetitivos, sem nunca esquivar-se da atenção ao contraditório, à participação dos *amici curiae* e à ampliação do debate, em um modelo constitucional de Processo Civil.

IV. Conclusão

A seara da atividade de jurisdição, função constitucional do Poder Judiciário, sempre se mostrou rica em debates, transformações e preocupações quanto a sua efetiva capacidade de conferir aos jurisdicionados os direitos que buscam resguardar.

Sob a ótica da constitucionalização do Processo Civil, este trabalho buscou delinear a peculiar situação da jurisprudência dos Tribunais brasileiros, frisando a importância da matriz principiológica sobre a qual se deve assentar a relação processual, sob pena de relegar a

52 São esses os deveres apontados por MACÊDO, Lucas Buril de. *Reclamação constitucional e precedentes obrigatórios*. Revista de Processo, vol. 238/2014, dezembro/2014, pp. 413-434.

sociedade ao desamparo e à descrença na Justiça.

Nesse contexto, é possível destacar a imprescindibilidade de uma série de princípios, garantias e valores, sem os quais o processo não pode se firmar enquanto instrumento cooperativo, dialético, efetivo e eficiente da proteção de direitos.

É preciso que seja garantida a isonomia ou igualdade material entre as partes litigantes, com o respeito às diferenças imanentes a qualquer coletividade, para que se chegue a um resultado justo. Também vetorizados a tal rumo, encontram-se os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança, da boa-fé, da inafastabilidade do controle jurisdicional e da efetividade da jurisdição.

O conjunto acima desenhado deve ser sempre observado, quando os objetivos traçados disserem respeito a um tratamento mais uniforme da jurisprudência pátria e, portanto, à própria essência do Estado Democrático de Direito.

O Judiciário brasileiro, nesse tocante, encontra-se em grave crise, em virtude do quadro caótico de decisões distintas, quando não opostas, para casos semelhantes. É o chamado *decisionismo*, também conhecido como *jurisprudência lotérica*, pelo qual o jurisdicionado acaba se vendo em um beco sem saída, sem luz e sem esperança de solução quando, lesado ou ameaçado de lesão em seu direito, pede socorro à Justiça.

Diante de panorama tão desafiador à própria noção de Estado Constitucional, justo e equânime, vê-se com ótimos olhos a evolução normativa pela qual o ordenamento brasileiro vem passando nas últimas décadas; primeiro, com o Código de Processo Civil de 1973; e, agora, com o novo Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015).

O novo Diploma Processual, ao tratar da matéria jurisprudencial, abraça, corajosamente, a Teoria dos Precedentes, importada dos países adotantes do sistema de *common law* e cujos contornos já vinham sendo demarcados, gradualmente, em solo brasileiro.

Proferida decisão jurisdicional em um caso concreto, sua fundamentação serve como discurso cujo público vai além das partes do caso concreto, alcançando a sociedade como um todo e a ordem jurídica em geral. Seu núcleo, tese jurídica ou *ratio decidendi* se dedicará a outras demandas semelhantes, como norma geral e verdadeiro norte.⁵³

É esse o crucial papel que o precedente judicial promete realizar no sistema brasileiro, conferindo maior efetividade a princípios e garantias tais como a isonomia entre os jurisdicionados, a segurança jurídica, a confiança legítima que eles depositam no Poder Judiciário e o próprio acesso a uma ordem jurídica mais justa, íntegra e estável.

A observância dos precedentes, quanto mais é analisada, mais e mais vantajosa e consentânea com um modelo constitucional de Processo Civil se mostra, ao primar pela não-surpresa; pela previsibilidade dos posicionamentos das Cortes e de eventuais mudanças de entendimento; pela estabilidade social e econômica; pela coerência da ordem jurídica; pela duração razoável do processo, desestimulando a litigância irresponsável e de má-fé; e pela maior eficiência do Poder Judiciário.⁵⁴

É esse, afinal, o grande objetivo da guinada produzida pela nova Lei: trazer um pouco de luz à escuridão do caos de uma jurisprudência disforme, instável e inspiradora de descrença.

53 REDONDO, Bruno Garcia. Op. cit.

54 REDONDO, Bruno Garcia. Op. cit.

O Estado brasileiro, afinal, não conseguirá se manter firme por muito tempo enquanto um de seus pilares essenciais, o Poder Judiciário, não enfrentar esse árduo desafio. É preciso que, aos olhos da sociedade, ele enfrente o tema da multiplicidade, buscando pacificar os conflitos e resolvendo as controvérsias de massa que lhe chegam, e não causar ainda mais transtornos ao não se manter coeso, íntegro e estável.

Se um cidadão anseia pela proteção de seus direitos, não pode obter diferentes respostas conforme “*tenha a sorte*” de ter seu processo distribuído para este ou aquele órgão julgante. Não é correto, isonômico e muito menos democrático que, ao fim de todo o burocrático trâmite processual pelo qual passa para obter um provimento jurisdicional final, não tenha certeza de que este foi justo, pois as Câmaras e Turmas Recursais, muitas vezes ligadas a um mesmo Tribunal, não são capazes de se unir em torno de um posicionamento comum para a mesma situação.

Como esperar que esse cidadão confie na atividade jurisdicional se, dentro de uma única Corte, os diferentes órgãos julgadores são incapazes de empreender um esforço coletivo na fixação de uma só tese jurídica aplicável a certo caso concreto? Como fazê-lo acreditar em um Judiciário que, para temas afins, não consegue responder de modo coerente?

Os desafios, enfim, não são poucos, e as lutas se estendem a perder de vista. Há um longo caminho a ser percorrido quando o tema em foco é a uniformização da jurisprudência pátria. O novo Código de Processo Civil promete renovar o fôlego para esse empreendimento, mas é preciso aplicá-lo corretamente, com base em valores de justiça, moralidade, isonomia e confiança.

V. Referências bibliográficas

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Manual do novo Código de Processo Civil*. V. 5. Curitiba: Juruá, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 1ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. Vol. 1. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. 1. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Lições de direito processual civil*. Vol. 2. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DAUDT, Simone Stabel. *Uniformização e estabilidade da jurisprudência: um estudo do Anteprojeto do novo Projeto do Código de Processo Civil Brasileiro e da atual realidade brasileira*. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11886&revista_caderno=21#_ftn13> Acesso em 06 de abril de 2015.

Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. Disponível em <www.priberam.pt/dlpo/adequado> Acesso em 15 de abril de 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Apontamentos para a concretização do princípio da eficiência do processo*. In: *Novo CPC: reflexões e perspectivas*. GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; CÂMARA, Alexandre Freitas (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

LADEIRA, Aline Hadad; BAHIA, Alexandre Melo Franco. *O precedente judicial em paralelo a súmula vinculante: pela (re)introdução da facitidade ao mundo jurídico*. Revista de Processo, vol. 234/2014, agosto/2014.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Contributo para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais*. Revista de Processo, vol. 234/2014, agosto/2014.

_____. *Reclamação constitucional e precedentes obrigatórios*. Revista de Processo, vol. 238/2014, dezembro/2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 23ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NETO, Olavo de Oliveira; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Princípio da isonomia*. In: LOPES, Maria Elizabeth de Castro; NETO, Olavo de Oliveira (coord.). *Princípios processuais civis na Constituição*. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A evolução do sistema de precedentes no Direito brasileiro e o fenômeno do “prospective overruling”*.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *O julgamento por amostragem dos recursos excepcionais repetitivos: análise crítica e perspectivas*.

REDONDO, Bruno Garcia. *Precedente judicial no direito processual civil brasileiro*. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial: volume 2*. São Paulo: RT, 2014. v. 2.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Compreendendo os “precedentes” no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões*. Revista de Processo, vol. 226, dezembro/2013.

TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A constitucionalização do processo no Estado Democrático de Direito*. In: *Novo CPC: reflexões e perspectivas*. GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; CÂMARA, Alexandre Freitas (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

TUSHNET, Mark. Trad. SIRANGELO, Flavio Portinho. *Os precedentes judiciais nos Estados Unidos*. Revista de Processo, vol. 218, abril/2013.

ZANETI JR., Hermes. *Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil; universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil*. Revista de Processo, vol. 235/2014, setembro/2014, p. 293.

A UNIFORMIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO DAS DECISÕES

Juíza Renata Guarino Martins¹
Juíza Joana Cardia Jardim Cortes²
Juíza Isabela Lobão dos Santos³

Resumo: O presente estudo busca analisar a uniformização jurisprudencial como instrumento de legitimação das decisões judiciais, sendo inegável que o sistema brasileiro, principalmente com o advento do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), que adota o regime da *civil law*, *passa a aproximar-se, ainda mais*, do sistema da *common law* com o intuito de gerar maior segurança jurídica e prevenir demandas em razão da ciência prévia sobre os entendimentos adotados pelos Tribunais. Propõe-se, ainda, a conferir visão prática da necessidade de uniformização, notadamente em se tratando de demandas de massa, analisando comparativamente os entendimentos jurisprudenciais oriundos do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e de duas Turmas Recursais do TJ/RJ

Palavras-chave: Uniformização jurisprudencial. Legitimação das decisões. Demandas de massa. Visão prática da necessidade de uniformização.

1 Juiz de Direito do TJERJ, Titular do XXVI Juizado Especial Cível da Capital, atualmente integrante da Primeira Turma Recursal Cível – TJ/RJ.

2 Juiz de Direito do TJERJ, Titular da 2a Vara Cível da Comarca de Itaboraí

3 Juiz de Direito do TJERJ, Titular do XVII Juizado Especial Cível da Capital, atualmente integrante da Terceira Turma Recursal Cível – TJ/RJ.

Sumário: 1. Introdução. 2. O novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015. 3. Demandas de massa. Imperiosa necessidade de uniformização jurisprudencial. 4. Visão prática da necessidade de uniformização – Estudo de Casos. 5. Comparativo entre os entendimentos emanados de Turma Recursal e de Câmara Cível do Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 6. Conclusões. 7. Referências Bibliográficas.

I. INTRODUÇÃO

O presente estudo visa abordar aspectos relevantes sobre o tema “uniformização jurisprudencial” que, pela sistemática do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), é inevitável, propondo-se, ainda, a esclarecer a necessidade de sua aplicação, sem olvidar a natureza social da ciência jurídica.

No Brasil, por influência romanística, vigora o chamado Direito Escrito, ou seja, a lei constitui a fonte primordial do Direito. Tanto assim que a Constituição da República, em seu artigo 5º. previu que,

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

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. (g.n.)

Contudo, cumpre registrar que, embora o Brasil adote o sistema da *civil law*, cuja fonte primária é a lei, há uma tendência crescente em

direção a sua mitigação.

Há doutrinadores, inclusive, que afirmam que países da *common law*, como a Inglaterra, em sentido contrário, têm buscado soluções para suas deficiências em técnicas adotadas em países da *civil law*⁴.

O sistema da *common law* tem nos costumes sua fonte primária e preza pelos precedentes. Estes, nesse sistema, são considerados como fonte primária do direito, conferindo segurança e previsibilidade às decisões.

O Brasil, que há muito adotara o sistema do *civil law*, vem sofrendo as consequências do excesso de divergência jurisprudencial, o que torna a lei insuficiente para garantir segurança jurídica à sociedade.

Por isso, hoje, o que se observa é a existência de uma grande integração entre os sistemas da *civil* e da *common law* em direção a um sistema híbrido.

A jurisprudência desempenha papel importante nesse processo de migração rumo a um sistema misto e sua uniformização, certamente, tem o condão de gerar maior segurança ao jurisdicionado⁵, prevenindo demandas em razão da ciência prévia sobre os entendimentos adotados pelos Tribunais.

A ideia de se uniformizar não é inédita, como leciona Leonardo Greco⁶:

4 GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil. Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 4. Afirmação de que no sistema da *civil law* existe referência à jurisprudência, bem como na *common law* há amplo uso da lei escrita: TARUFFO, Michele. *Precedente e Giurisprudenza*. In: *Revista Trimestale de Diritto e Procedura Civile*, Milano: Dott. A. Giuffrè, p. 709, 2007

5 DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, 2ª. edição, pag. 365.

6 GRECO, Leonardo. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. Disponível

A cristalização da jurisprudência dos tribunais superiores em súmulas é uma herança do velho Direito português, desde as Ordenações do Reino, através dos assentos da Casa de Suplicação de Lisboa e dos Supremos Tribunais de Justiça de Portugal e do Brasil, este último no Império. Em Portugal, esses assentos passaram a ter efeito vinculante sobre todas as decisões futuras do Poder Judiciário, inclusive do próprio Supremo Tribunal de Justiça, somente podendo ser revogados por lei do Parlamento, até a sua declaração de inconstitucionalidade em 1993 pelo Tribunal Constitucional.

Assim, ante a importância do tema, além da indicação de aspectos teóricos, foram realizados estudos comparativos entre os entendimentos adotados pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro e pela Primeira e Terceira Turmas Recursais Cíveis também do estado do Rio de Janeiro.

2. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – LEI 13.105/2015.

A palavra processo tem origem no latim *procedere* que significa método, sistema, maneira de agir ou conjunto de medidas tomadas para atingir algum objetivo.

Em relação à sua etimologia, processo é uma palavra relacionada com percurso e significa “avançar” ou “caminhar para a frente”.

Francesco Carneluti, fl. 167, refere-se ao processo como⁷

na Internet. Acesso em 26/04/2015.

7 CARNELUTTI, Francesco. Como se faz um processo. 3ª edição. São Paulo: Editora Minelli, 2005.

Um mecanismo, se me é permitida a metáfora, que deveria prover ao mundo como nenhum outro bem: a justiça. É o momento de repetir que os homens têm, antes de mais nada, a necessidade de viver em paz; mas se não há justiça, é inútil esperar a paz. Por isso, não deveria nenhum serviço público ao qual o Estado dedicasse tantos cuidados como o que recebe o nome de processo.

O Código de Processo Civil de 1973 desempenhou seu papel ao longo de décadas. Com o passar do tempo e com a crescente judicialização das demandas, percebeu-se que posicionamentos diferentes provindos, muitas vezes, do próprio Tribunal analisando a mesma norma gerava insegurança jurídica⁸, sendo imperiosa a alteração da sistemática de pacificação dos conflitos.

Detectou-se que jurisdicionados em situações idênticas, não raras as vezes, obtinham tratamentos diferenciados a despeito da existência da mesma controvérsia, o que, certamente, implicava em instabilidade social/jurídica.

A despeito do Brasil adotar o sistema escrito conhecido como *civil law*, sendo inegável o papel de destaque desempenhado pela jurisprudência como fonte do direito que se presta a servir como instrumento para uma maior segurança jurídica⁹, o Código de 1973 previu o incidente de uniformização de jurisprudência (arts. 476 a 479) com o escopo de evitar a prolação de decisões conflitantes, muitas vezes emanadas do mesmo Tribunal.

Contudo, após o advento do Código de 1973, a sociedade brasilei-

8 DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, 2a. edição, p. 365.

9 DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, 2a. edição, p. 365

ra evoluiu, assim como os problemas decorrentes da aplicação de remédios diferentes a situações fáticas idênticas. Surgiram instrumentos de unificação de decisões que, ultrapassado o estopim inicial, não surtiram o efeito esperado. Detectou-se, então, a necessidade de aperfeiçoamento da proposta de uniformização insculpida no código vigente de forma a torná-la um “caminho sem volta” e mais abrangente.

É o que se propõe o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) que, claramente, prevê que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (v. art. 926 do novo CPC).

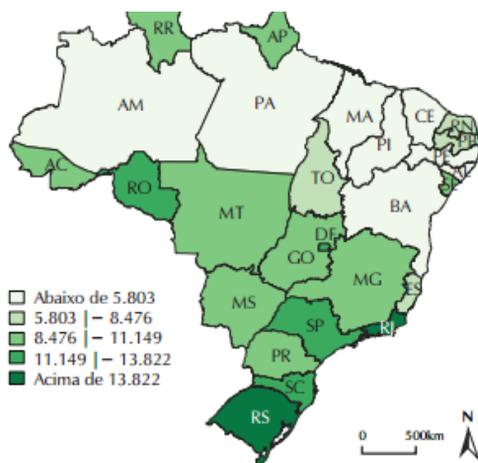
3. DEMANDAS DE MASSA. IMPERIOSA NECESSIDADE DE UNIFORMIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Segundo dados obtidos da Revista Consultor Jurídico, publicados em 27 de dezembro de 2014, a cada dois habitantes de São Paulo um possui ação em trâmite na primeira instância¹⁰.

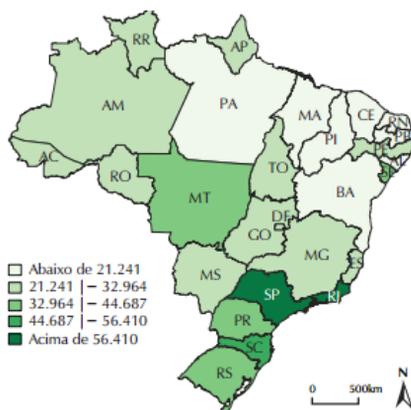
A questão da litigiosidade é reproduzida no país inteiro, consoante se extrai do “Relatório Justiça em Números 2014” publicado pelo CNJ que concluiu que, somente na Justiça Estadual, tramitaram 74,2 milhões de processos, sendo que, dentre eles, 73%, ou seja, 53,9 milhões já estavam pendentes desde o início de 2013, com ingresso no decorrer do ano de 20,3 milhões de casos novos.

Ainda, segundo o relatório, há um protagonismo desempenhado por Rio de Janeiro e São Paulo com indicadores superiores a 56.410 processos tramitando por 100.000 habitantes (“Relatório Justiça em Números 2014, CNJ, pag. 51).

¹⁰ Informação extraída da Revista Consultor Jurídico em 25/04/2015.



Mapa 8 - Casos Novos por 100.000 Habitantes



Mapas extraídos do portal CNI – “Relatório Justiça em Números 2014”, pag. 52.

No referido relatório é manifestada a preocupação com o crescente aumento do acervo processual da Justiça Estadual, que tem crescido a cada ano, a um percentual médio de 3%. Segundo o relatório, há que ser somado o aumento gradual dos casos novos, tendo-se como resultado um aumento total de processos em tramitação crescente a

cada ano, em números absolutos, em quase 9 milhões em relação ao observado em 2009 (variação no quinquênio de 13%).

A pacificação social não é alcançada quando existem soluções díspares para casos idênticos, gerando, como efeito colateral, sentimento, por parte de alguns, de que inexistiu justiça para certos casos, o que macula, certamente, a legitimidade das decisões e do próprio Poder Judiciário.

Ao revés, a jurisprudência uniformizada tem o condão de gerar confiança na sociedade quanto aos seus direitos, uma vez que se tem o conhecimento prévio de como as normas estão sendo aplicadas e interpretadas pelo Judiciário.

A segurança jurídica não constitui a única benesse oriunda uniformização da jurisprudência. Há um outro legado, qual seja, evita a distribuição de demandas por já se conhecer as decisões reiteradas dos tribunais.

Neste ponto, merecem destaque as chamadas “demandas de massa” ou “demandas repetidas” - que não se confundem com as genuínas demandas individuais, tampouco com as coletivas - que, por impulsionarem a distribuição de novas ações, abarrotando o Judiciário, necessitam obter tratamento jurisprudencial uniforme.

O novo Código de Processo Civil propõe uma solução para a questão: uniformizar a jurisprudência de modo a equacionar as distorções criadas por decisões distintas em casos idênticos.

4. VISÃO PRÁTICA DA NECESSIDADE DE UNIFORMIZAÇÃO – ESTUDO DE CASOS

Com o escopo de evidenciar a imperiosa necessidade de uniformização de entendimentos, há que se traçar estudo comparativo jurisprudencial acerca de temas recorrentes nos tribunais.

Por questões práticas, estão sendo colacionados entendimentos provenientes de duas das Turmas Recursais Cíveis do TJRJ (Primeira e Terceira Turmas), das Câmaras Cíveis do mesmo Tribunal que, por sua vez, são comparados a jurisprudência do Eg. Superior Tribunal de Justiça. Os temas escolhidos são recorrentes e abarcam uma infinidade de demandas propostas.

A despeito de alguns entendimentos convergirem para a uniformização, percebe-se nitidamente que determinadas questões são tratadas diferentemente pelos Tribunais.

Passa-se, então, a elencar os temas enfrentados com a indicação das respectivas jurisprudências de forma a viabilizar análise mais didática. São eles:

- a - BANCOS – CONTA NÃO ENCERRADA E INATIVA. NEGATIVAÇÃO (TJ/RJ, Primeira e Terceira Turmas Recursais seguem precedentes do STJ);
- b - BANCOS – PERMANÊNCIA EM FILA POR TEMPO SUPERIOR AO FIXADO PELA LEGISLAÇÃO LOCAL (divergência entre Câmaras e Turmas Recursais, sendo que algumas seguem precedentes do STJ);
- c - BANCOS – PORTA GIRATÓRIA – TRAVAMENTO (TJ/RJ, Primeira e Terceira Turmas Recursais seguem precedentes do STJ);

d - SAQUES NÃO RECONHECIDOS (TJ/RJ segue precedentes do STJ; Primeira e Terceira Turmas endossam entendimentos diversos);

e - COBRANÇAS INDEVIDAS SEM NEGATIVAÇÃO (TJ/RJ e Primeira Turma Recursal possuem entendimentos semelhantes, variando, contudo, o valor da indenização; Terceira Turma Recursal segue entendimento do STJ);

f - MANUTENÇÃO INDEVIDA DE NEGATIVAÇÃO. DANO MORAL. (TJ/RJ, Primeira e Terceira Turmas seguem precedentes do STJ, mas valores de indenização são diferentes);

g - NEGATIVAÇÃO INDEVIDA (TJ/RJ, Primeira e Terceira Turmas Recursais seguem precedentes do STJ, mas valores de indenização são diferentes).

5. COMPARATIVO ENTRE OS ENTENDIMENTOS EMANADOS DE TURMAS RECURSAIS CÍVEIS (PRIMEIRA E TERCEIRA TURMAS) E DE CÂMARAS CÍVEIS, TODAS DO TJ/RJ, COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ

a - BANCOS – CONTA NÃO ENCERRADA E INATIVA. NEGATIVAÇÃO

STJ: Mesmo ausente a prova formal do pedido de encerramento da conta por parte do correntista, não é cabível a cobrança de qualquer taxa ou encargo, em razão da necessidade de observância do dever de lealdade derivado do princípio da boa-fé objetiva.

“RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. NEGÓCIOS JURÍDICOSBANCÁRIOS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO

EMCONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA-CORRENTE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. ENRIQUECIMENTO SEM JUSTA CAUSA.1. Incidência dos encargos de manutenção de conta-corrente inativa por cerca de três anos, ensejando a inscrição do nome do correntista nos cadastros de devedores inadimplentes. 2. Pretensão de declaração da inexigibilidade do débito e de retirada da negativação nos órgãos de proteção ao crédito. 3. Mesmo ausente a prova formal do pedido de encerramento da conta por parte do correntista, não é cabível a cobrança de qualquer taxa ou encargo, em razão da necessidade de observância do dever de lealdade derivado do princípio da boa-fé objetiva. 4. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO”. (REsp 1337002 / RS; Relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO; Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA; Data do Julgamento: 16/12/2014; Data da Publicação/Fonte DJe 03/02/2015)

Informações Adicionais:

(VOTO VENCIDO EM PARTE) (MIN. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA) É cabível a cobrança de encargos de manutenção de conta-corrente que permaneceu inativa por cerca de três anos quando inexistente prova formal do pedido de encerramento da conta por parte do correntista. Isso porque o encerramento da conta por escrito é um dever legal e contratual que visa à segurança do próprio cliente, para que este possa se desonerar de futuros e indesejáveis transtornos e responsabilidades mesmo tendo encerrado a conta. Além disso, a Resolução nº2.025/1993 do Conselho Monetário Nacional prevê a possibilidade de cobrança de tarifa por conta inativa, considerada esta como a conta não movimentada por mais de seis meses. Por fim, a regra contratual que prevê a rescisão mediante aviso prévio por escrito não pode ser considerada abusiva nem informação de difícil compreensão por parte do cliente, circunstância que afasta a alegada violação ao princípio da

boa-fé objetiva”.

TJ/RJ: Adoção de precedente do STJ. “Mesmo ausente a prova formal do pedido de encerramento da conta por parte do correntista, não é cabível a cobrança de qualquer taxa ou encargo, em razão da necessidade de observância do dever de lealdade derivado do princípio da boa-fé objetiva.” (REsp 1337002/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 03/02/2015).

“0026389-55.2012.8.19.0209 – APELACAO. 1ª Ementa. DES. MARIA LUIZA CARVALHO - Julgamento: 10/04/2015 - VIGESIMA SETIMA CAMARA CIVEL CONSUMIDOR . APELAÇÃO. CONSUMIDOR. CONTA INATIVA. COBRANÇA INDEVIDA DE TARIFAS. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. Cobrança de tarifa sobre conta corrente inativa. Autor que deixou de movimentar a conta corrente em dezembro de 2011, todavia persistiram os descontos relativos a tarifas e encargos, gerando um saldo negativo de R\$ 219,77 em agosto de 2012. Banco réu que efetuou cobranças e ameaçou inscrever o nome do autor no rol de maus pagadores por conta do débito em questão. Precedente STJ. “Mesmo ausente a prova formal do pedido de encerramento da conta por parte do correntista, não é cabível a cobrança de qualquer taxa ou encargo, em razão da necessidade de observância do dever de lealdade derivado do princípio da boa-fé objetiva.” (REsp 1337002/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 03/02/2015). Ausência de comprovação de que a dívida em questão tenha ensejado a negativação do nome do autor. Enunciado nº45 do TJRJ. Reforma da sentença tão somente para determinar o cancelamento do contrato de conta corrente de titularidade do autor, bem como declarar inexigíveis os débitos nela lançados referentes a tarifas e encargos. Precedentes TJRJ. Artigo 557, §1º-A, do CPC. PARCIAL PRO-

VIMENTO DO RECURSO. INTEIRO TEOR. *Decisão Monocrática - Data de Julgamento: 10/04/2015 (*)*”

PRIMEIRA e TERCEIRA TURMAS RECURSAIS: Adoção de precedente do STJ. Independente do encerramento formal, se a conta está inativa há mais de seis meses e, pelo extrato, é verificado que, quando do abandono, não havia débito, a negativação é indevida.

b - BANCOS – PERMANÊNCIA EM FILA POR TEMPO SUPERIOR AO FIXADO PELA LEGISLAÇÃO LOCAL

STJ: A só invocação de legislação municipal ou estadual que estabelece tempo máximo de espera em fila de banco não é, em tese, suficiente para ensejar o direito à indenização, pois dirige a sanções administrativas, que podem ser provocadas pelo usuário.

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ESPERA EM FILA DE BANCO POR TEMPO SUPERIOR AO DE MEIA HORA FIXADO POR LEGISLAÇÃO LOCAL - INSUFICIÊNCIA DA SÓ INVOCAÇÃO LEGISLATIVA ALUDIDA - OCORRÊNCIA DE DANO MORAL AFASTADO PELA SENTENÇA E PELO COLEGIADO ESTADUAL APÓS ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO CASO CONCRETO - PREVALÊNCIA DO JULGAMENTODA ORIGEM. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.1.- A só invocação de legislação municipal ou estadual que estabelece tempo máximo de espera em fila de banco não é suficiente para ensejar o direito à indenização, pois dirige a sanções administrativas, que podem ser provocadas pelo usuário. 2.- Afastado pela sentença e pelo Acórdão, as circunstâncias fáticas para configuração do dano moral, prevalece o julgamento da origem (Súmula 7/STJ). 3.- Recurso Especial improvido”. (Resp 1340394 / SP; Relator Ministro SIDNEI BENETI; TERCEIRA TURMA; Data

da Publicação/Fonte DJe 10/05/2013)

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ESPERA EM FILA DE BANCO POR MAIS DE UMA HORA. TEMPO SUPERIOR AO FIXADO POR LEGISLAÇÃO LOCAL. INSUFICIÊNCIA DA SÓ INVOCAÇÃO LEGISLATIVA ALUDIDA. PADECIMENTO MORAL, CONTUDO, EXPRESSAMENTE ASSINALADO PELA SENTENÇA E PELO ACÓRDÃO, CONSTITUINDO FUNDAMENTO FÁTICO INALTERÁVEL POR ESTA CORTE (SÚMULA 7/STJ). INDENIZAÇÃO DE R\$ 3.000,00, CORRIGIDA DESDE A DATA DO ATO DANOSO (SÚMULA 54/STJ). 1.- A espera por atendimento em fila de banco quando excessiva ou associada a outros constrangimentos, e reconhecida faticamente como provocadora de sofrimento moral, enseja condenação por dano moral. 2.- A só invocação de legislação municipal ou estadual que estabelece tempo máximo de espera em fila de banco não é suficiente para desejar o direito à indenização, pois dirige a sanções administrativas, que podem ser provocadas pelo usuário. 3.- Reconhecidas, pela sentença e pelo Acórdão, as circunstâncias fáticas do padecimento moral, prevalece o julgamento da origem (Súmula 7/STJ). 4.- Mantém-se, por razoável, o valor de 3.000,00, para desestímulo à conduta, corrigido monetariamente desde a data do evento danoso (Súmula 54/STJ), ante as forças econômicas do banco responsável e, inclusive, para desestímulo à recorribilidade, de menor monta, ante aludidas forças econômicas. 5.- Recurso Especial improvido”. (REsp 1218497 / MT; Relator Ministro SIDNEI BENETI; TERCEIRA TURMA;

Data da Publicação/Fonte DJe 17/09/2012)

TJ/RJ: Divergência de entendimento entre Câmaras julgadoras, prevalecendo o entendimento de exigência de prova mínima do fato constitutivo do direito do autor que revela insuficiente a impor a condenação postulada. Dano moral não configurado.

“0178347-24.2012.8.19.0004 – APELACAO. 1ª Ementa. JDS. DES. RICARDO ALBERTO PEREIRA - Julgamento: 23/03/2015 - VIGESIMA SEXTA CAMARA CIVEL CONSUMIDOR . Ação de Indenização Fila e Banco. Alegação de falha na prestação por permanecer cerca de 01:10 horas em fila bancária. Sentença de improcedência. Manutenção. Ausência de comprovação probatória produzida que venha alicerçar os fatos trazidos pela Apelante. Relação de consumo. Exigência de prova mínima do fato constitutivo do direito do autor que revela insuficiente a impor a condenação postulada. Dano moral não configurado. Incidência da Súmula 75 do TJRJ. Conhecimento e desprovimento do Recurso, nos termos do que autoriza o art. 557 do CPC. INTEIRO TEOR . Decisão Monocrática - Data de Julgamento: 23/03/2015 ()”.*

“0169937-74.2012.8.19.0004 – Apelação. Decisão Monocrática. Ação Indenizatória. Parte autora alega que ficou 01:55h na fila de espera da agência do banco réu para ser atendido em caixa convencional. Requer indenização por danos morais. O pedido foi julgado procedente sendo a ré condenada ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Inconformismo de ambas as partes. A espera em fila de banco por tempo superior ao previsto em lei é situação desagradável geradora de dano moral. ... (Ver ementa completa) aborrecimento, que atenta contra a dignidade da pessoa humana, com evidente desgaste emocional e físico daquele que espera atendimento. Cabe à instituição bancária se preocupar menos com a lucratividade e mais em bem servir a população, com a eficiência que se espera de uma empresa de qualidade. Verba indenizatória arbitrada dentro dos parâmetros de razoabilidade proporcionalidade. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS. ...Data de Julgamento: 01/04/2014”

TURMAS RECURSAIS – Divergência de entendimentos entre Primeira e Terceira Turmas Recursais.

PRIMEIRA TURMA RECURSAL - Aguardo de mais de uma hora e meia em fila com senha e demonstração do alegado retardo no atendimento mediante documento contendo autenticação mecânica de operação – há dano moral compensável – R\$ 1,000,00.

TERCEIRA TURMA RECURSAL - Não configuração de dano moral diante da simples espera.

c - BANCOS – PORTA GIRATÓRIA - TRAVAMENTO

STJ: É obrigação da instituição financeira promover a segurança de seus clientes, constituindo-se em exercício regular de direito a utilização de porta giratória com detector de objetos metálicos. Em regra, o simples travamento de porta giratória de banco constitui mero aborrecimento, de modo que, em sendo a situação adequadamente conduzida pelos vigilantes e prepostos do banco, é inidônea, por si só, para ocasionar efetivo abalo moral, não exurgindo, por isso, o dever de indenizar. Contudo, se diante das circunstâncias fáticas e constrangimento experimentado pelo consumidor, a situação ultrapassar o mero aborrecimento, há dano moral a ser compensado.

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. POLICIALMILITAR. TRAVAMENTO DE PORTA GIRATÓRIA DE BANCO. DISPOSITIVO DESEGURANÇA. ATO LÍCITO. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. 1. É obrigação da instituição financeira promover a segurança de seus clientes, constituindo-se em exercício regular de direito a utilização de porta giratória com detector de objetos metálicos. 2. Não caracteriza ato ilícito passível de indenização por dano moral o simples travamento da porta giratória na passagem de policial militar armado, ainda que fardado. 3. Recurso especial provido”. (REsp 1444573 / SP;

Relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA; Relator(a) p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA; TERCEIRA TURMA; Data da Publicação/Fonte DJe 17/09/2014).

“RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRAVAMENTO DE PORTA ELETRÔNICA DE SEGURANÇA DE BANCO. DISSABOR, MAS QUE, POR CONSEQUÊNCIA DE SEUS EVENTUAIS DESDOBRAMENTOS, PODE OCASIONAR DANOS MORAIS. CONSUMIDOR QUE FICA, DESNECESSARIAMENTE, RETIDO POR PERÍODO DE DEZ MINUTOS, SOFREDO, DURANTE ESSE LAPSO TEMPORAL, DESPROPOSITADO INSULTO POR PARTE DE FUNCIONÁRIO DO BANCO. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. FIXAÇÃO, QUE DEVE ATENDER A CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. 1. Conforme reconhecido em reiterados precedentes das duas Turmas da Segunda Seção do STJ, em regra, o simples travamento de porta giratória de banco constitui mero aborrecimento, de modo que, em sendo a situação adequadamente conduzida pelos vigilantes e prepostos do banco, é inidônea, por si só, para ocasionar efetivo abalo moral, não exurgindo, por isso, o dever de indenizar. 2. No caso, porém, diante das circunstâncias fáticas e constrangimento experimentado pelo consumidor, ultrapassando o mero aborrecimento, o Banco não questiona a sua obrigação de reparar os danos morais, insurgindo-se apenas quanto ao valor arbitrado que, segundo afirma, mostra-se exorbitante. Está assentado na jurisprudência do STJ que, em sede de recurso especial, só é cabível a revisão de tais valores quando se mostrarem ínfimos ou exorbitantes, ressaíndo da necessária proporcionalidade e razoabilidade que deve nortear a sua fixação. 3. O arbitramento efetuado pelo acórdão recorrido, consistente ao equivalente a 100 salários mínimos, mostra-se discrepante da jurisprudência desta Corte, em casos análogos. 4. Recurso especial parcialmente provido para fixar, em atenção às circunstâncias do caso, o valor de R\$30.000,00 (trinta mil reais)”. (REsp 983016 / SP; Relator Ministro

LUIS FELIPE SALOMÃO; QUARTA TURMA; Data da Publicação/Fonte DJe 22/11/2011)”.
TJ/RJ: Adoção de precedente do STJ

0044284-36.2013.8.19.0066 - APELACAO 1ª EmentaJDS. DES. ISABELA PESSANHA CHAGAS - Julgamento: 17/11/2014 - VIGESIMA QUINTA CAMARA CIVEL CONSUMIDOR APELAÇÃO CÍVEL. PORTA GIRATÓRIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. HIPOSSUFICIENTE TÉCNICA. DANO MORAL CONFIGURADO. O fornecedor de serviço não cumprindo o disposto no artigo 14, § 3º, do CDC e do artigo 333, II, do CPC, torna verossímil as alegações do consumidor, ensejando a aplicação do artigo 14, caput, do CDC no julgamento da presente lide e o dever de indenizar o dano moral in re ipsa. A colocação de porta giratória em agência bancária configura exercício regular do direito, por se tratar de medida de segurança necessária à atividade desenvolvida naquele estabelecimento. No entanto, caso haja excesso por parte dos operadores daquele equipamento, que venha a causar transtornos e constrangimentos aos clientes e frequentadores, a instituição financeira será responsabilizada. Provimento ao recurso. INTEIRO TEOR Decisão Monocrática - Data de Julgamento: 17/11/2014 (*)INTEIRO TEOR Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 04/02/2015 (*)

PRIMEIRA e TERCEIRA TURMAS RECURSAIS: Adoção de precedente do STJ.

d - SAQUES NÃO RECONHECIDOS

STJ: Falha na segurança legitimamente esperada pelo correntista. Obrigação de indenizar. Dano moral in re ipsa.

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. BANCO. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. SAQUES INDEVIDOS COM CARTÃO MAGNÉTICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ART. 14, CAPUT, DO CDC. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO POR PARTE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DAS EXCLUDENTES DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA (§ 3º DO ART. 14 DO CDC). SÚMULA 07/STJ. DISSÍDIO NÃO COMPROVADO. AGRAVO DESPROVIDO”. (AgRg no Ag 1375928 / RS; Relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO; TERCEIRA TURMA; Data da Publicação/Fonte DJe 21/08/2012).

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. VALORES INDEVIDAMENTE SACADOS DE CONTA CORRENTE, VIA INTERNET, DE FORMA FRAUDULENTA POR TERCEIRO. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. FALHA NA SEGURANÇA LEGITIMAMENTE ESPERADA PELO CORRENTISTA. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. DANO MORAL IN RE IPSA.PRECEDENTES. PENA PRIVADA. INAPLICÁVEL. REPETIÇÃO NA FORMA SIMPLES.ENGANO JUSTIFICÁVEL. ARTIGO 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CDC.RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO”. (AgRg no REsp 1138861 / RS; Relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO; TERCEIRA TURMA; Data da Publicação/Fonte DJe 10/05/2012)”.

TJ/RJ: Fortuito interno que não exonera a entidade creditícia de responsabilização, pelo próprio dever de guarda do numerário, mas sem o condão de autorizar a restituição pela dobra.

“0174195-44.2009.8.19.0001 – APELACAO. 1ª Ementa. DES. MURILO KIELING - Julgamento: 08/04/2015 - VIGESIMA TERCEIRA CAMARA CIVEL CONSUMIDOR

EMENTA. Recurso de Apelação. Relação de consumo. Saques no total de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) não reconhecidos pelo

cidadão-consumidor. Sentença de parcial procedência. Recurso privativo do cidadão-consumidor, objetivando o reconhecimento da repetição do indébito pela dobra, a elevação dos danos morais e da verba honorária. Inaplicabilidade do artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. Canhestra situação, não aceitável, mas não a ponto de caracterizar a penalidade da dobra, até mesmo pela atipicidade do tipo punitivo consumerista: ¿cobrança indevida¿. A hipótese, como bem alinhado, é de saques ilícitos na conta corrente do cidadão-consumidor, fortuito interno que não o exonera a entidade creditícia de responsabilização, pelo próprio dever de guarda do numerário, mas sem o condão de autorizar a restituição pela dobra. A propósito, não se pode retirar-lhe a condição de igual-lesado. Dano Moral. Atendimento ao binômio equilíbrio e razoabilidade. Precedentes. Qualquer reflexão acerca da percepção de honorários implica, igualmente, em lembrança ética no cumprimento do seu desiderato em prestígio da Instituição, na valorização do próprio advogado, cumpridor do Código de Ética e Disciplina que proporciona a disseminação da conscientização, da responsabilidade profissional, mas, sobretudo para o munus com a consciência de que as ações devem ser levadas a efeito em favor da sociedade. Afinal, o advogado detém uma missão constitucional consoante disciplina e impõe o artigo 133 da Constituição Federal: ¿O advogado é indispensável à administração da Justiça¿. Elevação da verba honorária a 15% (quinze por cento) do valor da condenação. RECURSO CONHECIDO e DADO PARCIAL PROVIMENTO. INTEIRO TEOR - Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 08/04/2015 ()*

PRIMEIRA e TERCEIRA TURMAS RECURSAIS: Situação é analisada caso a caso com o escopo de extrair se a situação configura fortuito interno. Em caso de evidências de saques indevidos, há que se determinar a restituição do valor pago. Em regra, não há dano moral a ser compensado.

e - COBRANÇAS INDEVIDAS SEM NEGATIVAÇÃO

STJ: Excepcionalmente reconhece o direito à indenização por dano moral se houver cobrança indevida de forma persistente mesmo após reclamação administrativa.

“RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - RECEBIMENTO DE RECURSO ADESIVO COMO PRINCIPAL - IMPOSSIBILIDADE - APRESENTAÇÃO ANTECIPADA DO APELO ADESIVO, ANTES DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO PRINCIPAL - INADMISSIBILIDADE - COBRANÇA PERSISTENTE DE DÍVIDA INDEVIDA, MESMO APÓS RECLAMAÇÕES POR TELEFONE E POR MEIO DO PROCON - FIXAÇÃO DO QUANTUM DA INDENIZAÇÃO EM CONSONÂNCIA COM AS PECULIARIDADES DO CASO - NECESSIDADE - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Qualificado expressamente um recurso como adesivo na peça de interposição, afigura-se inviável tratá-lo como se principal, pois, em tal hipótese, se tem erro inescusável a afastar o princípio da fungibilidade. 2. O direito processual brasileiro somente admite a interposição de recurso adesivo no prazo da apresentação de contra-razões. Dessarte, caso o manejo de recurso adesivo seja anterior ao recurso principal, mister se torna o seu não conhecimento, por manifesta extemporaneidade. 3. Havendo a cobrança persistente de dívida indevida por longo tempo e inexistindo a negativação do nome da vítima em órgão de proteção ao crédito, as peculiaridades do caso concreto, a condição financeira das partes litigantes e o caráter pedagógico da indenização por danos morais conduzem à quantificação desta no valor de R\$ 7.000,00 (sete mil reais). 4. Recurso especial parcialmente provido”. (REsp 1105923 / DF; Relator Ministro MASSAMI UYEDA; TERCEIRA TURMA; Data da Publicação/Fonte DJe 25/08/2010)”.

TJ/RJ: Reconhece a incidência de dano moral por considerar for-
tuito interno e em homenagem a Teoria do Risco do Empreendimento.

“0023179-71.2012.8.19.0087 – APELACAO.1ª Ementa. DES. ANTONIO CARLOS BITENCOURT - Julgamento: 14/04/2015 - VIGESIMA SETIMA CAMARA CIVEL CONSUMIDOR EMENTA APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZATÓRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. COBRANÇAS INDEVIDAS. CANCELAMENTO DO SERVIÇO DENOMINADO “VELOX”. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. INÉRCIA DA RÉ EM TOMAR AS PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS PARA EFETIVAR O CANCELAMENTO DOS SERVIÇOS DE INTERNET EM SEUS SISTEMAS, E A SUA INJUSTA RECALCITRÂNCIA EM COBRAR POR UM SERVIÇO NÃO PRESTADO. ADEMAIS, CABERIA À RÉ DEMONSTRAR A CONFIGURAÇÃO DE QUAISQUER DAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE, ÔNUS QUE DE CERTO NÃO SE DESINCUMBIU, CONFORME DISPÕE O ART.333, II, CPC. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONSTATADA. FORTUITO INTERNO. APLICABILIDADE DA TEORIA DO RISCO DO EMPREENDIMENTO. SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL. DANO MORAL CONFIGURADO. VALOR DE R\$ 3.000,00 (TRÊS MIL REAIS) QUE ATENDE AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE, ALÉM DE ATINGIR O OBJETIVO PUNITIVO-PELAGÓGICO. SENTENÇA IRRETOCÁVEL. RECURSOS QUE SE NEGAM PROVIMENTO, NA FORMA DO ARTIGO 557, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INTEIRO TEOR Decisão Monocrática - Data de Julgamento: 14/04/2015 (*)”.

TURMAS RECURSAIS – Divergência de entendimentos entre Primeira e Terceira Turmas Recursais.

PRIMEIRA TURMA RECURSAL - mesmo entendimento adotado pelo TJ/RJ. Fixação da verba compensatória, em regra, no valor de R\$ 2.000,00.

TERCEIRA TURMA RECURSAL – segue entendimentos STJ (em regra, não configurado o dano moral).

f - MANUTENÇÃO INDEVIDA DE NEGATIVAÇÃO

STJ: Entende indevida a manutenção, porém não fixa um patamar indenizatório.

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INSCRIÇÃO INDEVIDA. CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANOS MORAIS. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DOS PREJUÍZOS. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. 1 - A indevida manutenção da inscrição do nome do devedor em cadastros de inadimplentes gera o direito à indenização por danos morais, sendo desnecessária a comprovação dos prejuízos suportados, pois são óbvios os efeitos nocivos da negativação. 2 - Ademais, para que se infirmassem as conclusões do aresto impugnado, no sentido da ocorrência de dano moral causado ao agravado por culpa do agravante, seria necessária a incursão no campo fático-probatório da demanda, providência vedada em sede especial, conforme dispõe a súmula 07/STJ. 3 - Agravo regimental desprovido”. (AgRg no Ag 845875 / RN; Relator Ministro FERNANDO GONÇALVES; QUARTA TURMA; Data da Publicação/Fonte DJe 10/03/2008).

TJ/RJ: Entende indevida a manutenção, fixando a verba compensatória em R\$ 7.000,00.

“0168934-59.2013.8.19.0001 - APELACAO 1ª Ementa DES. MARCOS ALCINO A TORRES - Julgamento: 13/04/2015 - VIGESIMA SETIMA CAMARA CIVEL CONSUMIDOR Apelação. Ação indenizatória. Renegociação de dívida. Permanência do nome do consumidor nos cadastros restritivos de crédito. Manutenção indevida. Falha na prestação do serviço. Ausência de causa excludente da responsabilidade objetiva. Dano moral. Majoração. Parcial reforma da sentença. 1. O caso dos autos retrata nítida relação de consumo, em virtude da perfeita adequação

aos conceitos de consumidor por equiparação (art. 2º), fornecedor (art. 3º, caput) e serviço (art. 3º, § 2º), contidos na Lei 8.078/90. 2. In casu, conforme ressaltou o juiz sentenciante, houve uma repactuação da avença, conforme a informação de liquidação do contrato de nº 52100003903 em 16/09/2011, bem como a abertura, na mesma data, de novo contrato, este de nº 52110001246. Acresce-se, ainda, que o próprio banco réu trouxe aos autos telas sistêmicas que demonstram que o contrato original está com baixa. 3. Com efeito, cabia à ré, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, ou do art. 333, II, do CPC, o ônus de comprovar que a manutenção do nome da autora em cadastro restritivo de crédito é legítima, o que não se verifica na hipótese dos autos. 4. O dano moral advém da postura abusiva e desrespeitosa da empresa, impondo o arbitramento de valor indenizatório justo e adequado ao caso, arcando a ré ainda com os ônus da sucumbência. 5. Nesta parte, considerando os critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, em vista de casos análogos e observância ao seu aspecto compensador ao que se atribui até mesmo um componente punitivo, em vista das circunstâncias do caso concreto, o valor indenizatório deve ser majorado para R\$ 7.000,00. 6. Negativa de seguimento ao primeiro recurso. Provisório do segundo. INTEIRO TEOR Decisão Monocrática - Data de Julgamento: 13/04/2015 ()."*

PRIMEIRA e TERCEIRA TURMAS RECURSAIS: Entendem indevida a manutenção, fixando a verba compensatória em R\$ 4.000,00.

g - NEGATIVAÇÃO INDEVIDA

STJ: Mantém as indenizações fixadas a título de dano moral entre R\$5.000,00 e R\$15.000,00.

TJ/RJ: Fixação no valor de R\$ 10.000,00.

“0245274-10.2014.8.19.0001 - APELACAO 1ª Ementa DES. MONICA DE FARIA SARDAS - Julgamento: 15/04/2015 - VIGESIMA PRIMEIRA CAMARA CIVEL APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DANOS MORAIS. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. NEGATIVAÇÃO INDEVIDA. DANO MORAL À PESSOA JURÍDICA. SÚMULA 227 STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO R\$10.000,00 (DEZ MIL REAIS) DEVIDAMENTE FIXADO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Dano moral. Ofensa à honra objetiva da pessoa jurídica, em razão de inclusão do nome da apelada em cadastro restritivo de crédito. 2. Indenização fixada com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade (verbete n.º 116, do Aviso TJRJ nº 55/12). NEGATIVA DE PROVIMENTO AO RECURSO. INTEIRO TEOR Decisão Monocrática - Data de Julgamento: 15/04/2015 ()*

PRIMEIRA E TERCEIRA TURMAS RECURSAIS: Indenização por danos morais variando entre R\$ 7.000,00 e R\$ 12.000,00.

6. Conclusões

Pelo trabalho comparativo realizado, é possível verificar que, se em 1973, quando do advento do Código de Processo Civil em vigor, já se pensava em uniformização jurisprudencial, em 2015, com a distribuição crescente de demandas, principalmente as de massa, a efetiva adoção da uniformização buscará assegurar tratamento igualitário aos jurisdicionados que trazem à apreciação do Judiciário demandas idênticas. Isso, certamente, contribui para solidificar a legitimidade das decisões judiciais.

No entanto, o direito não é uma ciência matemática para ser ape-

nas mensurada em números.

Vale recordar a lição de Ihering¹¹

O direito não é uma simples idéia, é uma força viva. Por isso a justiça sustém em uma das mãos a balança com que pesa o direito; enquanto na outra segura a espada por meio da qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta; a balança sem a espada, a impotência do direito. Uma completa a outra, e o estado de direito só pode existir quando a justiça sabe brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.

Assim, vale lembrar que o direito é uma ciência social e que a uniformização da jurisprudência deve ser um instrumento para atender aos Princípios tanto da Justiça como da Celeridade Processual, não servindo de argumento para dissociar a toga da realidade social, tampouco para engessar o hermeneuta.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. 3ª edição. São Paulo: Editora Minelli, 2005.

Ihering, Rudolf von. *A luta pelo direito*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 1998.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V. I. 17ª ed. inteiramente revista. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008.

11 Ihering, Rudolf von. *A luta pelo direito*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 1998. p.53.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, volume I. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1 e 4.

GRECO, Leonardo. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. Disponível na Internet. Acesso em 26/04/2015.

TARUFFO, Michele. *Precedente e Giurisprudenza*. In: *Revista Trimestale de Diritto e Procedura Civile*, Milano: Dott. A. Giuffrè, p. 709, 2007.

MEIOS ALTERNATIVOS

Desembargador Antonio Carlos Esteves Torres

Diretor Adjunto do CEDES

Nossa palavra, hoje, vai para os meios alternativos para a solução de conflitos. Embora nada de novo no cenário das relações humanas, em termos de composição de litígios, há concordância quanto ao semiesgotamento do sistema judiciário oficial. Ninguém pode deixar de conjecturar sobre os reflexos que cem milhões (100.000.000) de processos em curso, num país, ainda que de dimensões continentais, como o Brasil, podem incutir na dinâmica da engrenagem julgadora. Este algarismo assustador agrava os resultados quando se sabe que o contingente de magistrados no país não chega a 20.000. Cada um (guardadas as proporções e diferenças entre as especialidades e instâncias) se responsabiliza por 5.000 causas. A exemplo do que ocorre com a população nacional, enquanto falamos, nascem, no mínimo, 5.000 novas criaturas e igual número de distribuições processuais, sem cessação. A progressão é desgraçadamente geométrica, constante, imparável (incessável é muito feio). O exercício de julgador, por mais de quarto de século, com histórico de vivência em milhares, milhares, e milhares de decisões, é a uma justificativa para oferecer sugestões ao debate sobre este momento da conciliação, mediação e arbitragem.

Hoje, qualquer pessoa de dois a duzentos (não será difícil, dentro em breve) anos, pode, com um mínimo de domínio digital, recolher todas as noções e conceitos sobre esta e qualquer a matéria. A opção internético-googleana, mais segura e rica, quanto mais não seja, pouparia a muitos o dissabor de desapontar o sol ao não encontrá-los ao

leito. Em dias atuais, o exercício intelectual tem mais um desafio: buscar (como buscávamos na minha adolescência -59/60- relógios modernos em pulso de personagens indígenas dos filmes norte-americanos) o que o Professor Google não registra ou, quando o faz, comete erro. O sistema de informações e de captação de dados (incluindo os seus) não pode adiantar (ainda) o que vai em meus pensamentos. Assim, pelos próximos minutos, Dr. Google está em desvantagem.

Não é toda gente, mesmo entre os iniciados dos temas jurídicos, que tenha percebido o papel mediador do magistrado oficial. A leitura atenta do art. 125, do CPC (139, do CPC em vacância) revela que o vocábulo conciliação sempre teve compromisso com outros objetivos decisórios mais largos, além do a que se refere a tecnologia moderna para solver dissidências. É só comparar os dois textos, o atual e o que virá após o período de reflexão, para se ter a certeza de que, neste particular, a filosofia organizacional e protetiva da higidez processual é a mesma.

A redação do art. 125 do CPC ainda em vigência destaca, como bússola do mister julgador, a garantia da igualdade entre as partes; a celeridade (**tempo razoável**) decisória; o impedimento de atos atentatórios à dignidade da justiça, (**protelações**) e a obrigatória tentativa (**promoção**) conciliatória (**autocomposição, com auxílio de conciliadores e mediadores**) a qualquer tempo.

As expressões entre parênteses estão inseridas no art. 139, do CPC em vacância, de modo a explicar o sentido do dever com que o juiz exerce seu mister. Desta forma, pode-se concluir que a fórmula ainda vigente, por si mesmo, já impõe ao magistrado a busca da solução, a qualquer tempo, como finalidade processual a ser alcançada com a ajuda das próprias partes, cuja aproximação entre si configura a mecânica conciliatória ou mediadora (tória).

No tocante ao uso dos meios alternativos, especialmente, o mediador, os magistrados já vem utilizando a filosofia consubstanciada na Lei em vacância, cuja largueza conceitual se revela na expressão a qualquer tempo, mantida.

Conceitos e consideração se interpenetram ao longo dos tempos, na visão da magistratura, sobre os meios alternativos de composição de litígio. Distinguem-se entre a mais envolvente indiferença dos laivos positivistas (*quod non est in actis non est in mundo*), até a aceitação inevitável, por autoconvencimento ou por imposição legal. A etapa da Lei nº 9.307/96, sua autoafirmação constitucional no STF, e a ratificação da Convenção de Nova Iorque. Nos dias atuais, a avassaladora quantidade de processos em andamento e a impossibilidade física de o juiz oficial promover justiça em tempo razoável elegem os meios alternativos como opção inevitável, na tentativa de alteração do quadro dantesco.

Os meios alternativos de solução de conflitos têm um longo histórico. Não é difícil conceber que, na realidade, antes que o Judiciário se estruturasse como poder, ao menos em termos doutrinários do século XVIII, era através de intermediários facilitadores que as desavenças eram compostas, quando não atuavam agentes reais ou dos senhores feudais, em épocas diversificadas. (NOTA: O sistema comunitário-concelhio fundava-se na auto-organização das comunidades camponesas... O sistema senhoria baseia-se no poder disciplinar do *pater* sobre os membros da casa... O sistema real de justiça equivalia, inicialmente, ao sistema senhorial... O sistema de justiça eclesiástica... e assim por diante, até as jurisdições especiais, como os tribunais comerciais; ouvidores da alfândega;... os tribunais de árbitros avindores, para resolver questões decorrentes das relações de trabalho. (Introdução histórica ao Direito

Como se pode verificar das disposições do art. 165, do NCPCV, conciliadores e mediadores passam a desempenhar funções de auxiliares da justiça, ocupando-se da mecânica promotora de autocomposição entre as partes em litígio, haja(conciliadores) ou não(mediadores) vínculo anterior entre as partes. Tem-se que a natureza deste vínculo merece análise mais detida. Vizinhos que se relacionam há anos podem se desavirem. Neste caso, o que significaria vínculo? A ver.

Na realidade, conciliadores e mediadores, no âmbito judicial, atuam sob comando e orientação do magistrado, como qualquer auxiliar. As composições dependem, para a perfeita eficácia, de homologação judicial (art.331, §1º, CPC, e 334, §11, NCPCV). Mas o espírito facilitador da potencialidade dos litigantes permanece, garantida a autonomia.

Os auxiliares conciliadores e mediadores, na forma do instituído pelo NCPCV, art. 166, se submetem a responsabilidade qualificada, autonomia, independência, confidencialidade, oralidade, informalidade, informação. O sigilo é inerente à função.

Os centros judiciários de solução consensual de conflitos, a serem criados nos Tribunais, estimularão a autocomposição – NO TJERJ NÚCLEO PERMANENTE DE MÉTODOS CONSENSUAIS –NUPEMEC – para cumprimento do comando expresso na Resolução CNJ 125/2010 – remetem-se ao princípio da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário (a lei não excluirá da apreciação do PJ lesão ou ameaça a direito e aos princípios da administração pública do art. 37, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência). As partes que não recebem a devida informação sobre o alcance dos meios alternativos ignoram, muita vez, o compromisso de conciliadores,

mediadores e árbitros com a imparcialidade. A mesma a que estão submetidos os magistrados, na forma do art. 134/139, do CPC, 144/149 do NCPCV.

Em conclusões provisórias, resumimos:

O ÁRBITRO DEVE SER DE ILIBADA CONDUTA – A Lei nº 9.307 se refere a qualquer pessoa, art. 13. Basta ser capaz civilmente e gozar da confiança das partes. Se, entretanto, o árbitro estiver vinculado a entidades da espécie, a esta caberá a manutenção em seus quadros do nomes que estejam à altura do mister. Entre as qualificações, talvez, a jurídica não seja a mais importante.

O MAGISTRADO E SUA CONDIÇÃO HUMANA IMPOSTERGÁVEL – Os magistrados têm em confronto a imperiosa qualificação ética e a montanha de casos a julgar. O juiz deve se aprimorar para o exercício do cargo. Tanto quanto possível, sua personalidade deverá ser objeto de autoestudo (psicanalítico), para evitar transferências e autojulgamentos. Aos árbitros, conciliadores e mediadores, também se faz a mesma recomendação.

O CONCILIADOR, O MEDIADOR E O ÁRBITRO – FIGURAS ESPECIAIS – Por serem figuras especiais, são discretos, éticos, cultos ou, ao menos, detentores de condições de definição de litígios e aptos a ajudar na solução, encaminhando-a ou proferindo-a, quando árbitro.

São exigências naturais das funções mediadoras: TÉCNICA DE DINÂMICA DE GRUPO – PSICOLOGIA – PSICANÁLISE - O DIAGNÓSTICO DO LITÍGIO; A OITIVA DAS PARTES, SEPARADA OU CONJUNTAMENTE; A OITIVA PACIENTE DAS PARTES; A COLETA DA MANIFESTAÇÃO DA VONTADE, QUANTO À ELEIÇÃO DO MÉTODO.

O CONHECIMENTO DA REALIDADE NACIONAL ÉTNICO- SÓCIO-ECONÔMICA É INDISPENSÁVEL TAMBÉM. O POVO BRASILEIRO TEM SUAS PECULIARIDADES. ENQUANTO SOCIÓLOGOS ESTUDAM A CONFORMAÇÃO ÉTNICA PARA DEFESA DE TESES SOBRE O BRASILEIRO, AO MAGISTRADO, QUE ATUA NA DINÂMICA SOCIAL, NÃO É DADO IGNORAR ESSAS IDIOSINCRASIAS, QUE ENVOLVEM CONFLITOS E DESAVENÇAS.

NOVOS INSTITUTOS DO CPC DE 2015 E AS ATRIBUIÇÕES DO ÓRGÃO ESPECIAL

Desembargador Carlos Eduardo da Fonseca Passos

Diretor Geral do Centro de Estudos e Debates do TJ-RJ

Apesar do breve período de estada no Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na condição de membro eleito, este tempo já me permitiu descortinar que este órgão julgador padece de insuficiência, para suportar a enorme gama de atribuições, que lhe foi destinada pelo CPC de 1973, e, especialmente, pelo Regimento Interno do Tribunal de Justiça.

Além disso, a necessidade da especialização está a exigir reformulação da competência do Órgão Especial, malgrado minha visão generalista do Direito. Afinal, a especialização aprofunda a ciência, muito embora não se possa prescindir da visão de conjunto.

De fato, há matérias tão específicas, dependentes de um grau maior de aprofundamento científico, que só mesmo especialistas têm condições de dirimi-las em tempo compatível com a velocidade requerida para a manutenção de níveis aceitáveis de eficiência.

Ora, o CPC de 2015 cria novos institutos, que exigem o concurso de conhecimento aprofundado em grau superior ao do meramente funcional, além de prestigiar o direito pretoriano de forma incisiva, ao dispor no art. 926, **caput**, que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Para dar cumprimento a esta norma, é necessário criar órgãos aptos a atender

a tal comando normativo.

O futuro Código de Ritos extingue o incidente de uniformização da jurisprudência e atribui ao regimento interno edição dos “enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante” (art. 926, §1º, do CPC), cujo ato normativo também disporá sobre a forma e os pressupostos.

A despeito dos inúmeros defeitos que se possam atribuir ao Código vacante, nesse aspecto, ele é elegante e técnico, pois não se refere a súmulas, no plural, e alude a enunciados da súmula, pois esta (não há mais de uma súmula por tribunal) é constituída pelos verbetes fundados nos precedentes que a compõem.

De igual modo, o Código de 2015, no tocante ao incidente de demandas repetitivas, se absteve de indicar o órgão competente para julgamento, mas mencionou que será o mesmo de que se incumbirá o responsável pela uniformização da jurisprudência, conforme o regimento (art. 978, do CPC), em face da similaridade dos institutos.

De outro lado, no que tange ao incidente de assunção da competência, que nada mais é do que outro modo de uniformizar o direito pretoriano, aliás, já existente no CPC de 1973 (vide art. 555, §1º, do CPC), de pouquíssima utilização até o momento, que tratará de questão “com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos”, também, no que diz respeito ao órgão competente, este é entregue aos cuidados de normas regimentais (art. 947, §1º, do CPC).

Isto parece significar que o legislador processual de 2015, no mínimo, insinua a inadequabilidade do Órgão Especial para absorver o julgamento de tantas matérias.

Não é difícil imaginar, sem correr o risco de o raciocínio ser acusado de especulativo, quais as demandas de massa irão submeter-se ao incidente de demandas repetitivas. Basta que se trabalhe com as regras de experiência e estas têm mostrado que a massificação de ações judiciais concentra-se em quatro matérias, a saber, de consumo, fazendária, tributária e previdenciária, todas, portanto, de natureza não penal.

São tais matérias que o órgão ou os órgãos incumbidos da resolução do incidente de demandas repetitivas irão enfrentar.

Em outra linha de pensamento, a composição do Órgão Especial é pouco favorável para o exame de tais questões, uma vez que nele tem assento desembargadores especialistas em matéria penal e pouquíssimos desembargadores na área especializada, Direito do Consumidor.

Quer isto dizer que, além de o Órgão Especial enfrentar irrecusável dificuldade em dar conta do que atualmente lhe é submetido, não por culpa de seus integrantes, todos abnegados, mas pela enorme competência que lhe é atribuída, estes novos institutos comprometerão grandemente a celeridade de julgamento que se exige de uma das unidades julgadoras mais importantes do Tribunal de Justiça, que, além do mais, tem a incumbência de apreciar e dirimir, também, questões de ordem administrativa das mais relevantes e inadiáveis.

É chegado o momento, portanto, de serem criados os órgãos julgadores, Câmaras Cíveis Reunidas e Câmaras Cíveis Reunidas Especializadas, cuja composição pode ser similar à do Órgão Especial (antiguidade e eleição), integradas por desembargadores cíveis e desembargadores especializados que não façam parte do Órgão Especial, sendo referidos órgãos presididos pela Primeira Vice-Presidência do Tribunal.

Assim, poderão fazer parte das Câmaras Cíveis Reunidas e das especializadas desembargadores não integrantes do Órgão Especial e que compõem Câmaras Cíveis e especializadas, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo Tribunal Pleno, cujos órgãos julgadores ficarão incumbidos de conhecer e decidir:

- a) Ações rescisórias de acórdãos proferidos por Câmaras Cíveis e Câmaras Cíveis especializadas;
- b) Incidentes de resolução de demandas repetitivas;
- c) Incidentes de assunção de competência;
- d) Edição, revisão ou cancelamento dos enunciados de súmula correspondente a sua jurisprudência dominante de matéria não penal.

O número de desembargadores destes órgãos julgadores ou o quórum de julgamento deverão ter em consideração o disposto no art. 942, §3º, inciso I, do CPC de 2015, quanto à técnica de julgamento (substitutiva dos embargos infringentes) em relação às demandas rescisórias, quando aplicável disposição legal acima mencionada.

Referidas Câmaras Cíveis Reunidas poderão ter suas respectivas secretarias vinculadas às do Órgão Especial e Tribunal Pleno, para não gerar despesas.

A especialização, a descentralização da jurisdição e o enorme volume de trabalho do Órgão Especial estão a exigir a criação desses órgãos julgadores, Câmaras Cíveis Reunidas e Câmaras Cíveis Reunidas especializadas, o que permitirá a natural oxigenação, com o concurso de desembargadores mais recentes na ordem de antiguidade em processos decisórios relevantes.

MATÉRIA

Administrativa



PROJETO PARA MONITORAMENTO E SOLUÇÃO DE DEMANDAS ANÁLOGAS MULTITUDINÁRIAS.

Juiz Leonardo de Castro Gomes

OBJETO E FUNDAMENTO.

O Projeto que ora se desenvolve visa atender ao disposto no artigo 2o, VI, da Resolução TJ/OE/RJ nº 04/2001, que institui Centro de Estudos e Debates – CEDES como atividade vinculada ao Tribunal de Justiça, com a redação que lhe foi dada pela Resolução TJ/OE/RJ nº 06/2015, segundo o qual

Art. 2º. As funções do CEDES serão desempenhadas por [.....], cabendo lhe, com o suporte administrativo e material do Gabinete da Presidência:

[.....]

VI - monitorar, em caráter permanente, a configuração de demandas análogas multitudinárias, propondo à Administração Superior as providências pertinentes;

Assim, a partir da análise das motivações e ferramentas que alimentam as demandas análogas multitudinárias, são montadas estratégias para sua contenção, em especial do demandismo, com as quais se buscará o aprimoramento da atividade jurisdicional como um todo. Em seguida, são apresentadas propostas concretas, gerais e pontuais, e, posteriormente, observações finais.

O PROBLEMA.

Demandas de massa e demandismo.

Demandas de massa podem ser motivadas por razões legítimas, como aquelas que decorrem de evento lesivo de grande proporção ou mesmo de prática abusiva reiterada por grandes corporações em detrimento do mercado consumidor.

Desses casos já se ocupou bastante o legislador, com ferramentas que otimizam e aprimoram a prestação jurisdicional, seja através da disciplina das ações coletivas ou de procedimentos de uniformização de jurisprudência, os quais tornam previsível a resposta judicial e, assim, facilita soluções extrajudiciais para a contenção de novas demandas.

Ainda assim, há espaço para atuação do CEDES, na medida em que novos conflitos multitudinários legítimos se formam todos os dias e a existência de mecanismos que viabilizem uma pronta identificação daqueles possibilita a antecipação de abordagens jurídicas dos casos, que auxiliará os juízos que os enfrentarão, evitando diligências inoportunas no processo¹.

Também, sendo o Judiciário um termômetro dos conflitos da sociedade, é natural que dele se extraiam subsídios para a implementação dos remédios legais visando a proteção dos interesses coletivos. Assim, estabelecida parceria com o Ministério Público através de suas Promotorias de Tutela Coletiva, a rápida identificação e comunicação dos conflitos coletivos ampliariam o alcance preventivo das ações daquele órgão.

1 Neste exato instante há rumores de quebra de uma das maiores operadoras de plano de saúde do País, o Grupo Unimed, com expectativa de um grande número de ações por parte de seus beneficiários. O acompanhamento atento dos conflitos desdobrados possibilita a elaboração de propostas judiciais que servirão de norte aos julgadores que os enfrentarão, permitindo a otimização de procedimentos.

Por outro lado, há demandas de massa fundadas em falhas normativas que, uma vez identificadas, podem ser objeto de recomendação por parte do Poder Judiciário ao poder público correspondente, visando o saneamento ou aprimoramento da norma.

Ao lado das demandas de massa legítimas, existem aquelas desprovidas de razão justa, que consubstanciam a prática do chamado demandismo, termo empregado para caracterizar o ajuizamento de processo como um fim em si e não com o intento de pacificação de um conflito. Trata-se de uma distorção conceitual, na medida em que tais casos proporcionam lide sem um litígio equivalente.

Muito já se escreveu sobre o mal que tal fenômeno acarreta ao Judiciário, provocando seu indevido abarrotamento e o enriquecimento ilícito dos demandantes e dos escritórios de advogados que os patrocinam, através de lides temerárias, ora sobrepostas, ora fundadas em fatos distorcidos².

Se, por um lado, as demandas de massa legítimas contam com so-

2 Exemplo maior de tal prática foram as ações indenizatórias por apontamento em cadastro restritivo de crédito, sob o argumento da inexistência de contrato a respaldar a dívida. Foram milhares de ações falaciosas movidas em face de grandes corporações, valendo-se da desorganização do fornecedor que não instruiu devidamente o processo ou que optava por não custear dispendiosa prova pericial grafotécnica. Após alguns anos da prática temerária e milhões de reais em condenações impostas em erro a que os julgadores foram induzidos, foi constituído o Grupo de Trabalho para Averiguar Eventuais Irregularidades na Propositura de Ações no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro pelo Ato Executivo nº 4885, de 07/10/2011, acarretando a instrução de diversas ações penais em face dos advogados que patrocinaram tais demandas. Embora ainda haja ações do tipo, houve sensível diminuição no número geral de distribuições para as varas cíveis da capital do Estado do Rio de Janeiro. Tomando a 17ª Vara Cível por exemplo, seguem as médias mensais de novas demandas desde o ano anterior à constituição do Grupo até o ano de 2014:

2010 – 141

2011 – 144 [ano de constituição do Grupo no mês de outubro]

2012 – 127

2013 – 126

2014 – 131

Percebe-se daí que houve sensível redução de demandas em geral a partir da atuação do Grupo, levando à conclusão da influência negativa que os ares do demandismo exercem sobre o funcionamento da Justiça como um todo.

luções processuais abrangentes para sua prevenção, a prática do demandismo ainda carece de uma reação proporcional do Judiciário.

A constatação é justificável, na medida em que aqueles que o promovem sempre buscam uma falha judiciária, normalmente atrelada a uma desinformação. O demandista se aproveita da falta de uma informação no processo para alcançar seu intento doloso.

As penalidades por litigância de má-fé têm alcance pontual e limitado, insuficiente, na prática, para inibir novas demandas temerosas. Logo, as soluções para sua contenção passam também pela minimização de tais falhas, além do emprego de ferramentas e rotinas hábeis que as identifiquem e possibilitem uma ampla rede de informações para sua correção.

Motivações e ferramentas que alimentam o demandismo. Institutos jurídicos correlacionados.

Para a elaboração do remédio, necessário conhecer a doença. É de constatação geral que o demandismo ocorre principalmente em razão do fomento proporcionado por escritórios de advocacia motivados pela expectativa dos honorários contratuais e sucumbenciais. É igualmente notório que a prática encontra terreno fértil nas camadas mais carentes da sociedade, através da sedução por um proveito financeiro oriundo de algum incidente consumerista.

Na medida em que tais incidentes trazem baixo valor relativo e que os honorários são calculados proporcionalmente ao proveito econômico obtido, os pedidos são formulados de maneira a intensificar seu conteúdo econômico. Para tanto, os demandistas se valem de dois subterfúgios de valor originalmente intangível: a indenização por danos morais e as astreintes.

Neste sentido, a prática demandista, de regra, visará o enriquecimento através dos institutos dos honorários advocatícios, dos danos morais e das astreintes.

No entanto, a atenção não deve se limitar aos propósitos do demandista, mas também alcançar as ferramentas que aquele utiliza em sua empreitada: (a) o benefício da assistência judiciária gratuita, com o que diminui seus riscos e custos, incluindo os da sucumbência e de eventual perícia; (b) abuso dos institutos de proteção ao consumidor, em especial a inversão do ônus da prova e a opção de foro, de modo a favorecer e baratear a logística do respectivo patrono; (c) aliada ao argumento da vulnerabilidade do consumidor, a exposição de argumentos e pedidos genéricos, com o que se torna imprecisa a informação no processo; (d) afirmação de inverdades, que podem se referir à própria relação entre patrono e patrocinado; (e) também valendo-se da opção de foro pelo consumidor, o ajuizamento de demandas conexas ou sobrepostas perante juízos distintos, com o que aumenta a probabilidade e o volume de seu enriquecimento.

Em suma, portanto, o demandismo orbita os seguintes institutos jurídicos:

- sucumbência e honorários;
- danos morais;
- astreinte;
- gratuidade de justiça;
- inversão do ônus da prova;
- competência territorial por opção do consumidor;
- aptidão da demanda (causa de pedir suficientemente definida e pedido determinado ou determinável);

- representação da parte autora;
- litigância de má fé (afirmação de inverdades);
- conexão e repetição de demandas.

A relação não é exaustiva, mas bastante exemplificativa dos cuidados a serem tomados no combate ao demandismo.

Também há casos peculiares, não relacionados a nenhum instituto acima, pelos quais o demandista busca prevalecer interpretação equivocada do direito material em um determinado tema, por vezes em razão de posicionamento jurisprudencial minoritário³.

ESTRATÉGIAS DE CONTENÇÃO: ADMINISTRATIVA, NORMATIVA E JUDICIAL.

Visando uma facilitação conceito-operacional, as estratégias de contenção das demandas análogas multitudinárias serão divididas de acordo com as características da função estatal correlata. Assim, as propostas concretas são formuladas através de estratégias administrativa, normativa e judicial.

A estratégia administrativa implica a criação de mecanismos e rotinas que facilitem a pronta identificação das demandas de massa legítimas e ilegítimas e propiciem a devida informação ao processo, desta forma corrigindo as falhas do sistema judicial que permitem a ocorrência daquelas últimas. Tais ferramentas, que deverão contar

³ Cito, aqui, o exemplo das demandas revisionais que questionam anatocismo em contrato bancário e que se apegam a interpretação hoje superada acerca da inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 2.170-36/2001. Um segundo exemplo é o pedido de repetição de tarifa de esgotamento quando não há tratamento de resíduos, matéria já pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1339313/RJ). Outro exemplo recente se refere à recomposição das perdas inflacionárias sobre indenização do seguro obrigatório (DPVAT) desde a elaboração da Medida Provisória nº 340/2006, que fixou o valor máximo em R\$ 13.500,00.

com recursos do sistema de informática, também subsidiarão as soluções tratadas nas frentes normativa e judicial, além de possibilitarem comunicações para a instrução de eventuais inquéritos penais ou civis.

Pela estratégia normativa serão elaboradas, em reuniões do CEDES, recomendações ao poder público correspondente visando a criação, aprimoramento ou revogação de normas a fim de desfavorecer as demandas multitudinárias. Sabendo-se das dificuldades de repercussão da iniciativa junto à esfera federal, as recomendações deverão se concentrar (embora não com exclusividade) em normas estaduais e municipais. Adiante e inicialmente, uma proposta concreta de aspecto normativo é apresentada.

A estratégia judicial se dará através de um conjunto de estudos e proposições dirigidos a magistrados da área, para aplicação na esfera judicial, de acordo com os temas que forem surgindo, interligando-os com os institutos jurídicos correlacionados. A mecânica é similar à experiência das reuniões realizadas no âmbito do GEDICON, com algumas peculiaridades: (a) temas e soluções poderão ser colocados em discussão a partir das ferramentas administrativas criadas para a identificação das demandas de massa; (b) o estudo, quando afeto a tema demandista (pretensões não legítimas), deverá, sempre que possível, correlacioná-lo a institutos jurídicos que motivam e que servem de ferramenta ao demandismo (lista exemplificativa anteriormente exposta), de maneira a viabilizar a criação de proposições sistemáticas com conseqüente alcance de temas inicialmente não estudados e (c) as proposições poderão subsidiar a criação de enunciados da Súmula do TJRJ.

PROPOSTAS ADMINISTRATIVAS CONCRETAS.

Banco de dados de ações análogas multitudinárias.

Ponto de partida para as soluções de demandas análogas multitudinárias está na sua identificação. Para tanto, propõe-se a criação de uma rede de informações entre os juízes do Estado do Rio de Janeiro, através da criação de um banco de dados de ações com características multitudinárias. A alimentação do banco se dará de forma opcional pelos juízes do Estado, através do preenchimento de um formulário disponível na intranet, no qual se farão constar as seguintes informações:

- Juízo Comunicante

- Processo(s) de referência (com opção de listagem de mais de um processo)

- Resumo do objeto e da causa de pedir (na medida em que o Banco for se formando, deverá haver opções pré-definidas para este item, possibilitando o agrupamento de casos e soluções)

- Se houve sentença, esta reconheceu motivação legítima para a demanda? Resposta sim ou não.

- Mediante resposta negativa, assinalar o(s) instituto(s) jurídico(s) ilegitimamente utilizado(s) ou de alguma forma correlacionado(s) à respectiva prática demandista (poderá haver mais de uma resposta):

() sucumbência e honorários;

() danos morais;

() astreinte;

() gratuidade de justiça;

() inversão do ônus da prova;

() competência territorial por opção do consumidor;

inépcia da demanda (causa de pedir indefinida e pedido indeterminado);

representação da parte autora;

litigância de má fé pela afirmação de inverdades;

conexão e repetição de demandas.

outros: _____

- Sugestões para a solução de demandas análogas (optativa):

Na área administrativa. Alguma rotina ou ferramenta a ser criada (inclusive no sistema de informática)? _____ .

Na área normativa. Recomenda-se a alteração ou revogação de alguma norma federal, estadual ou municipal? _____

Na área judicial. Recomenda-se alguma proposição judicial para o caso? _____

Uma primeira análise dos formulários preenchidos será necessária para o agrupamento dos casos através de seu objeto e causa de pedir, evitando, assim, definições díspares de um mesmo tipo de demanda. A análise também propiciará o aprimoramento do próprio formulário, seja incorporando um novo tipo de demanda pré-definida ou um novo instituto jurídico correlacionado à prática demandista. Com isso, todas as informações deverão permanecer disponíveis para a rede, de maneira que, ao buscar determinado tipo de demanda, os juízes do Estado poderão conhecer as diversas soluções propostas por seus pares.

O sistema também deverá retornar para o usuário a identificação do advogado que patrocinou o autor do processo, em especial daquele

fundado em motivação ilegítima. Uma vez que a prática demandista normalmente parte da iniciativa de determinados escritórios de advocacia (que chegam a ajuizar centenas de ações sobre um mesmo tema), a divulgação de tais informações (de teor público) facilita a compreensão do modo de atuar de determinado escritório e, conseqüentemente, da solução a ser empregada. A compilação de tais informações poderá igualmente instruir comunicações ao Ministério Público, visando eventual ajuizamento de ação penal pública, tal como se deu por ocasião do Grupo de Trabalho para Averiguar Eventuais Irregularidades na Propositura de Ações no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, criado pelo Ato Executivo nº 4885, de 07/10/2011, e anteriormente citado em nota de rodapé.

Por outro lado, identificadas demandas de massa legítimas, poderá ser solicitada cópia de peças e documentos dos processos correspondentes (tratando-se de processo eletrônico, os documentos poderão ser extraídos diretamente do sistema), compilando-os para eventual instrução de inquérito civil. Em um primeiro momento, um operador ou equipe do Tribunal de Justiça poderá colher as informações para a comunicação às Promotorias de Tutela Coletiva. O objetivo final, contudo, deverá ser a interoperabilidade dos sistemas, nos moldes da Resolução Conjunta CNJ/CNMP nº 3, de 16/04/2013, que estabelece o MNI, Modelo Nacional de Interoperabilidade do Poder Judiciário e do Ministério Público, de maneira que ambas as instituições compartilhem seus bancos de dados.

A interoperabilidade dos sistemas, de um lado, possibilita que o Ministério Público faça análise criteriosa das informações do Judiciário com maior brevidade e mais adequada à sua opinião e, de outro, permite o acesso de magistrados aos bancos de dados existentes daquela instituição. Desta forma, a informação de um procedimento de tutela

coletiva em andamento ou finalizado (inquérito civil, TAC, ou decisão em ação civil pública) chegará aos autos da demanda individual correspondente, facilitando as convicções de julgamento.

Lembra-se que muitas demandas podem estar retratando o descumprimento de um TAC, o que, com a troca de informações, pode dar início à execução das sanções nele eventualmente previstas, com efeito corretivo multiplicador.

Outras sugestões encaminhadas pelos diversos juízes da rede também poderão ser debatidas nas reuniões regulares do CEDES, para eventual adoção e iniciativas para sua implementação.

Listagem de ações movidas pelo demandante e respectivo patrono a ser anexada à certidão inicial dos processos.

Por ocasião da avalanche de demandas indenizatórias em razão de apontamento em cadastros restritivos de crédito (alvo do Grupo de Trabalho já mencionado), discutiu-se a possibilidade de a distribuição de feitos do tipo, quando mesmo autor, fosse dirigida, de maneira que se verificasse a possibilidade de aplicação da Súmula 385 do STJ. A ideia jamais foi implementada, parte em razão de posicionamento de juízes que não admitiam a prevenção nestes casos.

A atual proposta é mais abrangente e não interfere na independência jurisdicional de cada juízo. Mediante comando da serventia (o que poderá ser feito por ocasião da certidão inicial), o sistema deverá listar os processos ajuizados pelo autor da demanda em todo o Estado do Rio de Janeiro, ainda que limitado aos últimos três ou cinco anos, relacionando o advogado que o patrocina em cada demanda.

Considerando que o demandista normalmente se vale da desin-

formação do Juízo para alcançar seu propósito ilegítimo, a solução ora exposta propicia que o Juízo saiba de antemão: (a) se o autor é litigante contumaz; (b) se o autor ajuizou demandas conexas ou repetidas, o que muitas vezes ocorre (i) com a separação de ações em face de diversos réus de um mesmo grupo econômico, apesar de um único fato supostamente lesivo, ou (ii) através da repetição de ações em comarcas distintas, o que o atual sistema não identifica para fins de distribuição dirigida⁴.

Diante de tais informações, cada juízo poderá decidir melhor a abordagem do caso. Vale dizer, muitos juízes já buscam tais informações pontualmente. Porém, restrições do atual sistema de informática tornam a busca tortuosa, pois esta deve ser feita para cada competência (juizado e vara cível, por exemplo) e comarca.

Convênio para acesso a cadastros restritivos de crédito.

Muitas das demandas análogas multitudinárias ainda têm por base o apontamento em cadastro restritivo de crédito. Apesar da Súmula 385 do STJ, percebe-se (novamente com intuito de se valer de uma desinformação do Juízo) que muitos demandantes não apresentam informações completas daqueles cadastros quando da instrução do feito, ora instruindo a demanda com cópia de documento recortado, ora apresentando documento de busca pelo CNPJ da empresa ré, o que oculta restrições eventualmente realizadas por outros credores.

A proposta, assim, visa o estabelecimento de um convênio entre o Tribunal de Justiça e os órgãos mantenedores de cadastros restritivos

4 Recentemente, noticiário nacional informou a ação da Polícia Federal visando desarticular quadrilha que atuava para obtenção indevida de indenizações judiciais provenientes do seguro DPVAT. Uma das fórmulas utilizadas consistia justamente no ajuizamento de ações simultâneas perante mais de uma comarca e Estado. A propósito, <http://odia.ig.com.br/noticia/brasil/2015-04-13/pf-desarticula-organizacao-suspeita-de-fraudar-r-28-milhoes-do-dpvat.html>

de crédito, de maneira que a serventia possa consultá-los pelo nome do demandante, anexando a informação completa à certidão inicial do processo, com o que melhor decidirá o Juízo.

Proposta normativa concreta.

Recomendação para alteração do Decreto Estadual 25.547, de 30/08/1999 (desconto facultativo em folha de servidor do Estado até o limite de 40%).

Reuniões no âmbito do GEDICON já haviam identificado pretensão multitudinária relativa à limitação do desconto facultativo em folha em 30% da remuneração disponível do mutuário, com base no percentual previsto na Lei 10.820/2003, parâmetro que se estabeleceu jurisprudencialmente como razoável a fim de se garantir condições mínimas de subsistência para o devedor⁵.

A regra geral é observada por empregadores da iniciativa privada e pela Previdência Oficial. No entanto, regras específicas previstas para militares vinculados às Forças Armadas Federais (Medida Provisória nº 2215-10/2001) e para servidores e pensionistas do Estado do Rio de Janeiro (Decreto Estadual nº 25.547/1999) ultrapassam aquele parâmetro, acarretando a judicialização da questão.

Com efeito, diz o artigo 3º do Decreto Estadual nº 25.547/1999:

Art. 3º - Incluídos os descontos obrigatórios previstos

⁵ A questão foi objeto de um artigo de minha lavra em conjunto com o Exmo. Juiz Mauro Nicolau Junior, A ilegitimidade passiva dos bancos em ações que busca redução de valores consignados em vencimentos para pagamento de empréstimos. Matéria de ordem pública., publicado em Revista do GEDICON, vol. 1, dezembro de 2013 (http://www.emerj.tjrj.jus.br/revista_gedicon_online/GEDICON/integra/revista-do-GEDICON.html - 170

em Lei, a soma das consignações em folha de pagamento terão como limite máximo 40% (quarenta por cento) dos rendimentos brutos mensais dos servidores públicos civis, ativos ou inativos, assim considerados a totalidade dos pagamentos que ordinariamente lhe são feitos, excluindo-se os de caráter extraordinário ou eventual.

Ocorre que a jurisprudência do Tribunal de Justiça deste Estado é maciça no sentido da observância do parâmetro estabelecido na Lei 10.820/2003 como o que melhor atende ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido são os verbetes 200 e 295 de sua Súmula e os seguintes precedentes:

Nº 200 - A retenção de valores em conta corrente oriunda de empréstimo bancário ou de utilização de cartão de crédito não pode ultrapassar o percentual de 30% do salário do correntista.

Nº 295 - Na hipótese de superendividamento decorrente de empréstimos obtidos de instituições financeiras diversas, a totalidade dos descontos incidentes em conta corrente não poderá ser superior a 30% do salário do devedor.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. EMPRÉSTIMO BANCÁRIO. MILITAR DAS FORÇAS ARMADAS. LIMITAÇÃO A 30% DOS RENDIMENTOS. POSSIBILIDADE.

1-Recurso contra sentença de improcedência do pedido quanto a limitação dos descontos referentes a empréstimos consignados à margem de 30% dos

ganhos do autor/Apelante.

2-Evidente o endividamento do autor, existindo, no caso, contratos de mútuo firmados com os réus, ora apelados, certo que o somatório do valor deduzido, acrescido dos descontos obrigatórios, excede o limite aceitável, fixado em 30% (trinta por cento) da remuneração líquida percebida.

3-Ausência de Conflito entre a Medida Provisória 2215-10/01, que estabelece o limite de 70% para descontos de qualquer natureza e a Jurisprudência deste Tribunal, que limita a 30% (trinta por cento) da remuneração os descontos referentes aos empréstimos consignados, que se impõem, observado o Princípio da Dignidade Humana.

4-Não é razoável estabelecer tratamento diferenciado aos militares, enquanto os empregados celetistas e servidores civis gozam da limitação dos descontos obrigatórios e facultativos.

5-Decisum que se reforma. Provimento do recurso, com fulcro no artigo 557, caput, do CPC, para restringir os descontos em folha de pagamento a 30% do vencimento do autor/apelante.

(Apelação Cível nº 0426408-38.2012.8.19.00001, Rel. Des. Roberto Guimarães, julgamento: 07/04/2.014, Vigésima Quarta Câmara Cível).

APELAÇÃO INTERPOSTA ANTES DA OPOSIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PELA PARTE CONTRÁRIA. NECESSIDADE DE RATIFICAÇÃO. ART. 538 DO CPC. SÚMULA 418/STJ. RECURSO INTEMPESTIVO. EMPRÉSTIMOS BANCÁRIOS. DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. MILITAR DO ESTADO. LIMITAÇÃO DOS DESCONTOS SOBRE O VALOR DOS VENCIMENTOS

LÍQUIDOS. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 200 DO TJERJ. PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. NÃO CONHECIMENTO DO PRIMEIRO E SEGUNDO RECURSOS E DESPROVIMENTO DO TERCEIRO E QUARTO.

1. A jurisprudência desta Corte entende ser necessária a ratificação do recurso interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, nos termos da Súmula 418/STJ, a qual se aplica também a outros recursos, considerando o disposto no art. 538 do CPC.

2. Na espécie, as apelações foram interpostas antes do julgamento dos embargos de declaração opostos pela parte contrária, e não houve ratificação do recurso pelas partes recorrentes, motivo pelo qual se encontram intempestivos.

3. A sentença limitou os descontos dos consignados em 40% dos rendimentos brutos do autor, observando-se os descontos obrigatórios, nos termos do artigo 3º do Decreto Estadual nº22547/99.

4. Não obstante tal dispositivo que impõe aos órgãos públicos estaduais o dever de observância do limite de 40% dos rendimentos brutos do servidor para a anotação de consignações, cumpre destacar que, diante da natureza alimentar do salário e do princípio da razoabilidade, tais descontos deveriam se limitar a 30% dos vencimentos do servidor, nos termos do artigo 8º, do Decreto 6368/08 e artigo 2º. § 2, inciso I, da Lei 10820/03.

5. Súmula nº. 200 do TJERJ: “A retenção de valores em conta corrente oriunda de empréstimo bancário

ou de utilização de cartão de crédito não pode ultrapassar o percentual de 30% do salário do correntista.”

6. Assim, ao contrário do que entende o terceiro apelante, é cabível sim a aplicação da Súmula 200 do TJRJ, não havendo que se falar em impossibilidade jurídica do pedido, sendo certo que apesar do magistrado a quo ter fixado o limite em percentual superior a 30%, não houve recurso nesse sentido, razão pela qual não merece reforma a sentença vergastada.

7. Precedentes Jurisprudenciais.

8. Não conhecimento do primeiro e segundo recursos e desprovimento do terceiro e quarto, por ato do relator.

(Apelação Cível nº 0009709-64.2009.8.19.0026, Rel. Des. Letícia Sardas, julgamento: 03/02/2015, Vigésima Câmara Cível)

A alteração do percentual previsto no artigo 3º do Decreto Estadual nº 25.547/1999, adequando-o ao patamar jurisprudencialmente aceito de 30%, portanto, mostra-se medida eficaz para o aprimoramento da norma estadual respectiva, além de permitir a redução preventiva de demandas de massa.

Assim, sugere-se o encaminhamento de uma recomendação do Tribunal de Justiça ao Exmo. Governador do Estado do Rio de Janeiro, com aquele propósito.

PROPOSTAS JUDICIAIS.

Proposições acerca do princípio da causalidade na fixação da sucumbência.

É conduta comum de caráter demandista o ajuizamento de ações visando a satisfação de um direito sem iniciativa administrativa prévia. Assim se dá em ações de exibição de documentos bancários e de indenização de seguro obrigatório (DPVAT).

Especificamente no caso do seguro DPVAT, as Câmaras do Tribunal de Justiça vêm reiteradamente negando aplicabilidade ao verbete 232 de sua Súmula, pelo qual “é incabível a cobrança judicial da cobertura do seguro DPVAT no prazo legal de regulação do sinistro”.

Independente da concessão que se faça ao princípio da inafastabilidade para se admitir tais demandas, a restrição da sucumbência à luz da causalidade possivelmente exerceria um caráter desmotivador ao demandismo, sabendo-se que os honorários são um dos objetivos de quem o promove.

Embora tal posicionamento já seja adotado, em grande parte, no julgamento de ações exhibitórias, alguns escritórios de advocacia vêm burlando referido entendimento mediante a apresentação do envio de correspondência sem, contudo, comprovado recebimento da instituição bancária. Por vezes, a remessa se dá para local diverso do endereço do réu.

Visando cobrir as hipóteses levantadas, sugerem-se as seguintes proposições:

- À luz da causalidade, não são devidos honorários de sucumbência pelo fornecedor-réu em ações

exibitórias de documentos quando não houver pedido administrativo prévio com recebimento comprovado e sua apresentação se der espontaneamente nos autos.

- À luz da causalidade, não são devidos honorários de sucumbência pela seguradora quando o autor da ação de indenização do seguro DPVAT desprezar o prazo legal de regulação do sinistro e aquela não se opuser à conclusão do laudo pericial.

Estudos para o aprofundamento do Enunciado 75 da Súmula do TJRJ.

Indubitável e notoriamente, a principal mola propulsora do demandismo é a indenização por dano moral, aliada à corrente permissiva que se consolidou no Tribunal de Justiça deste Estado que o reconhece em casos comezinhos, minimizando a aplicação do Enunciado 75 da Súmula do Tribunal de Justiça deste Estado:

O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte.

Tenho que o referido Enunciado merece aprofundamento, ressaltando os ensinamentos do Professor Sergio Cavalieri Filho, segundo o qual “o dano moral é lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima⁶.”

Aquele não se confunde propriamente com as alterações negati-

6 CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 1998, p. 74.

vas no estado anímico, psicológico ou espiritual do lesado (como a dor, padecimento ou sofrimento físico ou moral), as quais são meras consequências do dano.

A questão, tormentosa, já é objeto análise do CEDES, conforme previsto na Ata de sua 1ª Reunião de 12/03/2015, e eventuais proposições deverão ser oportunamente debatidas.

Consigna-se, contudo, excelente artigo a respeito, da lavra do Exmo Juiz de Direito André Gustavo C. de Andrade, A Evolução do Conceito de Dano Moral, em <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/dir-gerais/dgcon/artigos-juridicos>

Estudos e proposições acerca da astreinte.

Dado o seu valor inicialmente intangível, tal como a indenização por dano moral, a fixação de astreinte pelo descumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer é também um dos propósitos do demandista, o que justifica uma maior atenção a fim de se evitar que aquela se dê em valores elevados.

A jurisprudência é evasiva quanto aos limites de seu valor, apenas afirmando a impossibilidade de representar enriquecimento sem causa e de inviabilizar o cumprimento da própria obrigação principal (a propósito, REsp 770.753/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/02/2007, DJ 15/03/2007, p. 267).

Mas afinal, o que representaria um enriquecimento sem causa quando da fixação do valor da multa cominatória? Este é um tema a ser debatido.

Muito embora aquela esteja desatrelada do valor das perdas e danos, tenho que sua disparidade não pode ser de tal monta que o cre-

dor a prefira em detrimento da obrigação principal, o que acabaria por distorcer sua finalidade coercitiva.

Seguindo estes critérios, sugere-se a proposição:

- O valor da multa cominatória por descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer não pode ser fixado de maneira que o credor a prefira em detrimento da tutela específica.

Estudos acerca da distribuição da carga probatória à luz do novo CPC

O Novo CPC (Lei 13.105/2015) inova em relação à distribuição da carga probatória em seu artigo 373, § 1o:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

- I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
- II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1o Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2o A decisão prevista no § 1o deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3o [.....]

Uma primeira leitura do referido dispositivo indica a possibilidade de inversão da regra prevista também nos artigos 12, § 3º, II, e 14, § 3o, I, do CDC. Ou seja, sempre que a prova da inexistência do defeito do produto ou do serviço for impossível ou extremamente difícil para o fornecedor e não o for para o consumidor, a inversão judicial do ônus probatório poderá se dar em detrimento deste último.

A inovação é bastante interessante, na medida em que o abuso das regras protetivas do consumidor é justamente um dos instrumentos facilitadores dos intuitos demandistas.

São diversos os exemplos a justificar a aplicação deste novo entendimento. Tenho por significativo o caso em que a demanda é fundada em defeito intermitente. Em nosso Estado, foram diversas ações com petições iniciais padronizadas que buscavam o reparo e indenização em razão de defeito intermitente em linhas telefônicas (linhas cruzadas, chiados), sem a mínima prova a respaldar a pretensão autoral, que se valia exclusivamente da regra do artigo 14, §3o, I, do CDC.

Estudo mais aprofundado sobre o tema, com proposição, está sendo realizado pelo ciclo de debates “Primeiras Impressões dos Juízes Cíveis acerca do Novo CPC”, referido na Ata da 2ª Reunião do CEDES realizada em 30 de março de 2015.

Proposição acerca da competência territorial por opção do consumidor

Estudos do GEDICON já trataram do assunto, resultando na lavra do artigo Inexistência de previsão legal de regra de competência firmada em razão da localização de escritório de advocacia, por parte dos Exmos. Juízes Mauro Nicolau Junior e Paulo Roberto Campos Fragoso,

em Revista do GEDICON, vol. 1, dezembro de 2013

(http://www.emerj.tjrj.jus.br/revista_gedicon_online/GEDICON/integra/revista-do-GEDICON.html - 66)

Com base naquele estudo, sugere-se a seguinte proposição:

- É vedada a opção pelo foro de endereço de sucursal estranha à relação de consumo estabelecida, caso em que prevalecerá, de forma absoluta, a competência em razão do domicílio do consumidor.

Estudos e proposição acerca da aptidão da demanda (causa de pedir suficientemente definida e pedido determinado).

Como corolário da estratégia demandista de se valer da desinformação do processo para alcançar seu intento ilegítimo, é comum o ajuizamento de pedidos genéricos e indicação imprecisa da causa de pedir. A prática se repete em diversos temas e encontrou terreno fértil nas ações revisionais de contratos bancários, onde a causa de pedir, resumidamente, limitava-se a afirmar cobrança abusiva (aliada a argumentos imprecisos acerca de anatocismo) e, sob o argumento da vulnerabilidade, diferia para a prova pericial, sob a direção do Juízo, a definição do abuso.

O artigo 285-B do CPC, incluído pela Lei nº 12.810/2013 e que passou a exigir a quantificação dos valores incontroversos, foi uma reação legislativa a tais práticas, mas não representou propriamente uma inovação legislativa. Referido dispositivo apenas reforça requisito específico para a aptidão de uma demanda revisional. Se o autor diz que lhe está sendo cobrado muito, a causa de pedir deve ser clara o suficiente para demonstrar a que se refere o exagero, inclusive por planilha. De outra forma tratar-se-ia de pedido genérico (baixar preço) e desprovido de

causa de pedir suficientemente definida, a permitir a ampla defesa.

Vale dizer, antes mesmo do advento da Lei nº 12.810/2013 a sistemática do CPC já exigia que, ao se impugnar o quantum debeat, caberia ao impugnante a especificação do exagero cobrado. Assim está disciplinado nos seus artigos 475-L, § 2º e 739-A, § 5º.

Tem-se, portanto, que a aptidão da demanda passa pela fixação de parâmetros mínimos capazes de determinar o pedido e de definir a causa de pedir. Não se exige que o pedido seja determinado, mas determinável. Também não há necessidade que a causa de pedir seja definida em todas as suas singularidades, mas apenas que se estabeleçam balizas que propiciem a ampla defesa, princípio de ordem pública com base constitucional. Se o pedido e causa de pedir são formulados de maneira a forçar uma defesa igualmente genérica, impossibilitada de desafiar os meandros da causa de pedir, a ampla defesa restou prejudicada. Se prejudicado tal direito fundamental por fato do autor, conclui-se necessariamente que o pedido foi inepto.

Um exercício de abstração revela uma fórmula prática para se aferir a aptidão de uma demanda: pressupondo que, uma vez citado, o réu deixe de contestar, acarretando sua revelia. Nestes casos, o contexto dos autos deve ser suficiente para o acolhimento do pedido, ainda que remetida a liquidação da condenação para fase própria. O reconhecimento do an debeat deve se uma consequência natural da presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor que a revelia acarreta. Não se concebe que os parâmetros da demanda sejam esclarecidos somente no momento da produção de provas, pois esta pressupõe uma controvérsia já definida.

Ou seja, se a narrativa dos fatos não fixa parâmetros mínimos a permitir, por si, a atribuição do bem da vida ao autor, o pedido é inepto.

to. A contrário senso, este é o ensinamento de Calmon de Passos⁷:

Vê-se, portanto, que o juiz recusa atribuir o bem da vida ao autor, segundo por ele postulado, quando: a) os fatos provados desautorizam essa atribuição; b) os fatos narrados de logo desautorizam essa atribuição; c) nenhum fato, narrado ou provado, seria capaz de autorizar essa atribuição, porque vetada ou não prevista, em abstrato, pelo ordenamento. Chama-se o primeiro caso de improcedência. Denomina-se o segundo de inépcia. Ao terceiro, reserva-se o nome de carência de ação, por impossibilidade jurídica. Três aspectos de uma só verdade – a improcedência. Ora prima facie (hipóteses b e c), ora dependente de verificação probatória (hipótese a).

Tais considerações devem ser aplicadas a outros temas (além dos casos de revisionais de contratos bancários), como, por exemplo, nas ações que visam a complementação de indenização do seguro obrigatório (DPVAT).

Com efeito, é significativo o número de demandas fundadas na insuficiência do valor pago administrativamente a título de seguro obrigatório. A fundamentação é invariável e simplesmente esta: o pagamento foi insuficiente. O pedido: a complementação do valor até o teto de R\$ 13.500,00 ou, subsidiariamente, até o suficiente para a cobertura do grau de invalidez reconhecido em laudo pericial.

É fácil perceber que, sob os mesmos argumentos e pedido, todo e qualquer pagamento parcial realizado administrativamente poderá ser (e vem sendo) submetido a uma ratificação judicial.

Pior, a maioria das perícias realizadas vem confirmando as conclu-

⁷ Comentários ao Código de Processo Civil, 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3, p. 217, aqui grifado.

sões da avaliação administrativa da seguradora, quando não reconhecem grau de incapacidade menor.

Ocorre que o argumento da insuficiência do valor pago não trata de uma premissa, mas revela desde logo uma conclusão, não fundamentada. Cabe ao autor da demanda correspondente especificar na inicial, com documentos médicos mínimos a respaldar, qual o membro invalidado a justificar, à luz da tabela da Lei 11.945/2009, um comprometimento de sua capacidade em grau superior ao que foi constatado administrativamente.

Dizer simplesmente que recebeu de menos é argumento genérico. A causa de pedir apta deve partir de premissas fáticas e jurídicas. Por exemplo: “tive perda anatômica completa de um membro superior, que a Lei valora em 70% do valor indenizatório (R\$ 9.450,00). Como a seguradora me indenizou em 50% (R\$ 6.500,00), cobro os R\$ 2.950,00 restantes”.

Vale dizer, a prova pericial serve tão somente para comprovar a alegação da parte, podendo ser dispensada na hipótese de revelia. Não se presta para a definição do pedido e, do mesmo modo, a inversão de seu ônus pressupõe controvérsia já definida^{8 9}.

8 Embora não se trate propriamente de demanda de massa, a construção teórica em comento é perfeitamente aplicável a casos de usucapião de área não registrada, onde a parte autora não apresenta planta definindo o bem usucapiendo sob o argumento de sua hipossuficiência financeira e alto custo para sua elaboração por profissional idôneo, esperando que perícia gratuita no curso do processo defina o imóvel a ser registrado no caso de acolhimento do pedido. Por mais que ingrata que seja a situação da parte, não cabe ao Judiciário a prestação de serviços assistenciais de consultoria. Deferido prazo razoável para melhor instrução do pleito pelo autor sem atendimento, a consequência é o indeferimento da inicial por inépcia.

9 Recentemente, revendo posicionamento anterior, o Superior Tribunal de Justiça passou a interpretar o artigo 15, parágrafo terceiro, do Estatuto do Idoso no sentido de que não há, propriamente, vedação ao aumento por faixa etária nos plano de saúde de idoso, na medida em que aquele está respaldado pelo respectivo aumento do risco, que é presumido (REsp 646.677/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 09/09/2014, DJe 18/09/2014 e REsp 1381606/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe

Não se exige, contudo, documento prévio a respaldar o exato grau de incapacidade. Trata-se de prova suplementar, não essencial para a aptidão da demanda. O atestado médico sobre a incapacidade do membro é documento mínimo suficiente para o juízo de admissibilidade.

Feitas estas colocações, sugere-se a seguinte proposição:

- Nasações de complemento de indenização do seguro DPVAT por invalidez permanente, é obrigatória na inicial a descrição do aspecto que supera a conclusão administrativa, sempre respaldada em documento médico mínimo, cabendo o seu indeferimento por inépcia se não observado o prazo concedido para emenda.

OBSERVAÇÕES FINAIS.

Como é fácil notar, não cuida este de um projeto acabado. Conforme dito alhures, novos conflitos multitudinários legítimos se formam todo dia e o combate ao demandismo deve se dar igualmente de forma continuada, pois sempre haverá aqueles que ficarão à espera de uma oportunidade para se enriquecer através do processo.

Buscaram-se apenas os primeiros passos capazes de levar a uma rotina judiciária proativa, cujo sucesso dependerá da adesão substancial dos membros do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro.

31/10/2014, entre outros). Assim, também em tais casos, a aptidão da demanda que, sob a alegação de abusividade, busque a redução de aumentos contratualmente previstos após os sessenta anos depende da exposição de argumentos lógicos capazes de levar à conclusão de que aqueles são excessivos, não bastando a afirmação genérica que o é, desprovida de premissas fáticas e jurídicas que o respaldem.

Destaca-se, outrossim, a necessidade da aproximação institucional do Judiciário com o Ministério Público, com a qual se viabiliza uma maior eficácia das ferramentas atualmente existentes para a contenção de demandas de massa fundadas em causas legítimas.

PARA DESCOMPLICAR RITOS E ROTINAS NA JUSTIÇA ESTADUAL

Proposta para envolver pessoas, sonhos, dogmas e mentalidades e não apenas papeis e organogramas.

“Nenhuma comunidade é melhor do que seu País”.

Álvaro Pessoa

advogado

1 - Queremos trazer ao recém-eleito Presidente do TJ, nossas homenagens por ter tido a lucidez de ouvir Advogados temperados em mais de 50 anos de fórum contencioso, (com os cotovelos de seus ternos, gastos de esperar escreventes no balcão), para dizer a verdade com a necessária humildade, porque humilde é o povo brasileiro. Seminário de autoridades da OAB e do TJ com fotos e retratos nem sempre leva à alguma realização concreta, de forma que essa nova maneira de abordar a questão sempre traz novas esperanças.

2 - Queremos agradecer também, o Dr. Sérgio Fisher e eu, ao Dr. Felipe Santa Cruz a indicação, pela OAB, para compor esse colegiado

- o CEDES, bem como o convite que nos fez o Desembargador Carlos Eduardo Fonseca Passos, para tratar de uma proposta de simplificação das atividades do TJ, na Primeira Instância.

3 - Comenta-se que pessoas de idade costumam dizer o que os interlocutores querem ouvir. Se era esta a esperança de quem nos convidou, foi um erro. Viemos trazer a esse Tribunal a VERDADE de como

se encontra a 1ª Instância. A verdade é que em pelo menos metade dos cartórios, sobretudo aqueles onde os Chefes de Serventia não conseguem bom diálogo com os Juízes, VAI SURGINDO UM sentimento de RANCOR, entre os Advogados e os Serventuários. Isso é particularmente doloroso, para mim e para o Dr. Sérgio, que convivemos até uns 10 anos atrás com uma verdadeira família jurídica.

4 - Queremos deixar claro que DESCOMPLICAR¹, no sentido que vamos empregar não significa IMPLANTAR, REORGANIZAR, OU ALTERAR FUNÇÕES. Nossa proposta só terá sucesso caso os Magistrados e os Serventuários comprem as ideias e queiram proteger os jurisdicionados e seus advogados (sobretudo os mais pobres e os mais humildes), dos abusos das máquinas cartorárias. Não será de cima para baixo que essas simplificações serão implantadas, mas brotando organicamente, da própria máquina judiciária e de seus Juízes. Não se faz nenhuma reforma na máquina administrativa, sem o apoio dela.

5 - Pessoas importantes sofrem menos na fila, porque tem os amigos de ocasião para ajudar (e os nossos empregados e continuos é que vão para a fila), por isso avaliamos mal a opressão. Como disse o Ex - Min. Delfim Neto: “a desgraça do pobre, é que ele só tem amigos pobres”. Enquanto somos “indivíduos” pouco valemos. Só valemos como pessoas².

LEGISLAÇÃO

6 - Não temos sido felizes, em nossas tentativas recentes de implantar mudanças a golpes de Constituição e de leis, conforme am

1 Descomplicar é um derivativo do verbo latino PLICARE, que significa dobrar, como no “plissê” das vestimentas femininas. Daí complicar, descomplicar, simplificar. Quem dobra, complica!

2 Para a distinção entre “indivíduos” e “pessoas” no Brasil, ver Roberto da Matta - “O que faz o Brasil, Brasil”. E demais obras desse antropólogo;

plamente demonstrado por nossos pensadores e cientistas políticos do século passado³ e, mais recentemente pelos nossos antropólogos e sociólogos do direito⁴.

7 - Raros são os episódios como o da elaboração do Código Comercial de 1850, ou do pensamento sedimentado de Augusto Teixeira de Freitas que começou a pesquisar nossos usos e costumes, recolher o direito reinol Lusitano, o Canônico, o Romano, as Ordenações Filipinas, as leis extravagantes e chegar à Consolidação das Leis Civis. Só então, a partir desse monumento esculpido com cuidado, prudência e apuro, chegou ao Esboço de Código Civil, que o governo argentino tomou como coluna vertebral de seu próprio Código Civil, também o utilizando o Uruguai e o Chile, embora Epiácio Pessoa tenha optado pelo projeto Clóvis Bevilacqua.

8 - Nenhum jurista brasileiro foi maior do que Freitas, e talvez tenha sido o maior de nossos juristas. Além de exprimir um excepcional poder de criação da mente, realizou uma entrega completa da pessoa à sua obra. Sacrifício que resultou no seu colapso mental, desnortado no conflito entre o esforço realizado e a crença perdida. A perda das faculdades mentais de Teixeira de Freitas, representa uma vitória diferente: a do renovador, que lega sua mensagem como jura de fé no futuro do direito. Sobretudo em tempos onde a tecnologia parece submergir tudo, com abandono do direito, da ética, da moral e dos princípios.

3 Oliveira Vianna "O idealismo da Constituição", Sérgio Buarque de Holanda, "Raízes do Brasil", Silvio Romero, "Realidade e Ilusões do Brasil", entre outros;

4 Raymundo Faoro - "Os Donos do Poder". J.C. Bezerra Câmara - "Subsídios para a História do Direito Pátrio";

9 - Já nessa época, sobretudo pouco depois, na Constituinte Republicana de 1892, entramos numa fase de acreditar que o povo brasileiro poderia ou deveria obedecer aos comandos semelhantes aos vigentes na Alemanha e na França. Decretou-se que devíamos ser pontuais como os anglo-saxônicos, operosos como os alemães, requintados como os franceses e geniais como os italianos⁵. O lema era ORDEM E PROGRESSO! Brasileiros deviam proceder como os ingleses.

10 - Os brasileiros, especialmente os mais ilustrados, herdaram a vocação latina e fradesca pelo debate teórico, o pendor irresistível pela fascinante discussão das teses abstratas, baseadas em retórica. A maioria das elites mantém em sua alma esse pendor, sendo ele especialmente frequente nos juristas. Acham que pelas fórmulas escritas, impressas em papel pintado pela Imprensa Oficial, é possível mover a roda⁶ e, junto com ela, uma nação inteira, transformando mau em bom, o preto em branco, o delinquente em homem sério.

11 - Também acreditam que os valores das leis e das Constituições, “penetram” os cérebros, implantando seus comandos nas pessoas, como ferretes de marcar rebanhos. Nada mais equivocado. A chamada “lei seca” já poupou milhares de vidas, porque conta com fiscais, não porque é apenas mais uma lei. O Código do Consumidor tem seus próprios fiscais, que são os consumidores.

12 - Ao contrário do que fizeram nossos avoengos, estamos legislando para um País imaginário, com decretos e atos mais complexos e mais intrincados que as leis do Talmud Judaico, do Alcorão ou do Antigo.

5 Leia-se com cuidado o artigo 960 do antigo Código Civil de 1916, reproduzido no artigo 397 do atual Código Civil, e logo veremos essa tendência.

Um povo que deixa tudo para última hora, e cumpre quase tudo a destempo, tendo suas obrigações regidas por um dispositivo, em que o “dia interpela pelo homem”, daí se gerando amora.

6 Dizia Rudolph Ihering que ninguém pode mover uma roda, lendo apenas diante dela um estudo sobre a teoria do movimento.

13 - O Visconde de Uruguay, em seu Ensaio sobre o Direito Administrativo, em 1865, aponta as muitas vezes que se defrontou com o desamor com que tratamos o que é nosso. Gostamos é de ler superficialmente e citar coisas alheias, desprezando a experiência de nossos juristas.

“Há muito que estudar e aproveitar nesse sistema, por meio de um esclarecido Eclétismo. Cumpre, porém, conhecê-lo a fundo, não o copiar servilmente como temos copiado, muitas vezes mal, mas sim, acomodá-lo com critério, como convém ao país.”⁷

14 - É bem verdade, que graças à genialidade dos juristas da República Velha e os do primeiro Governo do Presidente Getúlio Vargas, tivemos legislações tão bem feitas, e tão genuinamente nacionais, que as podemos cumprir com facilidade, estando em vigor até hoje.

15 - A partir de 1964, quando um novo momento histórico foi implantado no País, outra vez retornamos ao império da precipitação legislativa. Da “ordem e progresso” passamos ao “desenvolvimentismo” dos nossos economistas e leguleios. Desde então, mantivemos a tendência de fazer leis sem muita reflexão. A velocidade com que produzimos leis no Brasil, só encontra paralelo com o País imaginário que o legislador quer reger⁸.

16 - Quanto mais rapidamente são editadas (e pior redigidas), maior é a carga que Juízes, Promotores e Advogados devem dispensar em sua interpretação. Temos sérias dúvidas de que esses desejos pos-

7 Visconde do Uruguai, Ensaio sobre o Direito Administrativo (Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1862) Tomo I, p. VIII, Tomo II PP. 275 e 270.

8 O Decreto Lei 70, de 1967, por exemplo, autoriza a venda em leilão, do imóvel de devedor inadimplente, por particulares, mas nunca funcionou bem.

Só 20 anos depois, foi retificado pela legislação que utilizou a alienação fiduciária dos bens imóveis, e adotou o sistema da propriedade resolúvel, com a qual sempre convivemos, com todo sucesso.

sam estar em efetiva sintonia com o estágio atual de evolução política de grande parte da nossa população, mas o certo é que tornam-se leis. Raramente são feitas, com a meditação e a prudência, que deve preceder a elaboração legislativa, naquilo que Camões, o grande poeta português, chamava **“o saber de experiência feito” (Lusíadas - Canto X)**. Dentro do mesmo espírito, que Machiavel cita na dedicatória de seu Príncipe: **“l’assidua lezione delle antiche”** com a **“esperienza delle cose moderne”**.

17 - Acontece, então, o que não poderia deixar de acontecer: ao se adaptarem às nossas idiossincrasias, todos esses sistemas incompatíveis que aqui nos chegam (ou chegaram por importação), sofrem logo transformações, de forma e de substância, sendo polidos pelos Juízes.

18 - Esses pseudo legisladores esquecem os fatos da nossa realidade: nós não cumprimos prazos em dia pelo rigorismo dialético dos princípios, pelas predileções lógicas dos sistemas franceses, italianos ou germânicos, pelos preconceitos doutrinários de igualdade a todo o transe. Lei alguma nos fará proceder como suecos ou ingleses. Somos brasileiros.

19 - Os Juízes os Advogados e os Promotores é que estão junto dos fatos e dos acontecimentos e conhecem, até pelo nome, a maioria dos jurisdicionados. Existe em nós, porém, uma curiosa inclinação para planejar, raciocinar, legislar e administrar tendo em vista um painel imaginário que aceita qualquer fascinante exercício do planejamento. Onde a lei penal é de requinte suíço e precisão germânica, mas as partes são cidadãos pobres, mestiços e de pé inchado.

20 - Planejamento para um povo que não conhece inverno, cuja pior tragédia é a seca e não pratica (nem nunca praticou) o hábito das conservas, dos defumados e geleias para poder sobreviver, pois desde

o tempo dos índios, tudo se tira e obtém da natureza ou da terra que é generosa, como generosos são os rios e o mar com seus peixes e a caça alimento abundante. Falta-nos exatamente o DNA do planejamento!

21 - Quando os comuns do povo, ou destinatários dessas normas (com seu natural bom senso), não aceitam nem cumprem as fórmulas importadas, abstratas, ou forasteiras, o criador delas fica indignado e acusa o infrator de delinquente. Esquecido que o delinquente é o importador. A ideia da delação premiada, por exemplo, vingou, por “beneficiar” o delator, não por ter-se tornado lei.

22 - Na sua obsessão de síntese, esses estupendos usineiros de ideias obstinam-se (por ignorância ou por teimosia), em não entender as condições reais da sociedade que pretendem organizar. Legislam para abstrações. Articulam “leis” admiráveis para um povo que não existe: Não existe essa entidade abstrata, esse homem-utopia: o “cidadão - democrata” amante do próximo, a mover-se suavemente dentro de suas funções humanas. Sobretudo quando o ensino básico foi destruído e esbagaçado, a ponto de a maioria das pessoas não saberem mais manejar sua própria língua.

ADMINISTRAÇÃO

23 - Também não fomos bem sucedidos, ao enfrentar a questão da nossa reforma administrativa dos sistemas de treinamento, concursos e seleção para o funcionalismo público. Uma de nossas mais brilhantes iniciativas nesta área, o DASP - Departamento Administrativo do Serviço Público foi extinto,⁹ como foi extinta no Estado do Rio, a Escola de Serviços Público, criada ao tempo do governo Carlos Lacerda.

9 O DASP foi uma consolidação das ideias de Simões Lopes (que criou a FGV), do Professor Caio Tácito e de administrativistas de renome nacional, entre outros Alaim de Almeida Carneiro e Hélio Beltrão.

24 - Era inevitável que esse binômio (legislação editada para um País imaginário e falta de bom treinamento dos servidores) viesse a ter como estuário, uma infinidade de conflitos difíceis de resolver. **Afinal, se o plano administrativo não funciona bem, acabamos por ter inviabilizada a atividade fim, que é a prestação do serviço, no caso o da tutela jurisdicional.**

25 - Pelo menos em duas oportunidades, um brasileiro chamado Helio Beltrão, tratou dos problemas decorrentes da mudança social pela via dos direitos, e das profundas transformações da máquina estatal em nível federal. Antes arquitetara toda viga mestra do então Estado da Guanabara, como Secretário de Administração do primeiro governador. Criou as Regiões Administrativas, a ideia básica de que, mensalmente, os servidores do mesmo nível deviam participar de encontros de trabalho, até mesmo para se conhecerem e conversarem informalmente, além de outras simplificações.

26 - Penso que se voltasse à vida e visitasse nosso fórum (onde advogou por muitos anos), Hélio Beltrão era capaz de se impressionar, com a superconcentração de poderes nas mãos dos magistrados e a pouca delegação existente. Ainda mais se surpreenderia, ao saber que os Serventuários são selecionados por Concurso Público, entre profissionais de nível superior em geral, o que inclui médicos, artistas, bibliotecários, veterinários, engenheiros e arquitetos.

Claro que essa escolha pode até admitir profissionais com nível, mas que encaram um procedimento judicial com a mesma atitude de qualquer servidor público, diante de um processo administrativo. Essas tendências são exatamente contrárias, a tudo que Beltrão sempre aconselhou em toda sua vida: a descentralização¹⁰ e a especialização.

¹⁰ Essa descentralização tem uma história. Tem como alicerce o Dec. Lei 200, de 1967, que de tão bem feito e formulado, continua em vigor. Tudo para que o Juiz possa agir sem consultar as autoridades supe-

Descentralizar é descomplicar. Descomplicar é aproximar a pessoa que decide, da pessoa que postula. Para descomplicar é preciso amar o próximo e gostar do que se faz.

27 - O idealismo normativo centralizador constitui um dos problemas mais graves dos nossos dias. Todos os demais não passam de subprodutos. Basta lembrar, o que já dizia, 150 ANOS ATRÁS, o mesmo Visconde do Uruguai, antes citado:

*“A centralização administrativa tende a multiplicar em demasia **as rodas e as peças da máquina administrativa, o excesso dos empregados, as comunicações hierárquicas do serviço, a papelada, a escrita, as dúvidas e as formalidades...** Há muitos assuntos, nos quais a ação do interesse particular ou local é mais ativa, mais pronta, mais eficaz, mais econômica do que a do central”. (grifo nosso)*

28 - Talvez seja o momento de exemplificar a importância da descentralização da Justiça e dos Advogados no passado recente. Corria o ano de 1977 e o Presidente Ernesto Geisel, pediu ajuda a Raymundo Faoro, então Presidente da OAB, para ajudá-lo na abertura política. Dentro dos quartéis ninguém obedecia ao Presidente da República e os abusos contra os direitos humanos proliferavam. Define parâmetros para as autoridades locais exercerem na plenitude seus deveres e funções, tratando das delegações e descentralizações.

29 - Raymundo Faoro foi bem Advogado no aconselhamento: **“restabeleça o habeas corpus Presidente Geisel”**. No dia seguinte, o senhor terá DESCENTRALIZADO as decisões pelo País inteiro, e permi-

riores.

Nada deve ser mais descentralizado, do que as decisões judiciais de um Juiz de Comarca.

tirá que todos os Juízes, NOS LUGARES MAIS REMOTOS DO BRASIL, a pedido dos Advogados (também descentralizadamente), libertem os presos políticos e ainda por cima prendam as autoridades militares que não obedecem às decisões judiciais.

30 - O Juiz Sérgio Moro é outro exemplo de um Juiz estudioso que vai marcar um momento histórico no direito brasileiro. Do interior do Paraná, ele dobra o poder econômico arrogante e abusivo, e faz tremer o poder político menos digno, asfixiando-o pelo gasganete. Isso se chama poder descentralizado e constitucionalmente bem exercido! Acontece que ele está lançando um repto aos demais Magistrados brasileiros, pois está fazendo o que ninguém acreditava ser possível fazer.

31 - Insistimos em que a verdadeira simplificação a fazer no Judiciário é a de praticar amplamente a delegação. ADOGADO NÃO QUER DESPACHAR COM JUIZ POR CAPRICHOS! Advogado quer despachar com quem se entenda com o Juiz (mantendo com ele o devido respeito), além da franqueza necessária, para dizer ao Juiz o que está errado no cartório. Antes do “tsunami” que se abateu sobre a Primeira Instância, essa pessoa chamava-se Escrivão. Conforme concebida no passado, não existe mais, pelo menos com as atribuições de outrora.

32 - Poucos Escrivães eram tão ruins como se quer fazer crer. Qualquer Magistrado, que tenha entre seus ascendentes antigos Advogados, Juízes ou Promotores, pode se informar da capacidade de trabalho e responsabilidade desses Serventuários, muitos deles capazes de chegar ao fórum para trabalhar às 07:00hs da manhã, saindo tarde da noite.

33 - Francisco Faria e Narciso Arlindo Teixeira Pinto chegaram a Desembargadores respeitáveis e sábios e começaram a carreira como Escrivães. Como sabe qualquer estudante primário de política: **“em matéria de poder não existe vácuo”**. Onde os Juízes de 1ª Instância

exercem sua autoridade plena, o cartório anda sempre muito melhor, como todos sabemos, mas não gostamos de confessar, escrever, ou falar em público.

34 - Lembro sempre aos meus colegas e amigos do clã do Ministério Público e da Justiça Pública que, como brasileiros, SOMOS PÉSSIMOS para apenar, prender e punir. SOMOS BONS em perdoar, indultar, soltar, transigir e amar o próximo, mas ADORAMOS a hipocrisia das penas gravíssimas, que nunca aplicamos. Agimos assim, porque não conseguimos deixar de ser assim, e só sendo assim, poderemos ser nós mesmos, desde que aceitemos o fato.

35 - Basta ler “Subsídios para a História do Direito Pátrio”, do saudoso Desembargador José Gomes Bezerra Câmara, para ver que tanto as doçuras como os defeitos de nosso direito, de nossos juristas (e da nossa máquina judiciária) vieram com as caravelas de Cabral. Não se mudam tendências acumuladas em séculos, a golpes de leis, decretos, zangas e ralhos.

36 - Os processos patrocinados por Advogados mais hábeis, cordiais, mais gentis, mais simpáticos, com o Escrivão ou com o Juiz, sempre correrão mais rápidos do que os dos ranhetas, grosseiros e intransigentes. A vocação para advogar compreende essa capacidade e competência. Qual é o Magistrado ou Promotor que não quer ter como Advogado, um profissional com essas qualidades, para patrocinar seus direitos? Esse fórum foi construído, tendo como alicerce, a cordialidade entre Juízes, Promotores, Advogados e Serventuários e essa cordialidade está acabando se é que não acabou.

37 - Com um mínimo de conhecimento do Brasil e da vida, sabe-se que existe um processo inexorável que beneficia os vencedores. Só os eleitos do talento, da obstinação, das amizades, ou do destino,

alcançam os altiplanos do poder. Essa lei não se revoga, como não se revoga a lei da gravidade. Nas serventias, como em toda repartição pública, a mesma lei também vigora.

38 - O despreparo dos serventuários (a despeito dos esforços da ESAJ para treiná-los) não é só culpa deles, mas da gigantesca decadência do ensino básico no Brasil que veio estuar na falta de capacidade de raciocinar com lógica e bom senso, na deficiência do manejo falado e escrito da língua nacional etc. O fato ocorre em todas as profissões. Quando o medo se junta a isso tudo, adeus eficiência. O mais curioso, é que todos os jovens brasileiros querem aprender a falar inglês, francês e espanhol, sem dominar perfeitamente a língua portuguesa. Estudar português é considerada coisa de ignorante analfabeto.

A BANCA ÚNICA

39 - Pretendemos agora, examinar um “caso estudo” sobre o tema da banca única, que com as características atuais, bloqueou o andamento da máquina judiciária, fazendo com que processos que demoravam dois anos, agora demorem dez ou mais.

40 - Aqueles que criaram a banca única, entendiam pouco de máquina administrativa, e avaliaram mal o povo brasileiro. Digo avaliaram mal, pois desde nossos estudos primários (passando pelos outros graus e afinal pela faculdade), sempre encontramos nos “grupos de trabalho”, a realidade de UM OU DOIS trabalharem (mas todos assinarem a apresentação final), partilhando as boas notas.

41 - Quando se implantou a banca única, ocorreu a mesma coisa. Muitos dos novos escreventes concursados (concursos não medem todos os defeitos e qualidades humanas) traziam dos bancos escolares, esse vício típico da raça brasileira: esperar que os outros trabalhem.

42 - O colapso não demorou nem ocorreu logo. Os velhos servidores, acostumados a chegar às sete horas da manhã para trabalhar, ainda estavam no cartório. Tão logo identificaram, porém, que ninguém mais era responsável direto pelos processos, trataram de preparar a aposentadoria. Viram que uma apreciável quantidade de “sabidos” havia adentrado o seu tanque, fingindo nada saber, não querendo aprender muito, procurando produzir com a lei do menor esforço e confiando no computador.

43 - Quando algum Magistrado mais severo e enérgico queria cobrar trabalho, a saída natural era usar o nepotismo e as amizades, só ficando os que não tinham como fugir dali. Consta que 10% dos servidores, continua na 1ª Instância e o resto fugiu para a 2ª Instância.

44 - Dizia-se que os processos de alguns advogados, corriam mais depressa que outros. Isso ocorrerá sempre, só que agora, quem decide a velocidade são os juízes e não o Escrivão. Pedidos ocorrerão sem dúvida alguma! Como dizia o Juiz Bezerra Câmara: **“quem é que, tendo direito, não pede?”**.

45 - Hoje, sentado em sua mesa, com razoável conhecimento de informática, digitando números, o Corregedor ou qualquer de seus assessores, verifica o andamento e a situação geográfica de milhares de processos judiciais no Estado e sabe onde eles se encontram. Enorme avanço, sem dúvida. Fazer com que sejam julgados, é muito mais difícil. Pois o computador não é máquina inteligente.

46 - Não é nada incomum encontrarmos cartórios, com fila de dois meses PARA FAZER JUNTADA DE PETIÇÕES! De três meses para o processo SER LEVADO AO JUIZ, de dois meses ESPERANDO PUBLICAÇÃO etc... **Num dos cartórios de Fazenda Pública, da Comarca da Capital, existe um arquivo de dois milhões de processos para serem jul-**

gados. Duvido que alguém se desesperar! Quem são os responsáveis? Quem vai ser punido? Nenhum escrevente vai mais acordar às 07:00hs da manhã para ajudar.

47 - Não existem Hércules capazes de resolver um problema assim. No Estado de Nova York resolveram caso parecido com uma lei estadual que depois a Suprema Corte julgou constitucional. Resolveu-se dar despacho único, no estado em que o processo se encontrasse (ou determinação de arquivá-lo). Quem desejasse, que promovesse outra ação, ou desistisse de seu direito. O fundamento constitucional foi o de que o poder público não podia ficar impossibilitado de cumprir sua função. Teremos coragem para tomar atitudes semelhantes?

48 - Um dos Ministros de Tribunal Superior de Brasília tem 20.000 processos estocados e não admite pedidos nem quer despachar com os advogados, mesmo que sejam agravos meramente protelatórios. O fato repercute em toda a 1ª Instância, pois a Execução, na Comarca, torna-se provisória. **Criamos o CNJ ! De que adiantou, se não sabemos punir ?**

49 - Para que e, por que, apenamos com tanto rigor os velhos escreventes do passado, e tantos os acusamos de corruptos? Tudo o que mudou foi o nível do prestígio, e o apelido da situação que um operoso Juiz desta Comarca, admiravelmente, chamou de “muro das lamentações”, dos Advogados, que ficam amolando o Juiz. Amolam, porque o Juiz não delega. Amolam porque desejam solução.

50 - Computador não registra tempos de verbos, e a criatividade brasileira é fantástica. Alguns cartórios são pródigos em usar o gerúndio. Um processo pode estar registrado como “à conclusão”, mas pode estar “INDO para a Conclusão”, e nesse tempo de verbo, o gerúndio, levar seis meses. Todos nós sabemos disso!

51 - Que o processo seja julgado é bem mais difícil. Dez anos depois, ele pode estar no mesmo lugar sem Sentença, mas estaremos todos bem informados. Para que serve a informação? Se punimos mal, ou simplesmente não punimos, mesmo quando as sanções são graves, de que adianta saber onde está o processo?

52 - Melhor conceder incentivos a quem trabalha! Trabalhar dessa forma, com incentivos e não com punições, pode parecer paradoxal para quem não conhece o Brasil. Todavia vem sendo aplicado, com sucesso, em diversos campos da administração, inclusive aos professores que, em alguns estados federados, recebem incentivos para trabalhar e não faltar.

53 - Para ampliar o desconforto, parecemos ignorar que os administradores públicos e privados brasileiros (sobretudo os mais poderosos), têm, no íntimo do seu caráter, um deplorável pendor pelos pedidos de amigos, parentes e camaradas seja no seu meio, ou dentro do seu clã. Razões de ordem afetiva, puramente pessoais. A gratidão por obséquios, os laços de camaradagem, a amizade e até mesmo o receio de magoar ou desiludir, preponderam, 09 em 10 vezes, sobre as razões de Estado. Nessa linha lá vai a lei e a máquina judiciária perdendo sua força.

54 - Todos temos consciência do dever de respeito à lei ou à majestade da Justiça, e outros sentimentos superiores, mas tão logo eles surgem, surge também insidioso e insinuante, o terrível pendor da família, da camaradagem e da proteção da confraria e das suas regalias e privilégios, e é sempre muito difícil lutar contra nossas raízes.

55 - Soma-se a esses preconceitos a inaceitável presunção de desconfiança na capacidade dos gestores locais, além da inadmissível preocupação de que os recursos venham a ser desviados, desperdiçados

ou mal aplicados por eles. **O perigo maior, raramente estará no ser-ventuário ou nos escreventes, mas em nível muito mais alto e bem acima deles.**

56 - Quem conhece administração sabe que, quase sempre, o que é preciso apurar, é a razão do insucesso dos planos existentes, o que implica o esforço humilde de descer aos fatos e examinar a máquina. Não é diferente na máquina judiciária!

Infelizmente, pouca gente tem paciência para estudar e regular mecanismos, e existe gente demais querendo “descobrir a pólvora” e editar Leis, Regulamentos, Estatutos, Portarias, Instruções etc... com pensamento imaginário, ou escrevendo profundos artigos sobre as matérias que têm solução administrativa não jurídica, gerando uma papelada inadministrável!

57 - O que tenho a propor aos ilustres componentes deste CEDES, à guisa de incitamento para posteriores debates, são algumas ideias desse homem singular, anfíbio de Procurador Federal e estadista, mas também capaz de pilotar, com toda a eficiência, painéis das empresas privadas.

58 - A rigor, o que precisamos fazer são coisas muito simples de enunciar e muito difíceis de levar a cabo:

Evitar a tendência nacional, que se pode chamar “síndrome desimetria”, uniformizando problemas, pessoas e coisas completamente diferentes. Milhares de processos chegando semanalmente à mesa do Juiz, demandam solução coletiva.

A competição entre escreventes, sempre foi a forma mais saudável do trabalho ser desenvolvido, para haver mais produtividade e melhora;

A ideia da banca única sempre me lembra os “grupos de trabalho” dos tempos escolares, onde um ou dois trabalhavam, mas todos assinavam;

Definir responsabilidades pessoais dos escreventes para processar cada tipo de procedimento. Caso sejam muito numerosos, processos de número ímpar com um deles e de número par com outro ou Execuções com um e Ações Ordinárias com outro;

Dar prioridade ao julgamento dos casos que envolvam direitos dos idosos de mais de 80 anos, se necessário mediante mutirão de Juízes, para que essas pessoas, sobretudo viúvas e pobres, não morram ao desalento e por falta de remédios.

PRIORIDADE DE IDOSO, como carimbo, adianta pouco;

Aprender a identificar e reconhecer o erro e tratá-lo como tal. É permitido errar! Juiz também erra materialmente!

Quando tal acontece, o Chefe de Serventia pede ao Advogado que faça uma petição esclarecendo. **Só isso atrasa o processo 6 (seis) meses, entre PROGER, juntada, publicação e novo despacho;**

Selecionar para atendimento aos Advogados, Serventuários que queiram efetivamente fazer carreira no judiciário e não estejam ali “de passagem” ou como “trampolim” (para fazer concurso até que apareçam novas oportunidades melhores).

No entusiasmo pela carreira, é que os Escrivães e Escreventes antigos se distinguiram;

Os estagiários que atendem o público nos cartórios, em pelo menos 50% dos casos, estão despreparados, de maneira geral, para esse

atendimento e terminam por pedir explicações aos Serventuários mais graduados, que raramente tem paciência para esclarecer alguma coisa;

Evitar, dentro do possível, acumulação de dois ou mais cartórios por um único Juiz. É a maior fonte de erros imensos, parecendo mais prudente fechar as Serventias pelo tempo necessário;

Designar algum escrevente talentoso para desempenhar o cargo de **Ouidor da Serventia**, que deve, diariamente, encaminhar as queixas feitas pelos Advogados ao Juiz, sem prejuízo de que o Advogado também o faça diretamente;

Conceder vantagens, benefícios ou privilégios aos Serventuários que se dediquem aos estudos da língua portuguesa, mediante curso na ESAJ, com os melhores professores de português que se possam contratar;

Ter a convicção de que um Advogado reclama, porque seu cliente pagou caro pela taxa judiciária, merecendo receber o produto de qualidade como consumidor;

Talvez se possa pensar numa esteira diferenciada e preferencial, com taxa judiciária mais cara, para litigantes que necessitem rapidez na obtenção de seus direitos;

Quando a máquina não funcionar mais, pergunte como eram as engrenagens quando funcionavam?

Não existirá nunca o computador que estude os fatos, escreva a

Sentença, pense, reflita e saiba escrever;

Aumentar o nível de autoridade do Juiz perante o Cartório e Ad-

vogados, a fim de evitar que processos sejam retirados e só devolvidos após Busca e Apreensão; pelo menos um Juiz do Fórum, manda denunciar criminalmente o Advogado imediatamente;

Iniciar estudos que levem à recriação da “JUSTIÇA DO POBRE” como foi concebido o antigo Juizado de Pequenas Causas, talvez com o mesmo nome que ainda tem no Japão e nos USA, “JUSTIÇA DO POBRE” e a mesma simplicidade inicial.

MATÉRIA de Juízo Cível



SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA – LEI MARIA DA PENHA – PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

Juíza Maria Daniella Binato de Castro

O presente estudo tem por objetivo traçar alguns paralelos entre a suspensão condicional da pena, prevista no artigo 77 do Código Penal, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, prevista no artigo 44, do mesmo diploma legal, e os crimes perpetrados na forma da Lei 11.340/06.

Com relação à aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, prevista no Código Penal, artigo 44, aos crimes praticados no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, não existe, na doutrina e jurisprudência, maiores discussões.

Isso porque, o artigo 44, inciso I, do citado diploma legal, é categórico ao afirmar acerca da impossibilidade de aplicação do benefício, em casos de crimes perpetrados com violência e grave ameaça, logo não sendo possível a sua aplicação aos crimes perpetrados com violência doméstica e familiar contra a mulher¹.

Ressalte-se ainda que, conforme dispõe o artigo 17 da Lei Maria

1 STJ - HABEAS CORPUS HC 306856 MS 2014/0266621-5 (STJ); STJ - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS RHC 36539 MS 2013/0091610-0 (STJ); STJ - HABEAS CORPUS HC 284798 MS 2013/0409849-9 (STJ). Disponíveis em: <http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Art.+44+da+Lei+Maria+da+Penha>. Acesso em: 09 de Setembro de 2015.

da Pena, é vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, penas de cesta básica ou outras prestações pecuniárias, bem como a substituição de pena que implique no pagamento isolado de multa.

Passo à análise, mais detida, da aplicação da suspensão condicional da pena aos crimes perpetrados com a incidência da Lei Maria da Pena.

Primeiramente, em caso de condenação, mormente nos crimes de lesão corporal (artigo 129, §9º, do Código Penal) e ameaça (artigo 147, do Código Penal), delitos processados e julgados com maior incidência nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, a grande parte dos apenados fará jus à suspensão condicional da pena.

Preceitua o artigo 77, do Código Penal:

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão. (*Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998*)

Noutro giro, a suspensão condicional da pena deverá ser analisada de forma conjunta com o artigo 33, §2º, alínea “c”, e §3º, c/c artigo 59, ambos do Código Penal.

Cumprе esclarecer que não se trata de um benefício, mas de um instituto criado com o intuito de reeducar o infrator de baixa periculosidade, suspendendo a execução da pena privativa de liberdade de pequena duração.

Ao meu sentir, uma das intenções do legislador quando da elaboração da suspensão condicional da pena foi justamente evitar que a recuperação do infrator em crimes em que o artigo 77 do Código Penal, seja aplicável, restasse comprometida pela convivência, ainda que curta, com criminosos de alta periculosidade, ainda levando-se em consideração questões afetas à política criminal de restrição do encarceramento, quando outras opções legais se mostrem mais adequadas a finalidade ressocializadora da pena.

Atenta a esta realidade, importante a análise, dentro da perspectiva dos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, da aplicação do artigo 77, do Código Penal, aos crimes de ameaça (artigo 147) cometidos na forma da Lei Maria da Penha.

Explico: O artigo 79 do Código Penal traz as condições estabelecidas pelo Juiz para que o apenado cumpra o Sursis da pena, sendo certo que tal análise deve ser feita com observância do delito cometido e principalmente as características peculiares, quando existirem.

Frise-se que os crimes perpetrados na forma da Lei Maria da Penha possuem algumas peculiaridades que, ao meu sentir, deverão ser consideradas quando da suspensão da pena.

Via de regra, as infrações cometidas com violência de gênero têm como sujeitos ativos os companheiros, maridos, namorados (dentre outros, previstos no artigo 5º da Lei Maria da Penha) e ocorrem com base em sentimento de menosprezo, subjugação e humilhação à vítima, não guardando, reiterar-se, via de regra, o agressor características de um criminoso usual.

Muitas vezes, a imagem pública do agressor é impecável, não demonstrando qualquer atitude violenta em seu meio de trabalho ou no convívio social.

É muito frequente que os vizinhos não acreditem nos eventuais pedidos de ajuda da mulher, porque é muito difícil associar a imagem pública do homem respeitável à do espancador, alerta a assistente social Carine Toledo².

Do ponto de vista psicológico, esses homens têm uma insegurança muito grande em relação à própria virilidade, ao papel masculino. Possessivos e ciumentos, eles veem as mulheres como sua propriedade e não aguentam perder o controle sobre elas, descreve a psicóloga Ruth Gheler³

Em geral, de acordo com o relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito que investigou a questão da violência contra a mulher no país, os agressores são filhos de pais excessivamente autoritários e eles próprios foram vítimas de violência na infância⁴.

2 PERES, Andréia. A violência dentro de casa. Claudia, p;16, Jul. 1996.

3 PERES, Andréia. A violência dentro de casa. Claudia, p;16, Jul. 1996.

4 PERES, Andréia. A violência dentro de casa. Claudia, p;16, Jul. 1996.

Apesar de inexistir um perfil característico, E.W. Gondolf oferece uma classificação do agressor, agrupando as condutas violentas em três tipos diferentes:

Agressores com características de personalidade antissocial e tendência a praticar atos com extrema violência sexual e física (5-8%);

Agressores com características de personalidade antissocial com tendência a realizar atos com extrema violência física e verbal, porém não sexual (30-40%);

Agressores sem um perfil psicológico marcado que realizam abuso verbal e físico, porém em níveis menos severos que outros grupos (52-65%).

Um outro aspecto muito característico nos agressores é a tendência à minimização da agressão e negação do comportamento agressivo, culpando a vítima pelo comportamento emitido⁵.

O consumo de álcool é muito presente nos relatos das vítimas e agressores. Nesse contexto, estudos realizados por J. Madina, Garrido, Stangeland e Redondo constataram que a taxa de alcoolismo no grupo de agressores estudados era de 60%⁶.

De acordo com dados do Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas – CEBRID, da UNIFESP, o uso abusivo de bebidas alcoólicas está associado ao aumento da violência doméstica, fazendo

5 SINCLARI, D. Understanding wife assault: A training manual for counselors and advocates. Toronto: Publications Ontario, 1985, p. 34. RYNERSON, B. C; FISHEL, A.H. Domestic violence prevention training: Participant characteristics and treatment outcomes. *Journal of Family violence*. 8, 253-267, 1995. FAULKNER, K; STOLTENBERG, C.D; COGEN, R, NOLDER, M; SCHOOTER, E. Cognitive-behavioral Group treatment for Male Spouse Abuse. *Journal of Family violence*, n. 7, 32-55, 1995.

6 MADINA, J. Perfil psicossocial y tratamiento del hombre violento con su pareja en el hogar. FERNÁNDEZ, Morillas. Análisis criminológico del delito de violencia doméstica. Universidade de Cádiz, 2003, p.66. FERNÁNDEZ, Morillas. Análisis criminológico del delito de violencia doméstica. Universidade de Cádiz, 2003, p.153.

das mulheres as maiores vítimas de agressão. A recorrência das agressões nos domicílios com agressores embriagados ocorre três vezes mais em períodos de um a cinco anos; seis vezes mais, entre seis e dez anos e, quatro vezes mais, quando as situações ultrapassam uma década.

De acordo com psicólogo Arilton Martins Fonseca⁷, a crença de que o álcool é responsável pelas agressões diminui a culpa do agressor e aumenta a tolerância da vítima, podendo favorecer novos episódios. Além disso, o padrão crônico de beber pode ser importante fator na reincidência das agressões e agravado quando a dependência já está instalada.

Assim, claramente observamos que por ter esse elemento característico tão peculiar, necessário se faz a adequação da suspensão condicional da pena, para que sejam atingidos os objetivos almejados pelo legislador.

Acrescenta-se, neste momento, toda a principiologia trazida pela Lei Maria da Penha, no sentido de reeducar o agressor no intuito de se evitar a reincidência específica, viabilizando-se assim o rompimento do chamado “ciclo da violência”.

Instituto de grande valia nessa seara se encontra disposto no artigo 45, da Lei Maria da Penha.

No I Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca da Capital – RJ, existe o Grupo Reflexivo para Agressores, cujo objetivo principal é oferecer um espaço de reflexão para pessoas envolvidas no processo como autores de violência doméstica.

Através desse espaço pretende-se facilitar a reflexão, a responsabilização e o empreendimento de ações para prevenir e

7 Disponível em: <https://feminina.wordpress.com/2008/12/08/alcool-esta-associado-a-50-dos-casos-de-violencia-domestica>. Acesso em: 02 de abril de 2012

estimular o rompimento do ciclo de violência. As dinâmicas realizadas nesses encontros objetivam o questionamento dos pontos referentes à identidade de gênero, estereotipada nas relações, e trabalhar reflexivamente outras formas de solucionar conflitos, que não pela via da violência.

Os participantes são encaminhados para o Grupo Reflexivo, depois de uma entrevista individual, e as reuniões são realizadas semanalmente com duração de duas horas, em um total de oito reuniões. Geralmente, sua composição tem no máximo quinze pessoas envolvidas no processo de violência doméstica e dois facilitadores.

Diante do exposto, torna-se cristalina a ideia de que apenas pelo crime previsto no artigo 147, do Código Penal, devem ter um tratamento diferenciado daqueles que venham a violar o artigo 129, §9º, do Código Penal, levando-se em conta não somente a gravidade em abstrato, mas principalmente a forma em que tais crimes vulneram o bem jurídico tutelado.

É sabido que o crime de ameaça, cometido na forma da Lei Maria da Penha, possui contornos próprios e deve ser observado de forma atenta, a fim de que não se traduza no futuro, como início de uma caminhada para crimes mais graves, tais como a própria lesão corporal ou o feminicídio que, como sabemos, na grande maioria dos casos, representa a última etapa de um *continuum* de violência que leva a morte. Precedido, portanto, por outros eventos abusivos que tentam submeter a vítima a uma lógica de dominação e subordinação.

Nessa esteira de pensamento é que analisamos as possibilidades legais de adequação do SURSIS da pena ao condenado pelo crime de ameaça, na forma da Lei Maria da Penha.

Como de notória sabença há o SURSIS simples, que é mais gravoso

que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, com prestação de serviços à comunidade ou limitação de final de semana, acrescido ou não das condições estabelecidas pelo Juiz; e o SURSIS especial, previsto no §2º, do artigo 78, do Código Penal, que prevê a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois terá o apenado que cumprir somente as condições estabelecidas pelo referido artigo, em substituição das condições previstas no §1º, do mesmo artigo.

No que concerne às condições, se dividem em legais (artigo 78, §2º, do Código Penal) e judiciais, previstas no artigo 79, do Código Penal.

Assim, dentro das condições judiciais é que encontramos a base legal para aplicação do artigo 45, da Lei Maria da Penha, como condição do SURSIS, entendendo ainda que não haveria obrigatoriedade de se submeter a período de prova disposto no *caput* do artigo 77, do Código Penal.

Fundamenta-se tal afirmativa não somente nos já citados princípios da razoabilidade e proporcionalidade, posto não ser adequado um período de prova tão longo para o apenado por crime de ameaça, mas também por não encontrar respaldo face ao disposto na Lei especial, qual seja, a Lei Maria da Penha.

Demonstra-se mais adequado às finalidades pedagógicas e ressocializadoras da Lei Maria da Penha a aplicação da obrigatoriedade de frequência do apenado ao grupo reflexivo do que impô-lo tão longo, e ao meu sentir, ineficiente período de prova sem observar o que mais importa, que é a prevenção, através da educação, da informação, do cometimento de novas infrações na perspectiva da violência de gênero.

A COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA VIOLÊNCIA BASEADA NO GÊNERO

Juiz Juiz André Luis Nicolitt

A incidência da Lei Maria da Penha decorre da violência, por ação ou omissão, baseada no gênero. Enquanto o sexo que pode ser masculino ou feminino, é um conceito biológico, o gênero, também feminino e masculino, é um conceito sociológico independente do sexo. A referida lei não protege apenas o sexo feminino, mas além disso, protege o gênero feminino. O gênero refere-se ao papel social (feminino ou masculino) assumido pela pessoa, sendo assim um aspecto cultural e não anatômico. Esta noção será fundamental para entender o âmbito de incidência da lei.

A questão controvertida já gerou reflexo no STJ, inclusive com decisão que apreciou recurso contra decisão famosa de nosso tribunal, vale transcrever:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.416.580 - RJ (2013/0370910-1)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RECORRIDO : C E B D F

ADVOGADO : MICHEL ASSEFF FILHO E OUTRO(S)

ASSIST. AC : L E A P

ASSIST. AC : E DE S H

ADVOGADO : MARCELO QUINTANILHA SALOMÃO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. CRIMES

DE LESÃO CORPORAL PRATICADOS CONTRA NAMORADA DO RÉU E CONTRA SENHORA QUE A ACUDIU. NAMORO. RELAÇÃO ÍNTIMA DE AFETO. CARACTERIZAÇÃO. INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA. ART. 5.º, INCISO III, E ART. 14 DA LEI N.º 11.340/06. PRECEDENTES DO STJ. VÍTIMA MULHER DE RENOME DA CLASSE ARTÍSTICA. HIPOSSUFICIÊNCIA E VULNERABILIDADE AFASTADA

PELO TRIBUNAL A QUO PARA JUSTIFICAR A NÃO-APLICAÇÃO DA LEI ESPECIAL. FRAGILIDADE QUE É ÍNSITA À CONDIÇÃO DA MULHER HODIERNA. DESNECESSIDADE DE PROVA. COMPETÊNCIA DO I JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DA CAPITAL FLUMINENSE. RECURSO PROVIDO. DECLARAÇÃO, DE OFÍCIO, DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, EM RELAÇÃO AO CRIME COMETIDO CONTRA A PRIMEIRA VÍTIMA, EM FACE DA SUPERVENIENTE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL.

1. Hipótese em que, tanto o Juízo singular quanto o Tribunal a quo, concluíram que havia, à época dos fatos, uma relação de namoro entre o agressor e a primeira vítima; e, ainda, que a agressão se deu no contexto da relação íntima existente entre eles. Trata-se, portanto, de fatos incontestes, já apurados pelas instâncias ordinárias, razão pela qual não há falar em incidência da Súmula n.º 07 desta Corte.

2. O entendimento prevalente neste Superior Tribunal de Justiça é de que “O namoro é uma relação íntima de afeto que independe de coabitação; portanto, a agressão do namorado contra a namorada, ainda que tenha cessado o relacionamento, mas que ocorra em decorrência dele, caracteriza violência doméstica “ (CC 96.532/MG, Rel. Ministra JANE SILVA – Desembargadora Convocada do TJMG,

TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 05/12/2008, DJe 19/12/2008). No mesmo sentido: CC 100.654/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/03/2009, DJe 13/05/2009; HC 181.217/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2011, DJe 04/11/2011; AgRg no AREsp 59.208/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 07/03/2013.

3. A situação de vulnerabilidade e fragilidade da mulher, envolvida em relacionamento íntimo de afeto, nas circunstâncias descritas pela lei de regência, se revela *ipso facto*. Com efeito, a presunção de hipossuficiência da mulher, a implicar a necessidade de o Estado oferecer proteção especial para reequilibrar a desproporcionalidade existente, constitui-se em pressuposto de validade da própria lei. Vale ressaltar que, em nenhum momento, o legislador condicionou esse tratamento diferenciado à demonstração dessa presunção, que, aliás, é ínsita à condição da mulher na sociedade hodierna. 4. As denúncias de agressões, em razão do gênero, que porventura ocorram nesse contexto, devem ser processadas e julgadas pelos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, nos termos do art. 14 da Lei n.º 11.340/2006. 5. Restabelecida a condenação, cumpre o reconhecimento, de ofício, da extinção da punibilidade do Recorrido, em relação ao crime cometido contra a primeira vítima, em face da prescrição da pretensão punitiva estatal, a teor do art. 110, § 1.º, c.c. o art. 119, c.c. o art. 109, inciso VI (este com a redação anterior à Lei n.º 12.234, de 5 de maio de 2010, já que o crime é de 23/10/2008), todos do Código Penal. 6. Recurso especial provido para, cassando o acórdão dos embargos infringentes, restabelecer o acórdão da apelação que confirmara a

sentença penal condenatória. Outrossim, declarada, de ofício, a extinção da punibilidade do Recorrido, em relação ao crime de lesão corporal cometido contra a primeira vítima, em face da superveniente prescrição da pretensão punitiva estatal, remanescendo a condenação contra a segunda vítima.

À luz do art. 5.º da Lei 11.340/2006, configura violência doméstica e familiar contra a mulher, que justifica a intervenção do respectivo juízo, “qualquer ação ou omissão baseada no gênero” que esteja:

(i) *no âmbito da unidade doméstica*, compreendida como espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas, o que para nós inclui até mesmo a empregada doméstica¹;

(ii) *no âmbito da família*, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

(iii) *em qualquer relação íntima de afeto*, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Ademais, afirma o parágrafo único do art. 5.º, que as relações pessoais enunciadas no referido art. 5.º *independem de orientação sexual*, ou seja, abrangem relações homoafetivas que envolvam lésbicas, travestis, transexuais, transgêneros e *gays*, estando todos estes ao abrigo da lei², desde que um dos sujeitos assuma a representação

1 DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Pena na Justiça. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 63; Damásio de Jesus, A empregada doméstica e a Lei Maria da Pena. [www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/ane-xos/13261-13262-1-PB.pdf]. Acesso em: 20.06.2014.

2 DIAS, A Lei..., *op. cit.*, p. 48.

social de mulher (gênero feminino).

Não obstante, a prática judicial tem limitado a incidência da Lei Maria da Pena, reduzindo-a praticamente ao terceiro inciso do art. 5.º, ou seja, às relações íntimas de afeto.

Todavia, o objetivo da lei foi dar amplitude ao âmbito de proteção da Lei Maria da Pena, e por consequência à competência do juízo de violência doméstica, que não podem ser reduzidos apenas às agressões entre marido (companheiro) e mulher, ex marido (ex companheiro) e ex mulher, interpretação que seria extremamente reducionista.

O próprio STJ, para ilustrar, reconheceu a incidência da Lei Maria da Pena, na violência praticada contra cunhada no espaço de convivência permanente (STJ, HC 172.634, Min. Laurita Vaz).

Embora o termo gênero seja um tanto quanto indeterminado, a lei nos dá alguns elementos capazes de objetivar a definição de incidência da Lei e da competência do juízo especializado, são eles: (a) *unidade doméstica*, ou seja, espaço de convívio; (b) *relações familiares* (filiação, casamento, convivência etc.); (c) *relações íntimas de afeto* (namoro, união estável, entre pessoas de sexo igual ou diferente) independentemente de coabitação.

Entendemos que não é necessária a incidência cumulativa dos três incisos do art. 5.º da referida lei para a fixação da competência do juízo da violência doméstica, bastando que apenas um deles e a ligação com o gênero feminino.

Por outro lado, é possível que mesmo diante de tais elementos, ainda que cumulados, haja circunstâncias que possam permitir um juízo de exclusão da competência do juízo de violência doméstica, quando se evidenciar, por exemplo, a motivação possessória ou patrimonial e não de gênero, ou violência indiscriminada e reiterada

não só contra mulher, mas também contra homens (pai, irmão etc.), não raras motivadas por problemas com drogas, álcool etc.

Para ilustrar, podemos imaginar uma hipótese em que o filho agride a mãe, mas também o pai, ou o irmão. Sendo assim, embora tenhamos os elementos objetivos, mesma residência, agressão à mulher, a agressão simultânea ao pai e aos irmãos, que se mostrarem reiteradas e não acessórias, são indicativos da exclusão da questão de gênero, podendo se justificar por qualquer outra causa.

Raras são as controvérsias surgidas quando a violência decorre de situações que envolvem homens e mulheres na qualidade de marido e mulher, companheiros, ex-cônjuges, ex-companheiros, namorados ou ex-namorados, ou seja, as chamadas relações íntimas de afeto. A discórdia ocorre e as dúvidas surgem, principalmente, quando envolvem pai e filha, filho e mãe, além de outros parentescos (tio sobrinha, irmãos, primos etc.). A discórdia reside também no que tange às relações homoafetivas.

A análise da competência deve ser feita caso a caso evitando-se generalizações, bem como buscando perceber a relação de dominação (ou tentativa de) em razão do gênero feminino, ou seja, da condição de mulher (ou da representação social feminina), em outras palavras, quando se transparecer a discriminação da mulher (do gênero feminino), quando se notar que igual tratamento não seria dispensado aquele que desempenha o papel social do gênero masculino. Vejamos alguns casos:

Estupro de criança ou adolescente

Muitos juízes que atuam nos Juizados de Violência Doméstica contra a Mulher estão declinando da competência nos casos de estupro de crianças e adolescentes, geralmente cometidos por parentes, não raro pais e padrastos, ao argumento de que nesta hipótese a violência não está

baseada no gênero e sim na vulnerabilidade da criança ou adolescente. Entendemos que o tema deve ser visto caso a caso e que a generalização pode conduzir a limitação do âmbito de proteção da lei que visa proteger a mulher em todas as idades (art. 2.º da Lei Maria da Penha).

É preciso lembrar que a violência contra mulher começa ainda muito cedo. Com escopo ilustrativo, vale apontar o índice de homicídio de mulheres por faixa etária segundo o sistema de informação sobre mortalidade da Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde (SIM/SVS/MS):

Tabela 8.1. Números e taxas (em 100 mil mulheres) de homicídios femininos. Brasil, 2000 e 2010*.

FAIXA ETÁRIA	NÚMERO		TAXAS	
	2000	2010*	2000	2010*
MEIODE 1 ANO	37	35	2,3	2,6
1 A 4 ANOS	40	52	0,6	1,0
5 A 9 ANOS	46	48	0,6	0,7
10 A 14 ANOS	156	131	1,8	1,6
15 A 19 ANOS	592	556	6,6	6,6
20 A 29 ANOS	1.051	1.331	6,9	7,7
30 A 39 ANOS	843	947	6,5	6,3
40 A 49 ANOS	506	597	5,1	4,7
50 A 59 ANOS	198	260	3,0	2,7
60 A 69 ANOS	91	130	2,1	2,1
70 A 79 ANOS	70	82	2,8	2,3
80 ANOS E MAIS	36	57	3,3	3,2
IGNORADO	77	71		
TOTAL	3.743	4.297	4,3	4,4

Fonte: SIM/SVS/MS * 2010: dados preliminares

Ademais, não se pode olvidar onde ocorre o maior número de agressões contra a mulher, tampouco que são os principais autores, destacadamente quando esta ainda é criança ou adolescente:

Tabela 9.1.1. % de atendimentos femininos segundo local de ocorrência e faixa etária. Brasil, 2011.

LOCAL DE OCORRÊNCIA	FAIXA ETÁRIA (ANOS)										TOTAL
	<1	1-4	5-9	10-14	15-19	20-29	30-39	40-49	50-59	60 E +	
RESIDÊNCIA	69,2	79,1	79,7	65,6	54,3	64,2	70,8	74,3	76,1	84,5	68,8
HABITAÇÃO COLETIVA	0,6	0,4	0,5	0,7	0,8	0,6	0,5	0,5	0,6	0,9	0,6
ESCOLA	0,9	2,8	4,1	5,6	2,8	0,5	0,5	0,6	0,7	0,2	1,8
LOCAL ESPORTIVO	0,2	0,2	0,1	0,7	0,7	0,4	0,2	0,3	0,2	0,1	0,4
BAR OU SIMILAR	0,6	0,1	0,3	1,4	3,3	3,2	3,3	2,9	2,6	0,8	2,4
VIA PÚBLICA	7,4	4,2	6,3	15,6	27,8	23,0	18,5	15,7	13,3	8,1	17,4
COMÉRCIO/SERVIÇOS	1,8	0,7	0,6	0,9	1,5	2,2	1,8	1,9	2,6	0,9	1,6
INDÚSTRIAS/CONST.	0,0	0,1	0,1	0,5	0,4	0,3	0,3	0,2	0,2	0,0	0,3
OUTROS	19,3	12,4	8,2	9,1	8,4	5,7	4,2	3,6	3,8	4,5	6,8
TOTAL	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
NÚMERO DE CASOS	1.407	2.685	2.792	4.845	5.427	10.034	7.817	4.158	1.921	1.830	42.916

Fonte: SIMAN/SVS/MS

Tabela 9.2.1. % de atendimentos femininos segundo relação do agressor com a vítima e faixa etária. Brasil, 2011

RELAÇÃO	<1	1-4	5-9	10-14	15-19	20-29	30-39	40-49	50-59	60 e +	TOTAL
PAI	27,4	28,6	23,3	13,2	7,9	1,8	0,8	0,4	0,3	0,3	7,4
MÃE	57,9	44,3	26,2	10,7	6,2	1,2	0,7	0,6	0,8	0,9	9,0
PADRASTO	2,3	6,8	14,8	11,1	4,0	0,9	0,2	0,2	0,1	0,1	3,5
MADRASTA	0,2	0,7	1,0	0,7	0,4	0,1	0,1	0,0	0,1	0,5	0,3
CONJUGE	0,0	0,0	0,0	2,0	14,6	38,7	49,1	47,5	39,1	17,7	27,1
EX-CONJUGE	0,0	0,0	0,0	0,6	4,9	14,2	14,6	12,1	8,3	2,7	8,3
NAMORADO	0,0	0,0	0,0	10,0	7,7	5,2	3,8	3,4	2,6	0,7	4,5
EX-NAMORADO	0,0	0,0	0,0	1,2	4,8	4,5	2,6	2,0	0,9	0,5	2,6
FERO	0,0	0,0	0,0	0,2	0,3	0,3	2,0	6,7	17,1	51,2	3,8
IMBÃO	1,8	2,2	3,5	3,4	4,4	3,8	3,5	3,1	4,5	3,9	3,6
AMIGOS/CONH.	5,3	12,1	23,9	32,7	21,2	13,1	11,1	11,9	14,0	10,4	16,2
DESCONHEC.	5,0	5,3	7,3	14,2	23,7	16,2	11,6	12,2	12,4	11,1	13,8
TOTAL	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
N. DE CASOS	1.460	2.398	2.439	4.677	5.196	9.405	7.325	3.816	1.720	1.497	39.933

Fonte: SIMAN/SIVIS/MG

Nota-se desta forma que a violência contra as mulheres que ostentam a qualidade de criança ou adolescente não é insignificante e prepondera no âmbito doméstico, cometida por pai, mãe e padrasto.

Alguns julgados estão ignorando este fato e partindo para generalização, quando a questão deve ser vista à luz do caso concreto, vale citar:

Conflito Negativo de Jurisdição. O Juízo de Direito da 3.ª Vara Criminal de Duque de Caxias-RJ suscitou o presente conflito negativo de jurisdição em face do Juizado da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Duque de Caxias. O processo visa a apurar a prática do crime de estupro de vulnerável (art. 217- A do CP) praticado pelo pai contra filha de 10 anos. Inteligência do art. 4.º da Lei 11.340/2006. A intenção precípua do legislador foi dar proteção à mulher que é subjugada, principalmente, por sua vulnerabilidade física. Assim, para que o crime seja abrangido pela Lei Maria da Penha é imprescindível que a prática da conduta seja baseada no gênero. No caso concreto, o delito supostamente praticado contra filha, embora ocorrido em contexto

familiar e doméstico, foi impulsionado pela condição etária da vítima e não guarda qualquer motivação de gênero apta a atrair a incidência da Lei 11.340/06. Improcedência do Conflito Negativo de Jurisdição. Competência do Juízo de Direito da 3.^a Vara Criminal de Duque de Caxias para processar e julgar a presente ação penal, nos termos do voto da Relatora. (TJRJ, Conflito de Jurisdição 0010504-12.2013.8.19.0000).

Crime contra a dignidade sexual. Estupro de vulnerável. Competência. Decisão de declínio. Manutenção. Hipótese. Tem-se entendido, em princípio, que a Lei Maria da Penha não alterou a competência para o julgamento de ações penais que envolvam abusos sexuais praticados contra enteada ou contra a própria filha, eis que tal tipo de violência não se enquadra no conceito de violência de gênero que o legislador quis resguardar. A violência de gênero, a que alude o citado diploma legal, é aquela gerada dentro de uma relação de intimidade, de afeto, independentemente se os personagens envolvidos vivam ou não sob o mesmo teto. Os delitos de abuso sexual contra a filha ou enteada não são cometidos em função da relação de intimidade, de afeto entre homem e mulher, mas sim em razão de ser a suposta vítima uma criança de reduzida idade, do que se aproveita o pai ou o padrasto para satisfazer a sua lascívia. Em consequência, a competência para a apuração de tais delitos é, como o era, do Juízo Criminal Comum. (TJRJ, RESE 0072148-87.2012.8.19.0000).

(...) Na hipótese dos autos, o crime de estupro de vulnerável foi cometido contra a filha da prima

do recorrido, que se aproveitando desta condição adentrou na casa da vítima e a obrigou à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal. 3. Neste cenário, não se evidencia que o delito eventualmente praticado teve como motivação o dolo específico exigido para a aplicação da Lei Maria da Penha. 4. Ausência de comprovação da relação doméstica-familiar ou de vínculo de parentesco apto a atrair a aplicação da Lei Especial. (STJ AgRg no REsp 1.427.927/RJ).

Entendemos que podem existir fatores que afastem a competência do juízo da violência doméstica contra mulher nestes casos. Todavia, não se pode partir da premissa que todos os crimes sexuais cometidos contra criança ou adolescentes estejam fora da incidência da Lei Maria da Penha, por não conterem situação de gênero e sim, estarem relacionadas à vulnerabilidade da criança.

Imaginemos a situação em que o pai ou padrasto estupra a filha ou enteada, mas apesar de também conviver com outra criança ou adolescente, como filho ou enteado, não molesta ou abusa deste que exerce o papel social masculino.

Tal fato se dá seguramente por uma questão de gênero, afeta a forma que a mulher é vista em uma sociedade machista, na qual a mulher, desde criança, ao receber presentes e educação, é talhada para ser dona de casa, não ter desejo, ser objeto de desejo do homem, para servir ao lar, criar os filhos etc., enquanto os homens, desde a infância são construídos para o trabalho externo, para a direção de automóvel, com estímulo a uma vida sexual livre etc.

Para nós, a questão é bem delineada no seguinte julgado:

Recurso em sentido estrito. Estupro de vulnerável.
Decisão que declarou a incompetência do juizado

da violência doméstica e familiar contra a mulher, declinando da competência para o Juízo Criminal Comum. Ajuizado requerimento de tutela inibitória com o requerimento de medidas protetivas formuladas em desfavor do recorrido, o magistrado com atuação do juizado especializado declinou da competência para a vara criminal comum, por considerar que a violência suportada pela ofendida não seria de gênero, mas meramente acidental no contexto da violência. (...). Este relator possui solidificado o entendimento de que não basta a vítima de violência ser do sexo feminino para a fixação da competência do Juízo Especializado, sendo necessário que a violência se dê em razão do gênero. *Sucedo que na hipótese vertente, pelo cotejo das declarações que serviram de base para a formulação do pedido de medidas protetivas, observa-se claramente que o recorrido era padrasto da ofendida e que segundo relato da menor trazido à baila por sua avó, o recorrido ficava em casa com dois menores, a vítima Amanda de 9 anos de idade e o irmão desta, Lucas, de 13 anos e que a única abusada sexualmente era a menina, sendo certo que o menino Lucas algumas vezes presenciou a violência sexual suportada por sua irmã e, sendo do sexo masculino, jamais foi vítima do seu padrasto. O Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher é competente para julgamento das condutas contra a mulher baseadas no gênero e que venham a produzir morte, lesão, sofrimento físico, sexual, psicológico e dano moral ou patrimonial no âmbito da unidade doméstica, da família e em qualquer relação íntima de afeto. (...). As circunstâncias de a ofendida ser do sexo feminino e de os atos sexuais terem sido perpetrados por seu padrasto*

determinam a ocorrência de violência doméstica baseada no gênero, até porque, não fosse assim o recorrido abusaria também do seu enteado Lucas, que inclusive esteve presente em alguns episódios. (...) Recurso conhecido e provido, para desconstituir a decisão recorrida, declarando-se competente para apreciar o requerimento de tutela inibitória o Juízo do II Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Campo Grande. (TJRJ, RESE 0016134-49.2013.8.19.0000).

Vale dizer ainda, que a regra, nestes casos é a competência do Juízo da Violência Doméstica, vez que estamos diante de uma violência, promovida contra uma mulher, ainda que criança, no âmbito doméstico. Desta forma, apenas quando haja evidências de que tal violência, indistintamente, tenha sido produzida também contra pessoa do sexo masculino, ou poderia ter sido produzida contra esta, é que se poderia fazer um juízo de exclusão da competência da violência doméstica.

Note-se que alguns julgados partem de metodologia equivocada para afirmar ser bastante o fato de que hipoteticamente possa ser cometido contra criança ou adolescente do sexo masculino para se excluir daí a questão de gênero, sem que haja efetiva prova de circunstância concreta que indique indiferença para o agressor em relação ao gênero masculino e feminino, vale ilustrar:

Não tendo o crime praticado pelo autor do fato, in casu, relação direta com o gênero feminino da vítima, mas sim com a própria condição de menor por ela ostentada, pois, ainda que fosse ela do sexo masculino, poderia o réu ter praticado, pelo menos em tese, a mesma conduta que lhe foi imputada no registro de ocorrência, uma vez que, para o agressor, o importante era satisfazer sua desmedida

lascívia, aproveitando-se da pouca idade da criança, é de se concluir que, muito embora seja a vítima do sexo feminino, a competência para apreciar a matéria é do Juízo Comum (...). (TJRJ, RESE 0045089-90.2013.8.19.0000).

Para nós, apenas quando houver nos autos, elementos de informação no sentido de que a violência foi empregada indistintamente ao gênero masculino e feminino é que se pode afastar a competência do juízo da violência doméstica. Neste sentido parece acertada a seguinte decisão:

Conflito negativo de competência. Estupro de vulnerável em âmbito doméstico e familiar realizado contra a mulher. Alegação declinatória primitiva de que a hipótese não envolve violência de gênero, mas sim por ser a vítima adolescente, o que afastaria a competência do juizado especializado. Pelo cotejo das declarações extrajudiciais encartadas nos autos, percebe-se que a conduta comportamental, dita realizada pelo interessado, padrasto da ofendida e ocorrida no âmbito familiar, teve relação com o fato de ser a vítima do sexo feminino, sobrepondo-se tal circunstância ao fato de ser a mesma criança. (...). O móvel do cenário fático é típico de uma relação de hierarquia entre padrasto e enteada, vale dizer, do sexo feminino, não havendo na prova extrajudicial produzida qualquer elemento capaz de demonstrar que acaso o sujeito passivo do delito fosse homem a conduta também se realizaria. Na casa onde ocorreram os fatos residem o interessado, sua mulher, a ofendida (sua enteada) e outras duas meninas, filhas comuns do casal. É prematura a suposição de que fosse um enteado ou um filho a conduta se realizaria. O Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a

Mulher é competente para julgamento das condutas contra a mulher baseadas no gênero e que venham a produzir morte, lesão, sofrimento físico, sexual, psicológico e dano moral ou patrimonial no âmbito da unidade doméstica, da família e em qualquer relação íntima de afeto. Conforme disposição preambular da batizada Lei Maria da Penha, esta foi editada para ajustar o ordenamento jurídico interno às normas de direito internacional sobre o tema, em especial à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, ratificada pelo Brasil, sem reservas, pelo Decreto Legislativo n.º 26/94, e que de forma expressa disciplina que a discriminação contra as mulheres significa toda distinção, exclusão ou restrição fundada no sexo. Ademais, importante ressaltar que o caso em tela possui peculiaridades a ensejarem um tratamento mais cuidadoso, que melhor se dará no âmbito do Juizado especializado. A vítima, uma criança de apenas 11 anos, teria vivenciado a traumatizante experiência de haver sofrido violência sexual por parte de seu próprio padrasto. O Juizado de Violência Doméstica possui uma equipe multidisciplinar que poderá oferecer um atendimento mais adequado a essa tenra menina, inclusive possibilitando a aplicação de medidas protetivas estabelecidas na lei especial, diferentemente do que ocorre no frio ambiente de uma vara criminal comum. Desta sorte, sendo a infração praticada em razão do gênero “mulher” da ofendida, a competência é do Juizado especializado. Conflito conhecido e procedente, declarando-se competente o Juízo suscitado, vale dizer, o do Juizado Especial Adjunto Criminal da Comarca de Barra do Piraí-RJ. (TJRJ, Conflito de Jurisdição 0012765-13.2014.8.19.0000).

Merece destaque ainda ser o julgado atento ao fato de que no juízo da violência doméstica há toda uma estrutura legal de atendimento, proteção e assistência mais adequada a uma criança do sexo feminino vítima de crime contra a dignidade sexual. A toda evidência, as normas da Lei Maria da Penha, visam criar um ambiente muito mais confortável a esta vítima, do que o que lhe é reservado em uma vara comum.

Destaque-se que o art. 2.º da Lei Maria da Penha, protege a mulher independentemente da raça, religião, idade etc. De igual maneira, para o art. 5.º, não há necessidade de coabitação.

Por todo o exposto, somos que, em regra, havendo estupro de pai ou padrasto, contra filha ou enteada, a competência para julgamento é do juízo da violência doméstica. Excepcionalmente, diante de elementos informativos ou provas capazes de afastarem a questão de gênero, é que tal competência poderá ser excluída.

Relações homoafetivas

Outro ponto nevrálgico do tema refere-se à incidência da Lei Maria da Penha nas relações homoafetivas. O parágrafo único do art. 5.º da lei em exame dispõe que as relações pessoais ali referidas independem da orientação sexual.

Na relação homoafetiva entre duas mulheres, já é possível vislumbrar compatibilidade da lei com a reserva legal e a isonomia. Isto porque, uma mulher homossexual atende à elementar “mulher” prevista no art. 5.º da indigitada lei. Embora aparentemente ser possível cogitar de violação à isonomia em razão de que em uma relação homossexual entre duas mulheres haveria situação de igualdade de sexo, o fato é que pode ser que no caso concreto, uma das conviventes assumo o papel social de homem, impondo uma diferença de gênero

que justificaria a proteção diferenciada, o que permite afastar qualquer inconstitucionalidade em tal hipótese, vez que, apesar da igualdade de sexo, haveria desigualdade de gênero.

O problema reside nas relações homoafetivas que envolvam dois homens, pois, no caso de homem homossexual ou que assuma o gênero feminino, considerando o princípio da tipicidade, não se enquadra na elementar penal “mulher” prevista no art. 5.º da lei. Quando a lei fala em mulher, não pode o termo receber interpretação extensiva ou aplicação analógica, contra o réu, para englobar pessoas que apesar de exercem o papel social da mulher,³ assumindo um gênero feminino, não pode, para efeito penal incriminador, ser equiparado à mulher, embora, em nosso pensar, devesse o legislador lhes dar idêntico tratamento, o que não foi feito.

Diante de tal quadro, há que se fazer uma análise quanto a natureza penal ou processual das normas contidas na Lei Maria da Pena.

A Lei 11.340/2006 é preponderantemente uma lei processual que cuida da assistência, do atendimento, do procedimento e da proteção à mulher. São poucas as normas penais que afetam a esfera de liberdade das pessoas e/ou interfiram no direito de punir do Estado, podemos mencionar basicamente o art. 16, que diante da interpretação dada pelo STF, agiganta o direito de punir ao tornar a ação penal nos crimes de lesão corporal pública incondicionada; o art. 17 que veda a aplicação de penas pecuniárias ou sic de “cestas básicas”, bem como a substituição de pena isoladamente por multa e o art. 41, que afasta alguns institutos despanalizadores da Lei 9.099/1995.

Ademais, nas disposições finais, a Lei 11.340/2006, dá nova redação à alínea f do inc. II do art. 61 do CP, criando uma circunstância

³ Exemplo claro são os travestis.

que sempre agrava a pena, quando não constitua ou qualifique o crime, o fato de ter o réu praticado o crime com violência contra a mulher; dá nova redação ao art. 129 do CP e ao art. 152 da LEP, neste último, possibilitando ao juiz, impor a frequência à programa de recuperação e reeducação, nos casos de violência doméstica, quando da pena de limitação de final de semana.

Com efeito, entendemos que todas as normas não penais, ou seja, processuais, civis e administrativas, contidas na Lei Maria da Penha, são aplicáveis ao homem que exerça o papel social de mulher, isto é, que possua o gênero feminino, como os travestis, transexuais,⁴ gays, por exemplo.

Desta forma, tanto a competência para o julgamento, como todas as medidas protetivas, podem ser aplicadas ao ser humano que possua o gênero feminino, independentemente do sexo. Todavia, ao acusado de qualquer crime no âmbito da violência doméstica, perpetrado contra pessoa do sexo masculino, ainda que com o gênero feminino, não pode ser aplicada a agravante do art. 61, relacionada a condição de “mulher”, igualmente não poderá ser submetido à programa de reeducação no âmbito da execução penal da limitação de fim de semana, ou ainda, ser privado das possibilidades despenalizadoras da Lei 9.099/1995, tampouco ver contra si, considerada pública incondicionada a ação penal por lesão corporal leve.

4 Cumprir esclarecer que os transexuais submetidos à cirurgia e com registro de nascimento alterado constando sexo feminino sequer podem ser submetidos a tal questionamento, porque em tal hipótese não se pode mais falar em homem, mas sim em mulher. Dando sustentação a tal conclusão, temos a posição do STJ: Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para a mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido (REsp 1.008.398/SP, rel. Min. Nancy Andrighi).

Já o § 9.º do art. 129 do CP, não exige a condição de mulher, bastando a condição de parentesco ali dispostas e a prevalência das relações domésticas de coabitação ou hospitalidade.

Outras relações

Não raro encontramos decisões que afastam também a incidência do juízo de violência doméstica quando a agressão é de filho contra a mãe, irmão contra irmã, tio e sobrinha etc. Reiteramos aqui a necessidade de análise de cada caso, fugindo a generalizações, buscando a identificação dos fatores preponderantes e analisando a questão do gênero feminino sendo subjugado ou discriminado pelo gênero masculino.



CEDES

CENTRO DE ESTUDOS E DEBATES