

ISSN 2525-2984

REVISTA de Estudos e Debates

Volume 4 - nº 2 - jan-jun 2019

O CANCELAMENTO DO
ENUNCIADO 75



CEDES
CENTRO DE ESTUDOS E DEBATES

REVISTA de Estudos e Debates

Volume 4 - N º 2 - jan-jun 2019

**O CANCELAMENTO DO
ENUNCIADO 75**

ISSN 2525-2984

Diretor-Geral

Desembargador LUIZ NORONHA DANTAS

Diretor da Área Criminal

Desembargador NILDSO ARAÚJO DA CRUZ

Diretor da Área Cível

Desembargador JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR

Juízes integrantes do CEDES

Juíza MARIA CHRISTINA BERARDO RÜCKER

Juíza MARIA CRISTINA DE BRITO LIMA

Juíz PAULO ASSED ESTEFAN

Juíz ROSSIDÉLIO LOPES DA FONTE

Juíz ÁLVARO HENRIQUE TEIXEIRA DE ALMEIDA

Juíz ROBERTO CÂMARA LACÉ BRANDÃO

Juíza ANA CRISTINA NASCIF DIB MIGUEL

Juíz ANDRÉ CORTES VIEIRA LOPES

Juíza LEDIR DIAS DE ARAÚJO

Juíza DÉBORA MARIA BARBOSA SARMENTO

Juíza ELIZABETH MACHADO LOURO

Juíza REGINA HELENA FÁBREGAS FERREIRA

Juíz GUILHERME PEDROSA LOPES

Juíz MARIO CUNHA OLINTO FILHO

Juíza MARIA TEREZA DONATTI

Juíz PALO MELLO FEIJÓ

Juíz PAULO ROBERTO CAMPOS FRAGOSO

Juíza ANA PAULA MONTE FIGUEIREDO PENA BARROS

Juíz MARCOS AUGUSTO RAMOS PEIXOTO

Juíz LEONARDO DE CASTRO GOMES

Juíz PAULO ROBERTO SAMPAIO JANGUTTA

Juíza LUCIA MOTHÉ GLIOCHE
Juiz DANIELLA ALVAREZ PRADO
Juiz ANDRE FELIPE VERAS DE OLIVEIRA
Juíza ALESSANDRA DE ARAÚJO BILAC MOREIRA PINTO
Juiz FELIPE PINELLI PEDALINO COSTA
Juíza LUCIANA FIALA DE SIQUEIRA CARVALHO
Juíza CAMILLA PRADO
Juiz JOÃO LUIZ FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA
Juíza ADMARA FALANTE SCHNEIDER
Juíza JANAINA PEREIRA POMPOSELLI
Juíza ROBERTA BARROUIN CARVALHO DE SOUZA
Juiz ANTONIO LUIZ DA FONSECA LUCCHESI

Expediente:

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Estudos e Debates - CEDES

Revista de Estudos e Debates

Av. Erasmo Braga, 115, sala 413 - Bloco F - Lâmina I - Centro

Rio de Janeiro - RJ - 20.026-090

cedes@tjrj.jus.br

Programação visual: **Geórgia Kitsos**

Sumário

- 8 **APRESENTAÇÃO**
- Claudio de Mello Tavares*
- 12 **PROTEGER OS DIREITOS DAS CRIANÇAS É DEVER NÃO SÓ DO ESTADO, MAS DA FAMÍLIA E DA SOCIEDADE**
- Jessé Torres Pereira Junior*
- 15 **REFORMAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS ELEVAM A EFICIÊNCIA DA GESTÃO PÚBLICA E O SEU COMPROMISSO COM O DESENVOLVIMENTO?**
- Reis Friede*
- 56 **A LEI Nº 13.491/17 E AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL MILITAR E PROCESSUAL PENAL MILITAR**
- Luciana Fiala de Siqueira Carvalho*
- 71 **A LEI Nº 13.827/2019 E SEUS REFLEXOS NA SISTEMÁTICA DA LEI MARIA DA PENHA**
- Janaina Pereira Pomposelli*
- 79 **MEDIDAS PROTETIVAS CONCEDIDAS PELO DELEGADO DE POLÍCIA OU OUTROS POLICIAIS – AMB-ADIN Nº 6138**
- Marcos Augusto Ramos Peixoto*
- 92 **QUANDO O MP PEDE ABSOLVIÇÃO E O JUIZ CONDENA**
- Kátia Rubinstein Tavares*
- 105 **O DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**
- Thiago Bottino*
- 132 **COLABORAÇÃO PREMIADA E INCENTIVOS À COOPERAÇÃO NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS ACORDOS FIRMADOS NA “OPERAÇÃO LAVA JATO” -**

PARTE ESPECIAL - O CANCELAMENTO DO ENUNCIADO 75

- Alcides da Fonseca Neto*
166 O CANCELAMENTO DO VERBETE SUMULAR Nº 75, DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
- Murilo Kieling*
179 A INCONCIABILIDADE DOS DANOS MORAIS NAS HIPÓTESES DE MERO ABORRECIMENTO
- Leonardo de Castro Gomes*
200 “VIDA LONGA E PRÓSPERA” AO ENUNCIADO 75 DA SÚMULA DO TJRJ

ANEXOS

Apelação Cível nº 2004.001.01324

18ª Câmara Cível – Relator: Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos

Uniformização de Jurisprudência nº 03/04

Órgão Especial – Relator: Des. Luiz Zveiter

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

Órgão Especial – Relator: Des. Mauro Pereira Martins

DIÁLOGOS COM O PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO

Índice de verbetes

Apresentação

Dando continuidade ao propósito de atuar como plataforma para a discussão de temas relevantes que afetam os integrantes do Campo Jurídico, a *Revista de Estudos e Debates* abre a presente edição com texto de autoria do Des. Claudio de Mello Tavares, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Em artigo no qual aborda tema relativo aos direitos da criança e do adolescente, tendo em vista os diplomas normativos, nacionais e estrangeiros, o Presidente expõe o fundamento da doutrina da proteção integral. Os diversos tipos de violência contra a infância se apresentam, tanto hoje quanto no passado, como problema social que demanda não apenas do Estado, como também da família e da sociedade, todo empenho no sentido de um enfrentamento urgente e pleno. Dessa forma, o Des. Claudio Tavares noticia-nos as medidas tomadas no âmbito da Administração Superior do Poder Judiciário fluminense para implementação dos espaços de Escuta Especializada e Depoimento Especial, em conformidade com o que dispõe a Lei 13.431/2017.

Seguindo adiante, texto do Des. Jessé Torres Pereira Junior, Diretor da Área Cível do CEDES e Presidente da 2ª Câmara Cível deste Tribunal, aborda, sob ótica multidisciplinar, os novos parâmetros de compreensão e de incremento da gestão pública, com vistas não apenas ao fim perseguido pela administração, em sua discricionariedade, mas no sentido de que os gestores, além de almejarem o bem coletivo maior, devem, antes de tudo, trazer os interessados à participação no processo decisório. Efeitos da pós-modernidade e condição de legitimidade do processo, como ensinava o Prof. Diogo de Figueiredo, no campo da administração pública, cada vez mais se exige o crivo da sociedade civil à qual as políticas públicas se destinam.

O Desembargador Federal Reis Friede, presidente do TRF-2ª Região, aborda tema que já foi objeto de debates no Grupo de Direito Criminal do CEDES: as questões da

abrangência conceitual e da definição dos crimes militares em tempo de paz e da ampliação da competência da Justiça Castrense, após a edição da Lei 13.491/2017. Discorre o autor sobre a constitucionalidade de dispositivos desse diploma, além de apresentar quadros comparativos, relação de súmulas que perdem vigência no âmbito do STJ, o que nos permite observar, didaticamente, o alcance das mudanças introduzidas pela lei de 2017.

As Juízas Luciana Fiala de Siqueira Carvalho e Janaina Pereira Pomposelli – com larga atuação no campo da violência doméstica e familiar contra a mulher, uma como titular do V JVDFM, outra como titular da 2ª Vara Criminal de Cabo Frio, enfrentam a recente, e polêmica, mudança na Lei Maria da Penha, introduzida pela Lei 13.827/2019. Sem esquecer de analisar a (in)constitucionalidade da nova medida, em seus textos apresentam as possíveis consequências, de caráter prático e técnico, em vista do fato de delegados de polícia e policiais, naqueles municípios que não forem sede de comarca, poderem ordenar medida protetiva de urgência de afastamento do lar, de possível agressor.

O controvertido - e atual - tema da possibilidade de uma sentença condenatória, ainda que diante do pedido absolutório formulado pelo MP, foi abordado pelo Juiz Marcos Augusto Ramos Peixoto. Nesse artigo, no qual se discute a questão da validade do art. 385, do Código de Processo Penal, e sua recepção, ou não, pela Constituição de 1988, o magistrado, que é titular da 37ª Vara Criminal, reedita os principais tópicos desse debate, em especial aquele que indaga se o poder punitivo estatal pode ser posto em movimento, mesmo na ausência de tal pretensão por parte do MP e se o decreto condenatório daí advindo não poderia ferir princípios caros ao sistema acusatório brasileiro vigente.

Ainda no presente volume, publicamos artigo de autoria da Dra. Kátia Rubinstein Tavares, no qual se apresenta o problema da condição social do réu como elemento a ser levado em conta no momento da fixação da pena. À luz do que denomina ser uma “força punitiva sem limites” de nossa época e remontando aos estudos de Zaffaroni, Dra. Kátia, que é advogada criminal, dissecou de forma didática o mal compreendido conceito de *coculpabilidade do Estado*, além de demonstrar a eficácia deste no sentido de configurar-se como atenuante na dosimetria das penas privativas de liberdade.

Concluindo a **Parte Geral**, encontramos o texto do advogado e professor Thiago Bottino do Amaral, coordenador da graduação do Departamento de Direito da Fundação

Getúlio Vargas – FGV, no qual aborda questão atualíssima, acerca dos reflexos do instituto da colaboração premiada, por lhe traçar a evolução, destacando suas linhas mestras de historicidade, no horizonte das transformações do direito penal da atualidade. Analisa o referido autor, a partir de três acordos de colaboração já homologados, a forma como o instituto tem sido utilizado no âmbito da “Operação Lava Jato”, à luz de uma teoria econômica do crime e do agir racional, em vista da ponderação feita pelos colaboradores entre benefícios e custos obtidos com a “delação”. Acentua o professor, ademais, os limites dos acordos, bem como sua natureza jurídica na esfera penal.

Dedica o presente volume sua **Parte Especial** ao cancelamento do Enunciado 75, da Súmula da Jurisprudência Predominante deste Tribunal.

Acompanhando a reedição das teses que contribuíram para a aprovação e, depois, cancelamento daquele Enunciado, os leitores poderão consultar, em *fac-símile*, três importantes julgados:

a) o acórdão, relatoria do Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos, que, por unanimidade de votos, suscitou o incidente de uniformização na 18ª Câmara Cível, na forma do art. 555, § 1º, do CPC de 1973;

b) o acórdão, no processo de uniformização de jurisprudência, relator Des. Luiz Zveiter, julgado no Órgão Especial, que aprovou o verbete com o acréscimo sugerido pelo Ministério Público, ampliando o alcance pretendido pela proposta emanada daquela egrégia Câmara;

c) o acórdão da lavra do Des. Mauro Pereira Martins, no Processo Administrativo deflagrado pelo CEDES, por sugestão da OAB-RJ, o qual, efetivamente, cancelou o Enunciado 75.

O cancelamento do referido verbete, cujos efeitos permaneceram vigentes entre nós por mais de 15 anos, longe de esgotar o debate, parece aguçá-lo ainda mais. Posta em novas bases a discussão sobre o que significa “mero aborrecimento”, o que de fato configura o dano extrapatrimonial, que fere a personalidade do sujeito e é passível de reparação? Não bastasse ausência de entendimento pacificado nesse campo, será preciso considerar o exercício da advocacia em tempos de crise, o aumento exponencial de demandas de baixo valor e de natureza temerária, a vulgarização dos ritos e da atividade judicante, a possível

má-fé dos fornecedores, a tese do “desvio do tempo produtivo do consumidor”, a necessidade, ou não, de se haver configurado o sofrimento anímico para caracterização do dano moral etc. Os textos que comentam o desaparecimento do Enunciado 75 e que procuram abordar essas questões são apresentados pelos Des. Alcides da Fonseca Neto, da 24ª Câmara Cível, Des. Murilo Kieling, da 23ª Câmara Cível e Juiz Leonardo de Castro Gomes, titular da 17ª Vara Cível.

A presente edição se encerra com a publicação dos “Diálogos com o primeiro grau de jurisdição”, catálogo sistemático que dispõe, por matéria, os verbetes da Súmula da Jurisprudência Predominante do TJRJ. Trabalho desenvolvido pela Diretoria da Área Cível do CEDES, tal classificação permite melhor e mais fácil acesso ao conteúdo desse importante repertório e visa facilitar o trabalho de quem, diariamente, consulta a jurisprudência sumulada de nosso Tribunal.

Esperamos que os textos, e o catálogo acima referido, oferecidos nesta edição, sejam do proveito de todos.

Os editores

PROTEGER OS DIREITOS DAS CRIANÇAS É DEVER NÃO SÓ DO ESTADO, MAS DA FAMÍLIA E DA SOCIEDADE

Claudio de Mello Tavares¹

A legislação referente à infância e juventude foi construída lentamente até a concepção atual de criança e adolescente como sujeitos de direitos. Estão salvaguardados na Constituição Federal, com prioridade, seus direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, os quais estão a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Proteger tais direitos é dever não só do Estado, mas da família e da sociedade. Nessa mesma linha, o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) assegurou-lhes a condição de sujeitos de direitos. Instalou-se um novo sistema para a implementação da Doutrina de Proteção Integral, criando-se o Sistema de Garantia de Direitos (SGD). Organismos internacionais também buscam proteger a infância. A Declaração de Genebra (1924) se preocupou em declarar alguns direitos, mas não obrigou as nações a garanti-los. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) reconheceu a infância como objeto de cuidados e atenções especiais, mas não tem conseguido conter as atrocidades que a humanidade, infelizmente, vem presenciando. A

¹ Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Declaração dos Direitos da Criança e a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança trouxeram princípios básicos comuns à população infantil.

As crianças têm se tornado protagonistas da sua história, a sociedade vem movendo forças para tornar concreta sua proteção integral, mas a violência sexual nos preocupa ao colocar crianças e adolescentes em situação de risco. Um crime complexo, com impacto negativo no desenvolvimento cognitivo, comportamental e emocional deles, exigindo intervenções efetivas dos profissionais que os atendem e têm se esforçado para encontrar alternativas menos prejudiciais para vítimas e testemunhas dele. O Depoimento Especial busca conciliar os princípios do processo penal, em especial o contraditório e a ampla defesa, com os princípios constitucionais da dignidade humana e a prioridade de crianças e adolescentes. A Lei Federal 13.431/2017 determina que só órgãos autorizados e com profissionais especializados podem ouvir crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de abuso sexual, e em sala especial, para que não fiquem frente a frente com o réu. A conversa é transmitida on-line para a sala de audiências. Antes de se tornar lei, o *Depoimento Sem Dano* recebeu o *Prêmio Innovare*, em 2006. Assim, desde 2017, por lei, a criança tem o direito de ser ouvida em processos judiciais ou administrativos que lhe dizem respeito. Seu depoimento é a forma mais eficaz de responsabilizar o agressor. O TJRJ é um dos pioneiros, e conta, desde 2012, com onze salas de Depoimento Especial: quatro na Comarca da Capital e as demais no interior (Alcântara, Teresópolis, Duque de Caxias, Volta Redonda, Campos dos Goytacazes, Itaperuna e Cabo Frio), instaladas segundo um critério geográfico, a fim de que possam atender à demanda de todo o estado. Além disso, mais assistentes sociais, comissários de Justiça e psicólogos estão se especializando para fazer as entrevistas, cuja técnica é baseada na linha cognitiva comportamental. A sala especial é decorada para que a criança se sinta à vontade, sem se distrair a ponto de não conversar com o entrevistador.

A violência na infância pode ocorrer de várias maneiras: física, abuso sexual, psicológica ou por negligência de cuidados. “Dar voz” a essa criança ou adolescente acerca de situações que a envolvam serve para aplicar a lei, proteger seus interesses e possibilitar

o exercício da cidadania. Essa proteção não significa privá-los de verbalizar o fato. A fala pode ter caráter libertador.

Quando as condições para o desenvolvimento na primeira infância são boas, maiores são as chances de a criança alcançar o melhor de seu potencial, tornando-se um adulto realizado. As crianças precisam e têm o direito de viver o presente de forma feliz. Só envolvendo toda a sociedade na prevenção das diversas espécies de abuso poderemos pensar em um mundo menos violento. Uma sociedade norteadada pelo princípio da dignidade humana, sem discriminação de gênero, raça, idade ou orientação sexual, e que respeite crianças e adolescentes como sujeitos de direito e de fato.

REFORMAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS ELEVAM A EFICIÊNCIA DA GESTÃO PÚBLICA E O SEU COMPROMISSO COM O DESENVOLVIMENTO?

Jessé Torres Pereira Junior¹

*O homem não deixa de ser livre se aceita regra que o não desnivela, como homem, abaixo dos outros homens. Entendamos: se a aceito por decisão própria, ou em processo de votação em que a sua vontade atuou, igual e livremente, ainda que não vencesse. Portanto, a aceitação de regras que põem o homem abaixo dos outros homens lhe tira a liberdade. Aí, a técnica da liberdade opera como limitação ao próprio impulso individual condescendente com a desigualdade. Protege-o contra si mesmo; não lhe seria dado aceitar ser diminuído até onde foi. Tal princípio de igualdade, posto em cerne imutável de constituição, não ofende de modo nenhum a liberdade do homem, ainda que nunca permita muda-lo. (Pontes de Miranda, **Democracia, Liberdade, Igualdade (os três caminhos)**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª ed., 1979, pág. 573).*

RESUMO: *É natural que governantes eleitos, nos estados democráticos de direito, reafirmem, uma vez empossados, a necessidade de reformas constitucionais e infraconstitucionais tidas como necessárias para a promoção de modificações estruturais, gerenciais e operacionais que atendam aos compromissos que assumiram perante os eleitores durante a campanha. Não se trata de um fenômeno propriamente jurídico, embora tenda a produzir reflexos na ordem jurídica, nem se restringe a determinados padrões socioculturais e econômicos encontrados neste ou naquele país, dessa ou daquela região do planeta. Trata-se de fenômeno político, inerente ao manejo do poder, que historiadores, politicólogos, sociólogos, juristas e economistas conhecem e analisam ao longo da saga humana. Convém, pois, examinar os anunciados projetos de reformas de modo sistêmico e prudente, com os olhos postos em experiências do passado e do presente, à luz de um processo permanente cuja gestão poderá conduzir a êxitos ou fracassos, dependendo dos recursos organizacionais, humanos, econômicos e financeiros existentes ou mobilizáveis, considerados conceitos e institutos que, permeados pela ética, tendem a acompanhar as tentativas humanas de alcançar uma imaginada utopia de bem-estar para todos, sem exclusão.*

Palavras-chave: Reforma constitucional; política; desenvolvimento; natureza humana; poderes estatais; gestão pública; consenso.

¹ Desembargador, professor emérito, coordenador do curso de especialização em direito administrativo da EMERJ. Diretor da área cível do CEDES. Professor convidado de cursos de especialização em direito público da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.

Sumário: 1. Prólogo. 2. Política e desenvolvimento. 2.1 a gestão do estado em face das acepções de política. 3. Os desafios permanentes das opções políticas de gestão do estado. 4. Ética e coeficiente político. 5. Natureza humana e política: o manejo dos poderes estatais. 6. À guisa de conclusão: o incremento da eficiência na gestão pública pós-moderna depende da participação dos administrados, em busca de possíveis e prévios consensos.

1. Prólogo

É universal e recorrente a tendência de governantes, recém eleitos para o desempenho de cargos públicos em estados tidos como democráticos de direito, manifestarem prioritária preocupação com a adoção, tão rápida quanto possível, de medidas corretivas do que possam ser políticas públicas erráticas ou desvios do uso probado da gestão pública para a produção de resultados que, com eficiência e eficácia, atendam às expectativas da sociedade, sem discriminações ou exclusões de qualquer espécie ou natureza. Quanto maior for a dimensão dos supostos ou comprovados erros e desvios, tanto mais candente será o compromisso anunciado com aquelas medidas, ora definidas como sem cor partidária ou viés ideológico, ora vinculadas a programas partidários ou a ideologias, mais à direita ou à esquerda, pouco importando tal matiz para o estudo crítico do fenômeno – mostra a experiência planetária que todos os extremos se parecem quanto aos métodos de que se utilizam para a consecução de seus respectivos objetivos.

Daí desde logo cogitarem, os novos governantes, de alterações na Constituição – especialmente as chamadas “normológicas”, pródigas em normas e regras disciplinadoras da ordem jurídica - como passo indispensável a repactuar com a sociedade uma nova linha de ação programática, conducente a reformas estruturais, gerenciais ou operacionais supostamente aptas a corrigir, prevenir e reprimir, com ou sem repercussões em conceitos políticos e jurídicos, econômicos e sociais, históricos e culturais. Ou seja, uma quase refundação da ordem constitucional e infraconstitucional.

Todos aqueles que se querem ver investidos, ou venham a ser investidos, mediante eleições gerais, para o desempenho dos poderes constitucionais nas sociedades coevas, tendem a cometer essa quase contradição, qual seja a de percorrerem os caminhos constitucionais e legais estabelecidos para alcançarem o poder e, uma vez este alcançado,

terem-se por legitimados para alterar os caminhos percorridos, na crença, sincera ou não – só se saberá ao final do percurso -, de que, assim agindo, lograrão elevar o grau de eficiência da gestão pública e majorar o índice de bem-estar da população, vale dizer, o seu nível de desenvolvimento, em correspondência às promessas lançadas durante a campanha eleitoral.

Quais os limites e cuidados que o estado contemporâneo conhece para compreender o fenômeno e a ele opor freios e contrapesos institucionais efetivos é o objeto desta breve digressão – breve em relação ao tempo histórico que abrange -, e que em larga margem se valerá da literatura produzida por reconhecidos juristas, politicólogos, sociólogos e historiadores que viveram as experiências de reestruturação do pós-guerra, coincidindo com o material de estudo indicado nos cursos de pós-graduação em direito público que concluí, na década de 1970, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, cuja atualidade a mim mesmo fortemente surpreendeu ao relê-lo, a confirmar a similitude dos discursos que marcam períodos de confrontos políticos e ideológicos na gestão do estado, como aqueles que vêm de caracterizar, no País, a recém finda eleição nacional para presidente e governadores de estado.

E me veio à lembrança o chiste que o saudoso Afonso Arinos de Melo Franco – minha turma da pós foi a última a que lecionou, em 1975, antes de aposentar-se, com a experiência de constituinte de 1946. Contou, com o evidente fim didático de despertar a atenção dos alunos para a crônica inconsistência de algumas soluções adotadas por nossas cartas constitucionais, sempre sujeitas a dezenas de emendas, que, certa feita, visitando um sebo parisiense, indagou se dispunham para venda de um exemplar da Constituição do Brasil então vigente, ao que o atendente respondeu que “aqui não se trabalha com periódicos...”. É provável que a resposta fosse a mesma se o exemplar procurado fosse, hoje, da Constituição de 1988, que ultrapassou, em trinta anos de vigência, a casa da centena de emendas, e outras se prenunciam, notadamente ao raiar de novos governos, na União e nos estados membros, qualquer que seja a filiação partidária dos eleitos.

2. Política e desenvolvimento

Na história dos agrupamentos humanos, poucas palavras terão sido usadas em tantas e tão diversas acepções, nas mais variadas circunstâncias e para os mais insuspeitados propósitos, como política. Não é sem razão que o seu conteúdo ganhe cores peculiares para cada caso particular, nem é de estranhar-se que se adote, conforme o tempo e o lugar, uma compreensão de política que sirva a certas situações ou interesses, ou, especialmente, nas situações incertas.

Para Engene Poiton, “em política nem sempre é verdade que dois mais dois fazem quatro, nem que a linha reta seja a mais curta entre dois pontos”, o que pode traduzir sagaz malícia, porém não define o que seja política. De certos pragmáticos, como o presidente norte-americano Theodore Roosevelt, já se ouviu que “política é falar suavemente, tendo um cacete na mão” – precursor de seu colega presidente Trump? -, o que outros pragmáticos menos ostensivos, como Capus e Talleyrand, temperaram com argúcia quando afirmavam que “em política, há serviços que só podem ser solicitados aos adversários” e que “a política tem demonstrado que as verdades políticas não são de utilidade prática em todos os momentos”. Sem esquecer a ardilosa ingenuidade de quem professe acreditar em que política “apenas exige bom senso”, frase atribuída à não tão ingênua Mme. Pompadour. O que parece indubitável é a exigência de ter-se a prudência de admitir, com Thomas Jefferson, que “em uma ciência tão complicada como a Política, não é possível formular-se um preceito que seja bastante judicioso e adequado para qualquer tempo e circunstância, e para os casos contrários”.

A geração do pós-guerra associou política a outra palavra que parece conter a mesma magia da polivalência: desenvolvimento. O que seria uma política idônea e eficiente de desenvolvimento, apta a construir um padrão de dignidade de existir e conviver, após os conflitos de 1914-1918 e 1939-1945? Haveria uma só política de desenvolvimento? Ao que se extrai da Constituição de 1988 – que seguiu o modelo impulsionado pelo movimento constitucionalista europeu do pós-guerra e gerou as novas Cartas que, a partir de 1958, sucessiva e respectivamente, passaram a vigor em França, Itália, Alemanha, Espanha, Portugal, todas inclusivas de direitos sociais fundamentais e traçando normas gerais das políticas públicas das respectivas implantações -, há políticas públicas setoriais, cada qual

destinada à efetivação dos direitos sociais fundamentais arrolados no seu art. 6º (educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados). Significa dizer que política de desenvolvimento, uma vez que seja traçado o seu plano estratégico e conceitual pela Constituição, posto ser objetivo fundamental da República (CF/88, art. 3º, II), há de ter um sentido predominantemente gerencial e operativo, tal como o entende H. L. Blum – “as direções gerais, as prioridades e as limitações que, uma vez assumidas, tornem-se a base para um planejamento que aparentemente beneficie uma maioria, prejudica uma minoria e conduz ao maior ganho”. Bentham ponderava que “em boa política, a melhor Constituição para um povo é aquela a que ele está habituado”. A ideia de hábito há de ser conciliada com a de mudança, que caracteriza o desenvolvimento, mas mudanças devem levar em conta o que Summer batizou de “mores”, isto é, os costumes e crenças que constituem a parcela mais essencial da cultura de uma sociedade. Não será bem recepcionada pela população uma proposta governamental de mudança que agrida ou ignore a cultura, ou que pretenda reformá-la de cima para baixo.

A projeção dessas primeiras noções sobre os dados da realidade social, econômica, política e cultural é que permite compor um quadro do que seja política de desenvolvimento centrada no homem – ou, antes, o homem e sua circunstância, o que, como adverte Ortega y Gasset, significa muito mais do que o homem apartado de seu ambiente –, de modo a beneficia-lo mediante instrumentos adequadamente dimensionados e de execução viável em face dos recursos disponíveis, e sem afrontar os valores da dignidade humana postos na Carta Constitucional e por ela protegidos.

2.1 a gestão do estado em face das acepções de política

As acepções de política são agrupáveis em cinco categorias: (a) tudo o que se relaciona com o funcionamento das organizações sociais; (b) conjunto de processos, métodos, expedientes e ardis para alcançar, conservar e exercer o poder; (c) arte de governar e realizar projetos que atendam ao interesse público; (d) orientação ou atitude de um governo em relação a assuntos específicos, compreendidos entre as funções do estado; (e) conhecimento sistêmico dos fenômenos políticos a partir do estado.

Todo esquema é precário, somente justificando-se para fins didáticos. Isto é sobremodo verdadeiro em política. Mas é possível inferirem-se identidades entre essas categorias, aplicáveis, a rigor, a qualquer acepção de política.

2.1.1. A alínea “a”, supra, almejaria sintetizar o pensamento aristotélico e sua visão do “homem político”. Ser político é um dado inerente à natureza dos seres humanos. Basta que se reúnam duas pessoas para que, no relacionamento entre elas, se instalem recíprocas influências e a tendência de uma conduzir a outra a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, em função de certo interesse. Ocorre em todos os níveis de grupamentos humanos: família, igreja, amigos, colegas da mesma categoria profissional, clube, empresa, partidos políticos. Em suma, em toda organização social de qualquer dimensão fluem interesses que buscam afirmar-se e satisfazer-se pelo manejo de algum tipo de poder, demandando autoridade para discipliná-los, autoridade essa que pode ser imposta ou consentida, fruto de uma liderança natural ou formal, originária ou alegadamente derivada de fatores humanos ou sobre humanos.

Tal acepção tem a virtude de aplicar-se a qualquer agrupamento, independentemente de condicionamentos culturais, mesológicos ou ideológicos. Sua insuficiência está em desconsiderar elementos conjunturais como capazes de determinar ou induzir significativas alterações no comportamento do poder e no exercício da autoridade. Prevalece a estrutura sobre a conjuntura. Esta talvez seja a insuficiência maior do pensamento grego clássico: atribuir a existência de certos costumes sociais à natureza das coisas. Era assim, por exemplo, que os filósofos gregos, incluindo Aristóteles, justificavam a escravatura: há pessoas que nascem livres e outras para serem escravas; isto faz parte da natureza das coisas, por isto que insuscetível de mudança.

Toda vez que acolhemos tal acepção de política de maneira absoluta arriscamos incorrer no erro que leva a humanidade, vez por outra, a tragédias monumentais, como no caso da Alemanha nazista, cujos teóricos manipulavam a concepção do “Volksgeist” – lançada por Savigny e Sombart, em fins do século XIX, para demonstrar a prevalência do direito consuetudinário sobre o codificado, bem como a existência de peculiaridades de comportamento coletivo que singularizam uma nação. O discurso nazista valeu-se daquele “espírito do povo” para, incluindo-o ao lado de outros supostos fundamentos da

superioridade da raça ariana, a esta classificar como necessária e inevitável por ser da natureza das coisas...

2.1.2. A alínea “b” inverte os termos da proposição grega, de modo a prevalecer a conjuntura sobre a estrutura. A afirmação pode parecer ousada quando se recorda que a origem dessa segunda acepção se encontra no império romano, alcançando o máximo prestígio, como escola de política, com Maquiavel. É que a análise descritiva que os contemporâneos guardamos do império romano da antiguidade clássica realça uma férrea estrutura de poder, arrolada pelos historiadores entre os fatores primacialmente responsáveis pela duração milenar do império romano. Seria, pois, incongruente dizer-se que os romanos, ao fazerem política, valorizassem a conjuntura de preferência à estrutura.

A resposta está em que o tónus daquela estrutura não repousava, exatamente, sobre uma compreensão política que fortalecesse o poder e a autoridade acima de qualquer outro fator. O fortalecimento existia, porém, era devido à estrutura da família romana. Historiadores concordam em estabelecer uma relação de causalidade entre o enfraquecimento da autoridade do poder do *pater família*, com a decorrente ruptura da unidade familiar, e o enfraquecimento do próprio império até seu fracionamento e extinção, como deixaram assinalado Toynbee e Burns, entre outros.

A estima reconhecida ao poder e à autoridade não resumia, para os romanos, uma fórmula política, mas, sim, a projeção do sistema patriarcal. Tanto isto é verdade que, em termos de política, o que interessava aos romanos era saber o que, quando, a quem e como obedecer, e o que, quando, a quem e como deixar de obedecer. Os conflitos pela chegada ao poder, seu exercício e sua conservação pelo maior tempo possível preenchiam a vida política do império, desde o Senado até às províncias, passando pelo referendo das legiões, direta ou indiretamente obtido.

Eis a maior inconveniência dessa acepção, se tomada em termos absolutos: interesses acidentais, pessoais ou conjunturais - fortemente influenciados por laços de parentesco e pela divisão entre patrícios e plebeus - ameaçam a estabilidade das instituições; a conjuntura constantemente compromete, quando não corrompe, a estrutura. E sempre se corre o risco de trocar-se o essencial pelo acidental, ou, nos termos da síntese

evangélica, contemporânea dos romanos, “coam-se os mosquitos e engolem-se os camelos” (São Mateus, 23:24).

2.1.3. A acepção a que se refere a alínea “c”, supra, introduz o elemento ético na formulação política, que apenas subsidiariamente se apresentava na acepção da alínea “a” e se mostrava ausente da acepção da alínea “b”. É na ideia de “estado justo”, que visa ao bem comum, bem como na preocupação de uma ética social no uso do poder – um retorno ao pensamento aristotélico-tomista – que se vai cristalizar essa terceira proposta do que seja política, levantada por Hans Kelsen, com o qual a ética haveria de integrar a política intrinsecamente. Decerto que para tal concepção terá contribuído a experiência de vida pessoal de Kelsen, cujo ingresso no magistério da Universidade de Viena se deu em 1919, a completar, portanto, em 2019, o seu centenário. É que o fundador da teoria pura do direito e seu positivismo jurídico, tendo chegado a integrar a suprema corte austríaca, viu-se compelido, por pressões do nazismo alemão, a que se opunha e fortemente impregnava a política austríaca, na década de 1930, a dela abdicar, bem assim da cidadania austríaca, indo asilar-se na América do Norte, em cujas universidades passou a lecionar até o seu falecimento, décadas após. Assim igualmente a perda, pela Universidade de Viena (fundada no século XIV), de outros renomados especialistas da época, como Karl Popper e Peter Drucker, que, pelos mesmos motivos, asilaram-se, respectivamente, na Inglaterra e nos Estados Unidos, deixando obra acadêmica admirável no campo das ciências políticas, o primeiro, e no da ciência da administração, o segundo. Por ironia da história, o jovem Adolf Hitler foi recusado pela mesma Universidade quando lá pretendeu ingressar para cursar belas artes, na pretensão de se tornar pintor...

Rememoram-se tais personagens para evidenciar o quão ruinosos podem ser movimentos persecutórios impulsionados por pretextos ditos políticos. Tal como a ética - que de tempos em tempos é alvo das imprecisões dos que confundem componentes culturais, oscilantes segundo a variável tempo-espço, com valores éticos essenciais e universais, e que devem ser perenes e infensos àquela variável -, também a ideia de bem público tem servido a toda sorte de deformações, no campo político. Põe-se em tal relevo o desenvolvimento que se verifica a tendência de ser considerado como a finalidade última e exclusiva da existência dos estados e seus governos. Falso axioma. O fim supremo do estado

é o bem estar das pessoas que habitam o seu território, daí a excelência da definição que Jean Dabin, nos idos de 1929, parece haver cunhado de uma vez para sempre, sobre a noção do bem público que cumpre ao estado prover e efetivar, seja diretamente, indiretamente ou mediante regulação: “conjunto dos meios de aperfeiçoamento que a sociedade politicamente organizada tem por fim oferecer aos homens e que constitui patrimônio comum e reservado da generalidade: atmosfera de paz, de moralidade e de segurança, indispensável ao surto das atividades particulares e públicas; consolidação e proteção das instituições que mantêm e disciplinam o esforço do indivíduo, como a família e a corporação profissional; elaboração, em proveito de todos e de cada um, de certos instrumentos de progresso que só a força coletiva é capaz de criar (vias de comunicação, estabelecimentos de ensino e de previdência); enfim, coordenação das atividades particulares e públicas tendo em vista a satisfação harmoniosa de todas as necessidades legítimas dos membros da comunidade”.

O desenvolvimento, na verdade, é o meio de o estado atender ao bem comum. Os governos devem promover o desenvolvimento para viabilizarem o bem-estar coletivo. Ordenem-se os conceitos: o fim do estado é o bem-estar de sua população; os meios eficazes para gerar bem-estar correspondem aos níveis em que se promova o desenvolvimento.

Coisa diversa são as funções do estado, que variam segundo necessidades e realidades conjunturais, nacionais, regionais ou locais. O estado A pode assumir, em dado momento, a execução dos serviços de transportes coletivos, que o estado B delega a concessionárias ou permissionárias privadas, mediante contrato precedido de licitação (*vg*, CF/88, art. 175). Isto não significa que o estado A esteja atendendo ao bem público e o estado B, não. Expressa, apenas, conjunturas diferentes, segundo opções normativas próprias.

O que importa é a sensibilidade dos governos para decidir entre o que efetivamente demanda a interferência estatal - e até que ponto deve ir - e o que melhor funcionará se deixado à iniciativa particular. O critério para discernir deverá estar sempre impregnado da preocupação ética de acudir ao interesse coletivo, quer interpretando o que seria o consenso nacional, quer buscando promover, por meios legítimos, a obtenção desse consenso.

Como ensinava Giorgio Balladore Pallieri, para nada serviria, do ponto de vista do bem comum, uma liberdade do estado que, sob qualquer aspecto, se assemelhasse à liberdade do particular. O estado não detém o mesmo tipo de liberdade atribuído ao particular. O estado não conta com liberdade para legislar e administrar justiça. Uma certa liberdade de ação, tanto pelo que concerne à escolha dos fins específicos, como no que tange à maneira de satisfazê-los, não pode deixar de existir, porém em nada se equipara à liberdade privada. É, pelo contrário, um poder sempre jungido ao fim a que o serviço é consagrado, e que só será legítimo quando orientado para esse fim.

Por isto que qualquer atividade do estado e de seus agentes deve ser concebida como uma “função”. Os direitos e poderes, em se tratando de estado e governo, nunca devem ser atribuídos em benefício do ente que deles foi investido, de modo a deixá-lo livre para deles fazer o uso que lhe mais agrade; estão sempre conexos ao dever de serem exercidos com os fins para os quais foram instituídos, quer dizer, ao serviço ou em função dessa finalidade. A ética – vale dizer, o respeito à dignidade das pessoas e aos interesses coletivos – deve permear cada degrau da pirâmide de poder e autoridade construída pelos governos assim inspirados. A correta apreensão dessa noção põe em xeque os governos totalitários, qualquer que seja a sua nuance ideológica.

2.1.4. A alínea “d” contém a acepção mais atual e dinâmica da noção de política acolhida pelas Constituições ditas pós-modernas, consistindo na fase preparatória de todo planejamento.

A latitude das necessidades geradas pela complexa e hipertrofiada organização social das grandes metrópoles hodiernas tem conduzido o estado coevo a fazer suas, conforme conjunturas e realidades locais, atividades anteriormente preclusas à função estatal. A incorporação dessas novas funções, por intermédio de instrumentos administrativos os mais variados, cria obrigações e responsabilidades públicas para os órgãos que as efetivem. O estado vê-se na contingência de ampliar seu poder-dever de controlar, supervisionar, tutelar esses instrumentos. Por outro lado, o imperativo da eficácia para solucionar problemas socioeconômicos crescentemente complexos, obriga o estado administrador a munir-se de cautelas maiores na elaboração e execução de planos e programas de interesse para a coletividade. Daí adotar, como norma geral de

comportamento administrativo, o uso do planejamento. Esse planejamento exige prévia definição de diretrizes, clientela, prioridades e instrumentos de execução. Esse trabalho preliminar compreende o que se tem chamado de definição de políticas setoriais, as quais, visando a certas áreas de necessidades e carências ou interesses prioritários, devem estar integradas à política global de desenvolvimento. Surgem, assim, por exemplo, as políticas do agronegócio, da siderurgia, da exportação, do câmbio, do meio-ambiente etc.

Essa acepção de política tem uma finalidade operacional evidente, especialmente nos países em desenvolvimento. É que as necessidades são tantas e tão diversificadas, que a administração mantida e gerenciada pelo estado deve habilitar-se a prover o desenvolvimento integral; e esse provimento pressupõe, necessariamente, racionalização e organicidade, a fim de que os planos e programas elaborados e executados pela administração atinjam todas as camadas da população de modo equânime, com o máximo de rentabilidade e o mínimo de custo, tal o sentido do princípio da eficiência introduzido no art. 37 da CF/88 pela Emenda Constitucional nº 19/98, com sua dupla face: a da eficiência propriamente dita (relação custo-benefício) e a da eficácia (aptidão para produzir os planejados resultados de interesse público).

2.1.5. A alínea “e” sintetiza o moderno esforço para alinhar a política às ciências sociais. Intenta-se, hoje, sistematizar o conhecimento dos fenômenos ligados ao poder e à autoridade a partir do estado, que seria o fato político básico, a engolfar os demais.

A tanto seria possível rotular de ciência? Aos que a recusam, diga-se que as ciências exatas não criam leis; apenas identificam e sistematizam o que – agora, sim – é da natureza das coisas. Quando Newton enuncia as leis da gravidade e da atração dos corpos, não está inventando. Descobriu-as na natureza, tratou-as, cruzou-as com outros achados e obteve novas explicações e aplicações. O mesmo ocorre com a eletricidade e o átomo. Só que nesse campo – dos elementos naturais – os fenômenos são constantes e iguais, enquanto que sobre a natureza humana, campo em que se passam os fenômenos sociais, incidem outras variáveis. Daí ser possível, nas ciências exatas, a certeza; e nas ciências sociais, a probabilidade. Nem por isso estas deixam de constituir ciência.

O que se busca na ciência política é, pelo estudo sistemático de ações, reações e correlações – como em qualquer ciência -, estabelecer a ocorrência de certos efeitos com

razoável grau de previsibilidade e acerto. E enunciar, pela reiteração empírica dos fenômenos, tanto quanto possível, as leis que regem essas reações e correlações.

Essa acepção de política engloba todas as demais, já que, teórica e doutrinária, pretende examinar tudo o que diga respeito aos fenômenos políticos, do ângulo estritamente político. É óbvio que nesse trabalho usam-se ciências afins, ora tomando-lhes os conhecimentos já consolidados, ora usando-lhes os métodos para a pesquisa científica.

Para Francis Sorauf, então professor da Universidade de Minnesota, a ciência política, tal como é hoje entendida, “ocupa-se da tomada de decisão autorizada do sistema político e de todos os processos e atividades pelos quais uma sociedade toma essas decisões, escolhe homens para tomá-las e influencia aqueles que escolheu. Ocupa-se do âmbito dos interesses políticos dos indivíduos e da consciência que estes têm do funcionamento complexo das instituições políticas. Seu enfoque principal se faz sobre os processos de tomada de decisões no sistema político, e sobre qualquer atividade que procura influenciá-la. Qualquer comportamento relacionado com esses processos é um comportamento político”.

Há, portanto, quatro perspectivas sob as quais se faz ciência política:

- a) estudo dos processos, comportamentos e instituições dos sistemas políticos, com o fim de estabelecer generalizações sistemáticas e explicações sobre o que é político;
- b) busca de generalizações sobre relações entre os sistemas políticos, especialmente a política das nações no sistema internacional;
- c) estudo dos produtos finais dos processos políticos, que são as normas públicas;
- d) estudo das ideias e doutrinas sobre governo e sistema político, tais como os conceitos e justificações de democracia, justiça e igualdade.

Tudo isso, porém, ressalvava Sorauf, “não sugere que a periferia da Ciência Política esteja claramente demarcada e isolada das Ciências Sociais vizinhas. Nenhum conceito da vontade política define a disciplina da Ciência Política com exatidão total, pois os processos e instituições sociais do mundo real não estão lançados nos moldes rígidos das disciplinas acadêmicas”.

3. Os desafios permanentes das opções políticas de gestão do estado.

Segundo Leslie Lipson, então lecionando na Universidade da Califórnia, “a política é o campo de controvérsias sobre alguns problemas permanentes, que não de ser sempre defrontados, embora equacionados de variadas maneiras”. Tais problemas retratam cinco questões: (a) cidadania; (b) limites das funções do estado; (c) fonte da autoridade e liberdade individual; (d) concentração ou dispersão do poder; (e) relacionamento entre estados.

O problema da cidadania diz respeito aos atores do processo político. Qual será a relação entre os cidadãos? Estarão todos em pé de igualdade ou serão alguns superiores aos demais? A cidadania terá caráter exclusivista ou a todos inclui? Ocorrente a primeira hipótese, os membros de uma sociedade nacional estarão divididos em dois grupos: um gozará dos direitos de cidadania plena, ao passo que o outro reunirá os membros tidos como inferiores em direitos. Se a cidadania abranger a todos, todos desfrutam do mesmo *status* básico, sem discriminação ou restrição. O princípio diretor é o que estabelece, numa hipótese, regime de privilégio (a divisão entre patrícios e plebeus na sociedade romana clássica), e, noutra, regime de igualdade. A vigente CF/88 optou por este, ao dispor, em seu art. 5º, *caput*, que “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...”.

O problema seguinte resulta da controvérsia acerca das funções que o estado exerce a favor do indivíduo. Daí a pergunta: existem limites ao que pode o estado realizar de maneira eficaz e deve, pois, realizar? As escolas filosóficas e as práticas da política se têm oposto umas às outras desde sempre a esse respeito. De um lado, sustenta-se que qualquer atividade social ou grupal da sociedade pode ou deve situar-se fora dos limites da jurisdição do estado; contrapõe-se, de outro, a possibilidade de ser traçada uma linha divisória dentre da qual o estado possa mover-se livremente, invadindo, porém, terreno alheio se a ultrapassar. Assim, é de indagar-se se haveria direitos sociais fundamentais, de atendimento e respeito exigíveis do estado brasileiro, além daqueles enunciados no art. 6º da Constituição, a demarcar território sujeito ao controle dos poderes constituídos, uns sobre os outros, como, por exemplo, tem sido exposto nas cada vez mais frequentes

demandas judiciais por meio das quais cidadãos cobram do estado o atendimento eficiente e oportuno a necessidades de saúde, educação, transportes etc. – tais os direitos sociais alinhados no art. 6º da CF/88.

O terceiro problema ocupa-se de determinar a origem ou fonte da qual deriva a autoridade. Torna-se crucial porque o estado, ao prestar serviços ao cidadão, há de mobilizar poderes instrumentais e exercê-los. Como as funções do estado concentram-se nas mãos do governo, a relação entre governantes e governados pode tornar-se matéria controvertida. Os que governam, além de invocarem autoridade, procuram justificar-lhe o emprego; os governados tentam conservar o domínio, em última instância, do poder político. Se a distribuição do poder, no estado, for concebida sob a forma de uma pirâmide, como sugere Robert Mac Iver, o governo poderá ser comparado ao ápice, e o restante do povo, à base. A autoridade ou terá origem da base e ascendendo até o ápice, ou provirá do ápice e descendo até a base. Segundo a primeira perspectiva, o governo deve ser fiscalizado pelo povo e responde perante ele. Conforme o segundo, o povo é constituído de súditos dos que governam e lhe cumpre o dever de obedecer.

O quarto problema desdobra-se do anterior. De onde quer que se origine a autoridade – da base da pirâmide ou de seu topo -, há de estabelecer-se o modo pelo qual há de ser organizado o seu exercício. É possível, de um lado, concentrar-se o poder num só núcleo, ou subdividi-lo em atribuições que se dispersam e poderão ser repartidas entre diferentes ramos do governo e distribuídas por diversos níveis. É possível obter-se tal sistema de freios e contrapesos ou afasta-lo, variando a estrutura governamental. Chega-se à interminável discussão sobre o número de ministérios ou de secretarias de estado e suas respectivas áreas de competência, que cada novo governo reordena, a pretexto de melhor sistematizar o funcionamento da máquina governamental e/ou de reduzir custos, com resultados sempre discutíveis.

O quinto problema concerne à magnitude da área coberta pelo estado, ao tamanho da população que a ocupa e aos assuntos pertinentes às relações entre estados. Que dimensões deve possuir a unidade de governo? Quais as proporções físicas ótimas de um estado? De que maneira se devem relacionar estados soberanos? São questões perturbadoras dos teóricos da política e dos cálculos dos estadistas. O mundo ocidental

experimentou unidades diversas, tais como a cidade-estado, o estado-nação e o estado-império, e continua a buscar novas formas de organização que posicionem os estados em igualdade recíproca, quaisquer que sejam suas dimensões geográficas, seu padrão cultural ou seu índice de desenvolvimento.

Cada um desses cinco problemas pode ser analisado de per si, dada a especificidade de cada qual. O primeiro concerne aos direitos e deveres recíprocos dos membros do estado e da sociedade civil; o segundo, à amplitude ou ao âmbito das funções do governo; o terceiro, à origem e à legitimação da autoridade; o quarto, à maneira de organizar-se o exercício do poder; o quinto, à dimensão do território e da população do estado. O elo de todos esses problemas é o fato de oferecerem oportunidade de opção entre pelo menos duas possibilidades, tanto que o fator escolha é que constitui a essência da matéria política. Se não houvesse margem para decidir, o problema não existiria. A amplitude da escolha resulta da seguinte série de contrastes: (a) o primeiro problema consiste em escolher entre igualdade e desigualdade; (b) o segundo, entre estado pluralista e estado unitário; (c) o terceiro, entre liberdade e ditadura; (d) o quarto, entre divisão de poderes ou sua concentração; (e) o quinto, entre pluralidade de estados ou estado universal.

Assim resumida, a escolha pareceria limitar-se, em cada categoria, a duas opções, mas, na realidade, existem mais de duas possibilidades, na medida em que há estágios intermediários entre os dois polos de cada opção. Assim, as funções exercidas pelo governo podem ser mais ou menos limitadas; os poderes podem ser dispersos em maior ou menor grau; a liberdade conhecerá graus variados de contenção etc. A chave da compreensão sobre o processo político é reconhecer-se que a diversidade de opções é que borda o fascínio e o desafio da política e dos que sistematizam o seu estudo num conjunto de conhecimentos organizados. Nenhum grupo de pessoas ou partidos será capaz de estabelecer qualquer governo sem enfrentar esses cinco problemas, nem poderá fugir à necessidade de decidir-se a respeito de cada um deles em face do padrão de estado que escolher, cada qual corporificando uma resposta institucionalizada às questões básicas desses cinco problemas, o que já adverte sobre a inexistência de modelos prontos e acabados. Segue-se que nenhuma solução é fixa ou definitiva. Mudam as preferências dos homens, que oscilam entre um polo e outro, reconstruindo, incessantemente, a fachada e a divisão interna de seu estado “ideal”.

A análise das complexidades da política em termos de cinco problemas globais, cada qual oferecendo soluções variáveis, pode conduzir à simplificação da realidade. Seria simplismo exagerado e, por isto mesmo, uma distorção dos fatos, representar a política, em termos finais, como o amálgama de cinco categorias, presas umas às outras. A analogia com um relógio talvez contribua para explicar as coisas. O mostrador do relógio divide-se, de maneira arbitrária, em doze horas, cada qual com sessenta minutos. Tais divisões são necessárias porque nos informam as horas, num dado momento. Mas o tempo é contínuo, num incessante e uno defluir. Assim também acontece com a política. Concluída a análise, permanece a necessidade de proceder-se a nova síntese. Como os governos operam com a realidade, os cinco problemas básicos agem uns sobre os outros, da mesma maneira que se move o ponteiro dos minutos simultaneamente com o das horas.

Qualquer que seja a opção feita, no tocante a qualquer daqueles problemas essenciais da política, dificilmente poderá ele deixar de exercer algum efeito sobre as decisões relativas aos demais. Uma escolha, em qualquer espaço, tende a promover mudanças correlatas noutra espaço. A história da política, se resumida numa única sentença, consiste em experimentar soluções alternativas para os problemas básicos em combinações diversas.

4. Ética e coeficiente político na gestão do estado

Há dois pontos comuns às acepções e aos problemas fundamentais da política aplicados à gestão do estado.

O primeiro deles é a preocupação, velada ou ostensiva, com as formas sob que se manifeste, a extensão com que se exerça e o uso que se faça do poder. Por conseguinte, cogita-se, invariavelmente, da expressão objetiva do poder, que é a autoridade e as questões técnicas que suscita, tais como, no campo jurídico, a legitimidade, a legalidade e o teor de discricionariedade com que se praticam atos administrativos em dada ordem normativa. A máxima generalização possível acerca do que entender por política seria dizer-se que é o estudo da prática de todos os aspectos do poder e da autoridade, enquanto meios de conduzir pessoas e instituições à consecução de objetivos eleitos como de interesse geral, num certo contexto-histórico-cultural.

O segundo ponto comum é a insuficiência de cada acepção e problema fundamental para abranger, isoladamente, toda a gama de fenômenos e fatos políticos. Nos primórdios de sua formulação, a ciência política sofreu a hesitação dos politicólogos, que vacilavam na delimitação de seu objeto, alguns insistindo em associá-la apenas ao direito, reduzindo-a ao exame comparativo das declarações de direitos inseridas nas Constituições, outros relacionando-a somente com partidos e eleições; outros, ainda, restringindo-a ao estudo histórico, ora antropológico, ora sociológico, de certas instituições.

O certo é que todas as acepções e todos os problemas fundamentais coexistem, reclamando três cuidados: (a) a política não se deve desvincular da ética; (b) nenhum dos problemas ou das acepções pode ser tomado em termos absolutos ou exclusivos, posto que todos padecem de limitações e riscos; (c) a consideração política deve sempre constar nas análises que se fizerem de toda e qualquer circunstância que envolva poder e autoridade.

Ilustra tal trilogia a tese do “coeficiente político”, de Georges Burdeau, que, de sua cátedra na Sorbonne, ponderava que a compreensão do fenômeno político é essencial à liberdade responsável e à harmonia nas relações sociais. Para perceber-se a extensão do que Burdeau chamava de “coeficiente político”, tomem-se duas situações que se tornaram corriqueiras na ordem econômica mundial: as oscilações da cotação do petróleo e as relações de comércio internacional. De que modo decisões de política econômica de governos estrangeiros afetam a vida de famílias brasileiras? Decisões sempre foram tomadas por governos estrangeiros, para proteção de seus respectivos interesses no mercado internacional e, para alguns, ainda hoje soaria absurda a ideia de que tais decisões teriam raio de repercussão extenso a ponto de influir, não raro de modo determinante, sobre o tipo de vida de pessoas tão distantes do centro onde foram tomadas, tanto física quanto culturalmente.

O fenômeno, reconhecido como típico da globalização da economia, não é propriamente inédito, guardando certa similitude com a espécie histórica do “nouveau riche” produzida pela Revolução Francesa. Este seria caso exemplificativo de repercussão individualizada. Mas as oscilações do preço do petróleo fornecem exemplo de repercussão de massa, tanto que pode induzir medidas e alterações em políticas de transportes e até de pagamento de folha de pessoal, em qualquer parte do planeta. O que se evidencia é que as

opções, os comportamentos e as decisões de pessoas e instituições, públicas ou privadas, são capazes, como marca de nossa era, de influenciar outras pessoas e instituições sem contar a distância física ou cultural que as separe. Isto acontece porque tais comportamentos, opções e decisões carregam um “coeficiente político” cada vez maior e determinante, que alargam o raio de sua incidência. Entre os fatores que mais contribuem para a elevação desse coeficiente estão os meios e processos decorrentes da informatização e da formação de redes sociais, aptos a produzir transformações cuja rapidez nem sempre é acompanhada por reformas das estruturas legislativas, judiciárias e executivas do estado.

Por isto mesmo seria útil trazer ao cenário atual o que Gaetano Mosca denominou de “fórmula política”. Para o professor italiano da primeira metade do século XX, haveria uma fórmula de grande poder de síntese e generalização, aplicável sempre que se pretenda elaborar uma política sobre qualquer questão, também com serventia para os vários níveis em que uma política haja de ser formulada nas esferas federal, estadual e municipal, alcançando órgãos da administração direta e entidades da administração indireta, na peculiar estruturação adotada para a administração pública brasileira pelo art. 37 da vigente Constituição.

Três componentes devem ser reunidos na fórmula de Mosca: (a) conjunto de doutrinas e procedimentos em que se fundamenta o poder dirigente; (b) as alternativas propostas devem harmonizar-se com o processo de escolha e de organização da classe dirigente; (c) as alternativas devem corresponder à realidade nacional ou local a que se destinam. A viabilidade de implantação de uma política construída no plano teórico dependerá da adequada observância e combinação desses componentes, à cuja falta a formulação proposta terá escassa ou nenhuma chance de vir a ser implementada, o que também adverte para a distinção que se deve fazer entre “cartas de intenções”, costumeiramente dadas a conhecer nos primeiros dias dos governos recém eleitos, e planos de governo, anuais ou plurianuais, que devem orientar a gestão do estado, por isto que indispensável a clara enunciação de objetivos e metas a alcançar, propiciando a mensuração dos resultados efetivados, ou não, em cada caso.

Por óbvio que a fórmula de Mosca não esgota o elenco de variáveis, dependentes e independentes, de fatores e de condições que influenciam o traçado de uma política. Mas

da sabedoria de Mosca – que viveu a experiência de duas guerras e seus profundos abalos políticos e ideológicos – é possível extrair relevantes ensinamentos.

O primeiro componente da fórmula significa que toda política setorial há de expressar diretrizes, público-alvo, prioridades e instrumentos, levando em conta a política central ou principal segundo a qual o poder dirigente toma decisões. Uma política setorial dissociada da política central é inviável, embora variantes possam ser habilmente introduzidas.

À primeira vista, pareceria que esse primeiro componente aplicar-se-ia somente quando se tratasse de política governamental. Maior reflexão leva à conclusão de que serve a qualquer organização. Assim, por exemplo, não se admite que diretores imprimam a seus setores orientação colidente ou incompatível com a política geral da empresa. E não se pense que isto só acontece porque, onde haja divergência de pontos de vista, prevalece aquele que for provido de maior poder e autoridade. Acontece porque é impossível a coexistência de dois sistemas na mesma organização: ou há um sistema e seus subsistemas – necessariamente compatíveis -, ou não há sistema algum. Mesmo a forma anárquica representa um sistema, em cujo seio não prosperará qualquer disposição ou organização com ele incompatível; ou se mudará o próprio sistema. Em política, isto deve ser tomado como lei, de cuja plena vigência há inúmeros comprovantes históricos, passados e presentes, aqui e alhures.

Por outro lado, a compatibilidade sistêmica não consagra o imobilismo. Ao contrário, pretende assegurar que as mudanças se operem em função do processo político. Não há processo político – ou ele é inútil ou conduz ao caos – onde se radicalizem posições antagônicas. As mudanças devem fluir como resultantes de constante auto avaliação, mediante indução ou pressão, mas, sempre, segundo as regras do sistema. Estas também são suscetíveis de mudanças, desde que conduzidas buscando-se uma base consensual, não importa o tempo que isto possa levar. O consenso, uma vez obtido, dará legitimidade, autoridade e estabilidade a decisões que, de outra forma, retratariam mero arbítrio, infrutífera contestação ou conflito somente composto pela força. Daí a necessidade de manterem-se, em toda organização, canais e foros adequados para o debate político, do qual

poderão resultar desde alterações conjunturais até mudanças substanciais, de ordem estrutural, no sistema vigente.

O segundo componente da fórmula – alternativas propostas harmonizam-se com o processo de escolha e organização da classe vigente - visa a que esta seja desde logo digerida pelos canais políticos. É que a durabilidade no tempo e a eficácia na execução dependerão do grau de aceitação e de corresponsabilidade com que a fórmula seja apreendida e assumida. A fórmula será tanto mais durável e eficaz quanto maior for esse grau. Uma vez aceita a fórmula, a própria execução encarregar-se-á de institucionalizá-la, ora adaptando-a, ora aperfeiçoando-a, ou demonstrará ser ela inexecutável ou inadequada. Esta segunda hipótese será remota se a fórmula houver sido absorvida pela classe dirigente, que se esforçará para adaptar e aperfeiçoar, considerando a extinção medida extrema e desgastante do poder e da autoridade. Por outro lado, a absorção da fórmula, dependendo do êxito em sua execução, a despessoalizará e a fará patrimônio comum, o que contribuirá para integrá-la ao sistema e a porá a salvo de eventuais alterações personalistas, mesmo porque, sendo constante e aberto, o fluxo do processo político receberá a regular influência de lideranças que se renovam.

A adequação da fórmula política de Mosca à realidade nacional ou local é tema dos mais versados no Brasil. Inúmeros autores, dentre políticos, sociólogos, filósofos e juristas, desde o Império, abordaram a questão, clamando contra o vício brasileiro de transplantar para o nosso meio soluções em nada compatíveis com a maturidade política e com as diversidades culturais regionais de nossa sociedade. Texto que bem ilustra a asserção é o de Gilberto Amado, já a propósito de nossa primeira Constituição, a imperial de 1824, *verbis*:

Tome-se, por exemplo, o recenseamento de 1872, o primeiro que se fez no Brasil. Foi Paranhos, um dos raros que, com Tavares Bastos, Mauá, Capanema, tiveram a preocupação dos assuntos práticos fora ou dentro do Governo, quem o realizou... Vê-se que a população total do Brasil era então de 9.330.479 habitantes, compreendendo 8.419.672 homens livres e 1.510.860 escravos. Segundo a raça, eram 3.801.782 mulatos e mestiços de vários graus; 3.787.289 brancos, 1.959.452 de raça africana e 386.955 de raça índio-

americana. Segundo os sexos, o número de pessoas do sexo masculino era de 5.123.869 livres e escravos; 4.806.609 do sexo feminino, livres e escravos. Nesse total cumpre contar quase 300.000 estrangeiros, portugueses na maioria.

Fazendo o desconto do número de crianças naquele total de 5.123.869 habitantes livres e escravos, apurando o grau da sua capacidade econômica e da instrução do seu espírito, verificando a sua eficiência como cidadãos, tendo em vista a extensão enorme do país..., considerando que a Província da Bahia possuía naquele ano (1872) a população de 1.271.792 habitantes livres e 167.824 escravos; que a da Província do Rio de Janeiro era de 409.087 livres e 297.637 escravos; a de São Paulo, de 490.087 livres e 156.612 escravos; a de Minas, de 1.669.276 livres e 370.459 escravos; a de Pernambuco, de 752.511 livres e 89.028 escravos, para falar apenas dos núcleos sociais predominantes; verificando que até esse ano o número de escolas primárias não excedia de 4.000 em todo o Brasil, e o número de alunos não chegava a 160.000, pois, em 1879, em uma estatística destinada à propaganda do Brasil na Europa, o Governo calculava o primeiro número em 7.000, e o segundo em 300.000, pode-se imaginar, depois de pensar nessas coisas, qual podia ser o coeficiente de pessoas verdadeiramente capazes sobre as quais, em um país que a extensão territorial desarticula, haviam de exercer-se a instituições constitucionais, cuja decadência irremediável, na linguagem dos estadistas do tempo, era só devida ao “poder pessoal do Imperador”.

Realmente, teria sido possível sobre essa população tornar efetiva a prática de um sistema originado dos próprios costumes do mais político dos povos, e não apenas “adaptado” como nós o adaptamos, sobre uma “gens” adventícia, sem hábitos de organização e de trabalho, pouco fixada ao solo, de todo inapta à iniciativa mais comezinha na ordem dos seus interesses privados, entregue ao muçulmanismo de uma imprevidência poética relacionada com o sobrenatural das superstições pueris dos selvagens e dos negros, com um espírito afeito ao devanear das contemplanções no deserto, uma população enfim

que dos seus deveres não podia ter senão uma noção vaga e cujos direitos desconhecia de todo? Seria possível levantar essa população à altura das liberdades que a Carta de 1824 lhe outorgava?

É claro que a Constituição erguida no alto sem contato nenhum com ela, não poderia ser senão uma ficção, um símbolo, uma figura de retórica destinada ao uso dos oradores. A ação política havia de exercer-se através da ditadura dos homens mais aptos ou que reunissem, em virtude do equilíbrio de forças ocasionais, uma soma de prestígio predominante. Ao tempo da dominação conservadora, era um Paraná que representava esse papel ditatorial, como depois da fragmentação do bloco conservador, quebrada a unanimidade que articulava as opiniões e os interesses, esse papel ia naturalmente tornar-se um “dever” do Imperador, por falta de quem o exercesse sem contraste sobre a anarquia dos políticos divididos.

Levada mais longe a análise estatística, veremos que, ainda em 1872, não existia, nem podia existir, aquilo que tanto enchia a boca dos políticos – “o povo brasileiro”. O “povo brasileiro” não podia ser o milhão e meio de escravos, o milhão de índios inúteis que a contagem do Governo reduziu, com evidente imprecisão, a quatrocentos mil apenas; não podia ser os cinco milhões de agregados das fazendas e dos engenhos, caipiras, matutos, caboclos, vaqueiros do sertão, capangas, capoeiras, pequenos artífices, operários rurais primitivos, pequenos lavradores dependentes; não podia ser os dois milhões ou o milhão e meio de negociantes, empregados públicos ou particulares, criados e servidores de todas as profissões. O povo brasileiro, existente como realidade viva, não podia deixar de ser apenas as 300.000 ou 400.000 pessoas pertencentes às famílias proprietárias de escravos, os fazendeiros, os senhores de engenho, de onde saíam os advogados, os médicos, os engenheiros, os altos funcionários, os diplomatas, os chefes de empresas, únicas pessoas que sabiam ler, tinham alguma noção positiva do mundo e das coisas, e podiam compreender, dentro da sua educação, o que vinham a ser monarquia, república, sistema representativo, direito de voto etc.

É por demais evidente a inexistência nesse tempo, como em geral ainda hoje, dessas aglomerações coesas de população, desses núcleos vivos e conscientes de trabalhadores rurais ou urbanos, dessas massas agrícolas disciplinadas e esclarecidas, de onde pudessem sair um corpo eleitoral capaz e responsável.

*Diminuída a riqueza da classe única organizada, destruída a preponderância das zonas açucareiras, não equilibrada então pelo surto da prosperidade do sul, como hoje acontece, sob a impressão angustiosa dos déficits da guerra do Paraguai, o país se entregou a uma inquietação natural que, dominando os espíritos, encaminhou a uns para o pessimismo de Francisco Otaviano, de José de Alencar, de Silveira da Mota, de Silveira Martins, de Ferreira Viana, de Saraiva, e a outros para o ideal, ainda nebuloso, da República (AMADO, Gilberto. **Instituições políticas e o meio social**. In: *À Margem da História da República*, Rio de Janeiro: Ed. Anuario do Brasil, 1924; págs. 57-78).*

À “fórmula” de Mosca devemos acrescentar um quarto elemento: a conversão das diretrizes políticas em normas que as tornem exequíveis e criem os instrumentos para sua implementação. Tem sido frequente, nos países em desenvolvimento, a elaboração farta de planos, programas e projetos que não se concretizam por falta de um conjunto de regras que materialize as intenções e institua uma base operativa para transformá-las em ações aptas à produção de resultados.

A institucionalização de uma política depende, fundamentalmente, da adequação entre seu ideário e os instrumentos eleitos para dar-lhe consequência prática. Não raro, criam-se ou adaptam-se – por vezes desnaturando sedimentados institutos jurídicos - instrumentos cuja índole jurídico-administrativa mostra-se incompatível com o grau de agilidade, flexibilidade e autonomia que exige a índole do problema a enfrentar; índole até mesmo reconhecida pelas diretrizes traçadas pela política, mas a que não tem condições de responder o instrumento criado ou adaptado, tanto que se observa, em sociedades tendentes, em processo cultural de amadurecimento, como a brasileira de fins do século XX

em diante, a crescente “judicialização” de demandas contra o estado, para o fim de compeli-lo ao cumprimento de políticas públicas constitucionais. Igualmente comum tem sido a simples divulgação de planos sem previsão dos aspectos gerenciais e operacionais da execução, nem clara definição de objetivos e metas, estas devendo retratar a quantificação daqueles.

Nas sociedades cuja maturidade cultural habituou seus membros à observância de regras de comportamento tão somente sancionadas pelo costume, a ausência de normas expressas é suprida, em parte, nessas ocasiões, pela disposição da comunidade em participar de novos planos ou programas, mesmo desprovidos de instrumentos coercitivos. Nas sociedades cujo estágio cultural ainda não atingiu tal maturidade, mostra-se indispensável a qualquer plano a inclusão expressa de normas precisas e bem definidas quanto à execução: divisão de atribuições, responsabilidades, controle, avaliação.

5. Natureza humana e política: o manejo dos poderes estatais

Todos os seres humanos são iguais e desiguais entre si. Iguais quanto à sua natureza; desiguais quanto à personalidade individual. Para a sociologia jurídica de Recaséns Siches, a universalidade da natureza humana reside: (i) em um conjunto de caracteres biológicos; (ii) em um conjunto de caracteres psicológicos; (iii) no sistema de funções que constituem a vida humana, presentes em todos e cada um, em qualquer época, lugar e circunstância.

Do primeiro ponto de vista, o corpo de todo ser humano tem análoga estrutura (cabeça, tronco, membros, postura ereta etc.); conta com os mesmos órgãos (coração, estômago, pulmões etc.), cumprindo idênticas funções (circulatória, digestiva, respiratória etc.); experimenta as mesmas necessidades orgânicas (alimentar-se, movimentar-se, repousar etc.), submetidas às mesmas leis naturais (físicas, químicas, biológicas).

Do segundo ponto de vista, todos os homens contam com os mesmos atributos volitivos (sensações, percepções, memória, imaginação, abstração, raciocínio, sentimentos de aceitação e de repulsa, impulsos, desejos).

Do terceiro ponto de vista, todos os seres humanos compartilham, em maior ou menor proporção, um sistema de funções inerentes à condição humana (conhecer o

ambiente ao redor; capacidade de adaptação à natureza e disposição para dela extrair a satisfação de necessidades imediatas; preocupação religiosa ou mística; organização social, jurídica e política).

Assim, a natureza humana, mercê de sua universalidade, não é um dado do indivíduo fulano ou beltrano, porém uma constante que identifica a raça humana. Não é, pois, fator de diferenciação individual, mas está à base de qualquer consideração em torno da vida social e, pois, de sua organização política.

Recorra-se também ao depoimento de eminentes mestres contemporâneos da antropologia e da história, respectivamente, James Frazer e Arnold Toynbee. Para este, a uniformidade da natureza humana “é tão estreita que o cruzamento de seres humanos de todas as variedades físicas pode resultar em procriação, do mesmo modo que seres humanos de todas as variedades de cultura são capazes de dominar os idiomas uns dos outros e de comunicar suas ideias”.

Segundo Frazer, a unidade da natureza humana não se limita aos traços essenciais do intelecto. Também pode ser divisada na estrutura da vida instintiva e afetiva, onde há algo de permanente nas variações sofridas, através das épocas, quanto à forma e à intensidade de suas manifestações ou quanto aos objetos sobre que recaem as tendências e paixões humanas. Assevera que certa constância existe na direção do espírito e das sociedades humanas em relação aos valores. As apreciações sobre o útil, a verdade, o belo, o justo, o bem e o sagrado variam no tempo e no espaço, contudo ainda não foi encontrado grupo humano que não fosse sensível a tais valores e não desenvolvesse, por conseguinte, uma técnica, um corpo de conhecimentos reputados válidos, uma arte, normas jurídicas, preceitos morais e religiosos, por mais rudimentares que possam ter sido tais projeções culturais.

A unidade da natureza humana é pórtico obrigatório ao aprofundamento do exame de qualquer das ciências do homem. É significativo que os ramos mais modernos desse grupo de ciências confirmem relevância à questão. Entre os psicossociólogos, por exemplo, Jean Maisonneuve informa que pesquisadores insistem em que a antropologia, associada à psicologia e à psiquiatria, está em vias de construir um modelo de natureza humana “bruta”, presente em todos os tempos e espaços, a repercutir, destarte, na gestão de

organizações sociais e estatais por toda parte. Isto não deve levar, entretanto, ao que Toynbee chama de “falsa concepção da unidade da história”, extraída, comumente, da ideia de um progresso retilíneo de toda a humanidade. Se as civilizações diversificassem os homens de tal modo que os seus respectivos representantes já não reconhecessem entre si traços comuns, não poderíamos compreender o fenômeno da difusão cultural e, muito menos, o fato de que uma civilização, quase sempre, dá nascimento a outra, que se sente sua herdeira. Tanto a difusão de traços culturais como a sua criação independente, em épocas e lugares diferentes, atestam um mínimo de uniformidade humana, sem o qual a História não teria sentido ou não poderia estender-se fora da civilização do historiador, o qual não encontraria meios de escapar da clausura de seu círculo cultural.

Tais reflexões são indispensáveis a que se compreenda como, num país de tantas diversidades como o Brasil, o acesso ao poder e o manejo deste por governantes há de levar em conta o processo evolutivo por que passam, em variados estágios, as populações de regiões distintas, mas ao mesmo tempo irmanadas por laços comuns. Por maiores que sejam as diferenças de cenários e enredos dos dramas que se desenrolam nos palcos das diversas civilizações e espaços territoriais, sentimos interesse em sua história porque sabemos que não é vivida por personagens diferentes de nós. Como assinalou Hegel, “em todos esses acontecimentos e acidentes, vemos sobrenadar a ação e o sofrimento humanos; em toda parte algo nosso e, portanto, uma inclinação de nosso interesse pró e contra”.

Eis porque todo historicismo condena-se à autodestruição sempre que acolher, como verdade isolada, o fato de que os homens têm sido, em todos os tempos, fundamentalmente os mesmos, esquecendo-se de levar em conta as mudanças e a diversidade das configurações que experimenta a vida psicológica e espiritual do indivíduo e das comunidades, em múltiplas contingências, não obstante a permanência dos atributos humanos fundamentais.

De outro turno, a noção, em si verdadeira, de que “a história não se repete” é interpretada de modo tão rigoroso que faz perder de vista outra verdade: a de que todos os fenômenos da vida, incluídos os fatos históricos – como, por exemplo, o predomínio de uma reduzida elite no comando dos destinos de um país continental, em dada época de sua história, como se deduz da estatística censitária retro transcrita de Gilberto Amado -, são,

ao mesmo tempo, mas sob diferentes aspectos, únicos e comparáveis, além de se manterem, em certa medida e em determinados espaços, na cultura brasileira, daí aconselharem ética e perspicácia no manejo dos poderes públicos.

A vida em sociedade exige um mínimo de conhecimento social de seus componentes, pressuposto necessário à reciprocidade de reações. Toda ação social implica um mínimo de previsão de suas prováveis consequências. O homem que se dirige a outro calcula, antecipadamente, a reação deste, e o mesmo faz em suas relações com os grupos ou instituições, quer se trate da abertura de um estabelecimento comercial, da fundação de um partido político, da adoção de uma política pública, da gestão financeira do erário ou da prática de um crime. Apenas as ações puramente reativas ou o comportamento dos alienados escapam a essas condições.

Quanto ao grau de certeza e previsibilidade dos fatos, as fórmulas que as ciências sociais podem oferecer são modestas em comparação com as das ciências naturais. O rigoroso determinismo destas somente reina em sistemas de fatos isolados. Seus cálculos valem sob a condição de que todas as circunstâncias permaneçam iguais, o que é absolutamente inviável tratando-se de estruturas de instável equilíbrio, nas quais a conjuntura lida com a unicidade e o jogo de fatores fortuitos imprevisíveis ou contingentes. Nada justifica, entretanto, que se menosprezem as ciências sociais. Se é verdade que muitos dos postulados teóricos dessas ciências não resistem à prova da aplicação prática, não será prudente ignorar suas lições e advertências. Em todo momento histórico, a influência do fortuito ou do contingente pode ser considerável, mas, depois de concretizado, nem sempre o rumo de seus efeitos é de todo imprevisível.

Todas essas digressões incidem na esfera da política. Os métodos, os recursos ou as manifestações da vida política por certo variam através dos tempos, porém em todas as épocas as atitudes políticas e seus objetivos sob forma institucional revelam traços comuns. Os processos técnicos de governo têm conhecido muitas mudanças, mas os problemas fundamentais da autoridade política denotam certa constância: a divisão do povo em classes ou camadas, a porfia por poder e prestígio, a distribuição entre correligionários de posições de mando e influência são fenômenos comuns às mais diversas sociedades. Quanto às formas de governo, a classificação legada pelos filósofos gregos – autocracia,

oligarquia, democracia - ainda vige em linhas gerais. Não por outra razão James Bryce (1838-1922) escreveu, em seus notáveis estudos sobre o império romano, que “em nenhuma coisa a humanidade é menos inventiva e mais escrava do costume do que em matéria de estrutura social”.

Os vícios e virtudes que os homens expõem na vida pública são mais ou menos os mesmos em todas as épocas. Há certa patologia dos regimes autoritários, nas monarquias e nas democracias. Em suma, a ação política só tem mudado em seus meios e aparências, não em sua substância. Os antigos demagogos de Atenas ou de Roma, Demóstenes ou os Graco, não se distinguem, essencialmente, em sua atividade política, de Mirabeau ou Danton, da Revolução Francesa, de Castro e Nasser, na segunda metade do século passado, nem de figuras de líderes políticos que frequentam o noticiário internacional deste século. Tais similitudes devem-se à uniformidade da natureza do homem por toda parte, em todos os tempos, sempre conduzido pelas mesmas ansiedades, paixões, virtudes e fraquezas.

Não se nega, em face do espectro histórico reiterado, que o pensamento político seja estimulado pelas condições ambientais ou que conserve estreita ligação com as particularidades de época e local. Se esses aspectos são inegáveis, não o é menos o de que o pensamento político transcende as circunstâncias de seu surgimento, contendo interesse e ensinamento para outras épocas. Tal característica se comprova pelo fato de que quase tudo que o homem escreveu sobre política e estado não perde de todo a sua atualidade.

Registram-se coincidências de pontos de vista entre escritores das mais distanciadas épocas e sociedades. Não seria difícil apontar proposições políticas aceitas por todos, as quais podem ser rotuladas como generalizações empíricas, cuja validade universal é atestada pelos séculos. A assertiva de que todo detentor de poder tende a dele abusar não foi verdadeira apenas ao tempo de Montesquieu, mas para todos os que tenham alguma experiência e conhecimento da História. E a prevenção dessa inexorável tendência tem encontrado, em termos gerais, a mesma receita política em todos os tempos: impedir que as alavancas do prestígio e do poder se reúnam em uma só mão, devendo-se distribuí-las, inteligentemente, entre as classes sociais e os organismos políticos. Outra coisa não propôs Aristóteles sob a fórmula do governo misto; nem disso divergiu o que praticaram a república romana e a monarquia medieval; ou o que ensinaram Maquiavel e Montesquieu,

este apresentando a doutrina da tripartição dos poderes, alçada, não raro, à categoria de cláusula pétrea nas Constituições contemporâneas; ou o que estabeleceram as democracias modernas e pós-modernas, com o processo dos freios e contrapesos constitucionais.

Igual validade anima o princípio de que um inimigo comum aumenta a coesão interna das unidades políticas, do mesmo modo que não se põe em dúvida a verdade, enunciada desde Platão, de que desordens e crises preparam o caminho para um governo de que se espera o restabelecimento da ordem mediante o reforçado exercício da autoridade, a recomendar aos governantes, então, resistência à tentação de fazer uso de meios tão ou mais violentos do que aqueles manejados por organizações criminosas.

Os homens entrelaçam-se em diferentes grupos, desenvolvendo variadas atividades. Somos, simultaneamente, membros de uma família, de um sindicato, de um clube recreativo, de uma igreja, de uma sociedade empresária, de uma instituição pública. A todo momento trocamos experiências e influências com nossos semelhantes e, de certa forma, em graus variados, devemos lealdade a todos esses grupos.

Tais associações e atividades existem em decorrência do caráter sociável da natureza humana, mas a viabilidade e a permanência da vida social dependem de um ordenamento capaz de dar consistência à sociedade. Como erigir esse ordenamento, suas funções, seus limites, a distribuição e a delegação de poderes que o mantenha e dirija, bem como a investidura de sua respectiva autoridade, a elaboração de suas normas diretivas, o grau de sujeição do indivíduo ao sistema, a responsabilização por eventuais abusos de conduta dos agentes públicos – são questões formuladas desde que exista vida social e, portanto, desde que se reconheça a necessidade de organizá-la com o fim de tornar possível a coexistência de pessoas que, conquanto geralmente sociáveis, diferem em personalidades, interesses e objetivos particulares.

Desde que a História o registra, homens pensam em determinar regras que possam ser aplicadas, com êxito, a qualquer grupo, em qualquer lugar, a qualquer tempo, isto é, regras políticas de aplicação universal, ou, ainda, regras ideais de estado e governo, de relacionamento entre governantes e governados, suficientes para fundamentar e guiar a sociedade, tornando-a apta a alcançar a paz e a felicidade, alvo presumível de todos.

Em todas as fases da História, homens idealizaram e tentaram sistemas políticos que canalizassem a natureza humana para o bem comum da sociedade e o bem-estar de seus componentes, e sempre se defrontaram com o dilema entre reconhecer que o homem não passa de lobo de seus semelhantes ou de aceitar que deve e pode voltar-se para o seu próximo com o amor evocado pelos evangelhos. As características e os valores da sociedade contemporânea – sob o bombardeio de conflitos e contradições, amplificado pela instantaneidade das redes sociais informatizadas, para o bem ou para o mal – certamente constituem um desafio diante do qual até a omissão é destrutiva, tanto quanto a ignorância e o desconhecimento em que se pretendam manter populações politicamente imaturas.

6. À guisa de conclusão: o incremento da eficiência na gestão pública pós-moderna depende da participação dos administrados, em busca de possíveis e prévios consensos

O direito público brasileiro perdeu, em 2017, um de seus mais acatados doutrinadores contemporâneos, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, autor de extensa obra acadêmica cinquentenária. Por engenhosa coincidência da história brasileira, Diogo nutria estreitos laços de parentesco biológico com militares que participaram de governos brasileiros nas décadas de 1960, 1970 e 1980, tanto que contribuiu, em vários períodos, com o corpo docente da Escola Superior de Guerra e desempenhou missões culturais de relevo no exterior, designado por tais governantes.

Dedicou-se, ao final de sua octogenária jornada de vida, à elaboração do que seria o primeiro tomo de um tratado de direito administrativo, com o qual, ao lado de ex-alunos e colegas da procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, pretendia encerrar sua contribuição à análise da evolução desse ramo do direito público, tomo esse que veio a ser publicado em 2018. A mensagem de Diogo, ao cabo de um refinado acabamento axiológico de suas ideias, terá sido a de que o direito público pós-moderno, em formação no século XXI, não se limita ao aporte do estado, nem se esgota na legislação, senão que a ambos transcende.

À guisa de conclusão deste artigo, transcreve-se, a seguir, excerto do posfácio daquela obra, que elaborei em conjunto com Flávio Amaral Garcia, procurador do estado e professor de direito, também ex-aluno de Diogo.

Os alunos de direito público, nos cursos de graduação e de pós-graduação ministrados, nas últimas décadas, em centros acadêmicos de nomeada, tiveram, continuarão a ter, o ensejo de conhecer o que Diogo entendia ser um processo cultural de doma do Estado pela cidadania, a partir do princípio da participação. A doma da onipotência do Estado pelo exercício da cidadania era, ainda é, o que se reconhecia ser o traço distintivo de uma escola de direito administrativo.

Repetem os professores - muitos ex-alunos de Diogo, como os que subscrevemos esta apresentação -, como se pode prever que permanecerão reiterando durante, pelo menos, as próximas duas décadas, à vista da realidade política e cultural do país, que cumpre:

“aproximar o administrado de todas as discussões e, se possível, das decisões em que seus interesses estejam mais diretamente envolvidos, multiplicando, paulatinamente, os instrumentos de participação administrativa, com a necessária prudência, mas decididamente, com vistas à legitimação das decisões que, como ensina a ciência política, serão por isso mais aceitáveis e facilmente cumpridas pelas pessoas... Como consectária da participação, a consensualidade aparece tanto como uma técnica de coordenação de interesses e de ações, como uma nova forma de valorização do indivíduo (...), parceria que potencializa a ação desses dois atores protagônicos: a sociedade e o Estado” (**Mutações de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000, p. 22-26).

A tese de Diogo é universal. A participação dos interessados e a consensualidade passam a integrar o devido processo administrativo, tanto que consultas e audiências públicas (right to a fair hearing – USA, França, Bélgica, Alemanha, Suíça, México, Argentina) são previstas como integrantes do processo, tanto na Lei federal brasileira nº 9.784/99, art. 32, quanto na lei estadual do processo administrativo fluminense (Lei nº 5.427/09, art. 46),

certamente inspiradas pela mesma orientação - No exercício de sua função decisória, poderá a administração firmar acordos com os interessados, a fim de estabelecer o conteúdo discricionário do ato terminativo do processo, salvo impedimento legal ou decorrente da natureza e das circunstâncias da relação jurídica envolvida, observados os princípios previstos no art. 2º desta lei, desde que a opção pela solução consensual, devidamente motivada, seja compatível com o interesse público.

Arrematava Diogo que:

“o instituto da audiência pública é um processo administrativo de participação aberta a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando ao aperfeiçoamento da legitimidade das decisões da AP, criado por lei, que lhe preceitua a forma e a eficácia vinculativa, pela qual os administrados exercem o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a decisões de maior aceitação consensual” (idem, ibidem).

*O direito positivo brasileiro dos últimos vinte anos também foi aos poucos se impregnando da pregação de Diogo, disseminada por discípulos, ao que se extrai da CF/88, art. 58, § 2º; da Lei Geral de Telecomunicações, nº 9.472/97, art. 19, III; da Lei de Normas Gerais sobre Licitações e Contratos, nº 8.666/93, art. 39; da Lei de Responsabilidade Fiscal, art. 9º, § 4º; da Lei do Meio Ambiente, nº 6.938/81, art. 8º, II; da Resolução CONAMA nº 237/97, art. 10, V; da Lei nº 9.427/96, de Energia Elétrica, art. 4º, § 3º; da Lei nº 9.478/97, de exploração e comercialização de petróleo, art. 19; da Lei nº 10.257/01, Estatuto da Cidade, artigos 2º, 4º e 43; da Lei nº 9.868/99 (processo e julgamento de Adin no STF), art. 9º, § 1º; culminando com o acolhimento, pelo Código de Processo Civil promulgado em 2015, da figura do **amicus curiae**, bem como dos princípios da não surpresa e da colaboração, artigos 10 e 15. Releiam-se as linhas introdutórias do que Diogo aspirava que fosse o primeiro volume de um novo tratado de direito administrativo brasileiro, comprometido com a pós-modernidade:*

“A laboriosa construção de um Direito Administrativo Pós-Moderno brasileiro, da qual resultou sua vitoriosa evolução em nosso País, ao transcender de uma tradicional percepção de mera legalidade das ações estatais coercitivas unilaterais voltadas à satisfação de interesses públicos pelo Estado e suas agências, para se expandir a uma percepção ampliada e enriquecida da juridicidade do atendimento de interesses gerais da sociedade, quer por agentes públicos ou privados, estendido às possibilidades abertas pela ação consensual e cooperativa entre ambos, é uma ciclópica obra enriquecedora que deve ser creditada a toda uma geração de administrativistas criativos, que se ocuparam entre nós, desde a Segunda Guerra Mundial, de perfazer essa exitosa transição com seus estudos e aportes científicos, graças aos quais toda e qualquer Ciência sobrevive e viceja atual e prestante... A essa plêiade se roga vênias para destacar três momentos... [dessa] transição do Direito Administrativo Moderno para o Pós-Moderno... com a qualidade requerida e uma fácil absorção dos novos paradigmas transformadores. A Era Moderna, que se estendeu do Renascimento até o Século XX, se esgota, convencionalmente, com o fim da belle époque e do período de paz que antecedeu a 1ª Guerra Mundial, em 1914, com as grandes mudanças culturais que, desde então, nos vem tornando a vida civilizada cada vez mais complexa e problemática, como bem descreve e estuda JEAN-FRANÇOIS LYOTARD, filósofo francês, assim batizando esta Era, que adentramos, em sua obra *A condição Pós-Moderna* (1979). Encompassando todo o espectro cultural no curso dessa transição de Eras, o Direito não ficou à margem das mudanças de paradigmas que se sucederam, envolvendo a ciência, a literatura, as artes e, de modo geral, a convivência social, senão que os absorveram, na configuração de novos princípios jurídicos, a espelhar os valores capitais provindos da Política e da Sociologia, que

substituiriam os modelos estatocêntricos e autoritários, inerentes à tradição regaliana, já longa de cinco séculos. O término da Segunda Guerra Mundial, na metade do Século XX, abriria as condições culturais e políticas para um processo de juridicização pós-moderna em escala global, iniciada logo depois do Armistício de 22 de junho de 1940, gerando benéficos reflexos sobre o Brasil, que, incitado pela repatriação da Força Expedicionária Brasileira, vitoriosa sobre o autoritarismo nazifascista, provocou a redemocratização e a reconstitucionalização do País e, graças a ambas, a institucionalização de um Direito Público inspirado pelos novos valores trazidos pela Pós-Modernidade, neles destacados e fundamentalmente os da democracia e dos direitos humanos” (op.cit.).

Atravesse-se, aqui, a ponte entre a saudade e a posteridade - do passado recente ao futuro previsível -, estendida pelo compromisso de Diogo com a dignidade humana.

Os direitos humanos são direitos subjetivos cujo titular exclusivo é a pessoa humana. São oponíveis, de um lado, ao Estado (e subsidiariamente à comunidade internacional); de outro, aos demais indivíduos e diferentes grupos que integram. Em outras palavras, os direitos do homem estão hoje inseridos no direito positivo e o seu descumprimento é objeto de sanções.

Definidos nas constituições nacionais e nos principais instrumentos internacionais (como na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948), esses direitos são de ordinário agrupados em duas categorias, ao que registra o Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito (Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1999, p. 272-273):

(i) os direitos civis e políticos, que visam, em primeiro lugar, proteger a integridade, a liberdade e a segurança da pessoa humana (como direito à vida, a proibição de tortura, o direito à justiça, à liberdade de pensar e à liberdade religiosa, além do direito de voto); essa primeira categoria de direitos, qualificada de “direitos-

faculdades” ou “direitos-autonomia”, delimita a esfera de liberdade e de iniciativa da pessoa humana que o estado deve respeitar, abstendo-se de intervir, a não ser para salvaguardá-la;

(ii) os direitos econômicos, sociais e culturais, que exigem uma atuação específica por parte da sociedade e por parte do estado (como o direito ao trabalho, à seguridade social, a um nível de vida suficiente, à proteção da saúde, à educação e à cultura); essa segunda categoria de direitos, chamada também de “direitos-crédito” ou de “direitos-participação”, abrange o campo das condições necessárias para assegurar o bem-estar e o florescimento da pessoa humana no seio da sociedade e implica a intervenção do estado na qualidade de devedor de prestações que tornem efetivos aqueles direitos para todos, sem exclusão.

Paralelamente a essa classificação, que corresponde à evolução histórica do rol dos direitos reconhecidos, é possível distinguir entre os direitos fundamentais do homem e os outros direitos humanos que devem ser preservados a qualquer tempo e em qualquer lugar, quaisquer que sejam as circunstâncias. São os direitos mais elementares, como o direito à vida e à integridade da pessoa, acerca dos quais nenhuma derrogação é permitida nas convenções internacionais, de sorte a concluir-se que os direitos humanos são indivisíveis e interdependentes.

Não obstante, o reconhecimento dos princípios e das normas pela comunidade internacional não resolve o problema do fundamento dos direitos humanos, mas apenas o posterga. Persistem justificações que diferem e interpretações que divergem. Resultam incerteza e fragilidade do conceito.

O processo de universalização dos princípios e das normas choca-se também com a diversidade das culturas às quais estes se pretendem aplicar, considerando, ademais, que esse movimento provém de circunstâncias históricas que afetam as sociedades, desafiadas a escolher um sistema de organização política que permita a concretização desses direitos.

As garantias continuam insuficientes, ineficazes ou mesmo inexistentes no âmbito nacional; os sistemas internacionais de proteção permanecem subdesenvolvidos, mesmo que se tenham logrado avanços em certas regiões, notadamente no âmbito do Conselho da Europa e da Organização dos Estados Americanos, e novos caminhos se abram em outras regiões (como o que foi inaugurado com a entrada em vigor da Carta da África dos Direitos Humanos dos Povos, já ao findar do século XX). O desrespeito tão comum aos direitos humanos coloca em questão o caráter “operário” das normas universalmente definidas e a sua credibilidade.

Frente a esses desafios contemporâneos e em face daqueles especificamente ligados ao progresso das ciências e das técnicas, aos novos meios de comunicação, aos problemas do desenvolvimento e da paz, os direitos humanos carecem de pontos de apoio inafastáveis e inadiáveis nas ordens jurídicas internas. Daí a relevância da participação e do consenso.

Em primeiro lugar, a universalidade que caracteriza o reconhecimento das normas constitui evolução de raiz; além das diferentes concepções e ideologias, concerta-se um tipo de acordo com objetivos pragmáticos que faz com que a Declaração Universal dos Direitos do Homem seja referida praticamente em todos os pontos do globo. E sobre essa base constrói-se um edifício normativo em nível mundial e regional, a consagrar a definitiva inserção dos direitos humanos no direito positivo. Não somente as normas são definidas com precisão cada vez maior, mas as modalidades de sua efetivação estão incluídas em instrumentos internacionais juridicamente obrigatórios para os Estados que os ratificam, em número crescente.

Os direitos humanos não mais traduzem apenas um “estado de alma” ou um devaneio, porém estão inscritos na maioria das constituições e nos tratados, e se transformaram em uma realidade jurídica. A opinião pública mundial, representada na cena internacional pelas organizações não governamentais, desempenhou um papel essencial nesse evoluir normativo, e

é nele que continua a repousar, em grande parte, o progresso da etapa atual: a da aplicação concreta do direito efetivo.

Na medida em que os direitos humanos correspondem a uma reivindicação universal, devem, quaisquer que sejam as particularidades de sua emergência histórica, encontrar raízes na diversidade das culturas, bem assim procurar contribuir para o enriquecimento de um conceito cujo monopólio não pertence a nenhuma delas. Mais do que a universalidade, é o potencial de inovação que está em questão.

A redemocratização do país ensejou a elaboração da Constituição vigente de 1988. Seu Título II dedica-se aos “Direitos e Garantias Fundamentais”. O Capítulo I é intitulado “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”; o Capítulo II alude aos “Direitos Sociais” e o capítulo IV, aos “Direitos Políticos”. O que se pode observar, averbava o saudoso Celso de Albuquerque Melo:

“é a predominância de uma ótica que podemos considerar como pertencendo ao liberalismo, que é o estabelecimento de uma distinção entre os direitos civis e políticos, de um lado, e os direitos sociais, de outro. Não há dúvida de que é uma divisão metodológica, mas que significa uma diferenciação e se esquece de que na realidade os direitos humanos são indivisíveis. A realização de um depende da efetivação do outro. De um modo geral, o Brasil conta com um bom texto constitucional sobre os direitos humanos, bem como tem ratificado os principais tratados sobre o tema. Contudo, há uma imensa distância entre a Constituição, os tratados e a realidade. No caso da Carta Magna, falta implementá-la; em relação aos tratados, falta ao Poder Judiciário aprender a aplicá-los. O Direito Internacional Público é ignorado pelos juristas brasileiros. Vários tratados não foram implementados pela legislação brasileira, como, por exemplo, as convenções de direito humanitário de 1949, que ratificamos faz mais

de 40 anos. Os direitos humanos são, ainda, privilégio de uma pequena parcela da população” (In: **Dicionário**, op. cit, p. 275-276).

Outro ângulo sob o qual se deve perscrutar o tema é o de sua utilidade para o manejo da administração responsiva e de resultados, no estado democrático de direito. Expressando este, como expressa, a contemporânea versão do estado servidor e regulador, é de exigir-se que todos os seus poderes, órgãos e agentes estejam persuadidos de que devem respostas e satisfações à sociedade civil. Ou seja, esta é a titular do poder político de decidir sobre os seus próprios destinos, incumbindo àqueles realizá-los na conformidade das opções da sociedade, na medida em que harmonizadas com a ordem jurídica constitucional e os direitos fundamentais que consagra e prescreve.

Em outras palavras, os planos de ação governamental não são concebidos, como outrora, para atender aos desígnios das autoridades estatais. Estas devem colher os reclamos legítimos da sociedade e atendê-los. Daí a visceral importância de elos permanentes e hábeis de comunicação entre a sociedade e o estado, de sorte a que este absorva os comandos daquela e os implemente no que consensuais. O estado democrático de direito é o garante da efetivação dos direitos elevados à Constituição, sejam os individuais, os econômicos, os políticos ou os sociais. Ser-lhe fiel é o dever jurídico indeclinável do estado.

Essa fidelidade há de estar presente em todos os níveis do planejamento. Cada plano de ação governamental deve ser uma resposta à efetivação dos direitos fundamentais e do respeito à dignidade humana que os inspira. Se assim não for, não haverá estado democrático de direito, nem a administração responsiva e de resultados que lhe deve corresponder.

Nada obstante, há uma condição cultural, em seu sentido sociológico, para que tal ocorra: a sociedade há de emancipar-se da polarizada relação entre tutores e tutelados, que caracteriza a cultura brasileira desde o seu berço colonial. Entendendo-se por tutor todo aquele que ocupe posição de prestígio e poder na hierarquia social - seja qual for a natureza dessa hierarquia - e por

tutelado todo aquele que se socorra do tutor para obter vantagem ou proteção de toda sorte.

Não seria necessária maior digressão para perceber-se como essa relação compromete a emancipação da sociedade brasileira; basta lembrar os critérios segundo os quais grande número de candidatos se elege, por prometer vantagens e ganhos pessoais a seus eleitores (material de construção, empréstimos, empregos, cargos, apadrinhamentos, atendimentos pelos serviços públicos etc.). O socialmente patológico dessa relação está em que o tutor compraz-se em ser tutor e o tutelado anseia por encontrar o seu tutor e permanecer como tutelado. Em outras palavras: emancipação não há, nem espaço há para o mérito nessa relação, prevalecendo os interesses egoísticos. Logo, tampouco há real preocupação em controlar e avaliar resultados, com o fim de dar-se início a novo ciclo virtuoso de gestão mediante a correção de erros acaso cometidos no planejamento da ação anterior, na medida em que esses erros refletem aqueles interesses personalistas e partidários, distantes do interesse público e do bem comum.

Sobrelevam, mais uma vez, os direitos humanos como norte inspirador do direito justo e este como resultado esperável da ordem jurídica. Na qualidade de garante da dignidade das pessoas e do respeito devido a seus direitos fundamentais, erguem-se os agentes públicos entre os principais protagonistas dos esforços tendentes a converter a pauta enunciada desses direitos na Constituição e nas leis em realidade pulsante do cotidiano da cidadania. Há de retratá-lo em todas as suas escolhas e na gestão de todos os seus meios organizacionais, materiais e de pessoas. Que este último texto de Diogo de Figueiredo Moreira Neto os guie – agentes públicos ou não, posto que cidadãos todos são – nesse desafio da adolescente história da pós-modernidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ADISESHIAH, Malcom – **O papel do homem no desenvolvimento**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1973.
2. BURDEAU, Georges – **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 15^a ed., 1972.
3. DUVERGER, Maurice – **Sociologia Política**. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1966.
4. KELLER, Suzanne – **O Destino das Elites**. Trad. Luís Cláudio de Castro. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1967.
5. LIPSON, Leslie – **Os Grandes Problemas da Ciência Política**. Trad. Thomaz Newlands Neto. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 1967.
6. MADDICK, Henry – **Democracia, Descentralização e Desenvolvimento**. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1966.
7. MAISONNEUVE, Jean – **Introduction à la Psychosociologie**. Paris: Presses Universitaires de France, 1973.
8. MARSHALL, T. H. – **Política Social**. Trad. Meton Gadelha. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 1967.
9. MERTON, Robert – **Sociology Today**. New York: Basic Books Inc., 1959.
10. MIRANDA, Pontes de – **Democracia, Liberdade, Igualdade (Os Três Caminhos)**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1979.
11. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo – **O Direito Administrativo no Século XXI**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2018.
12. NOVAES, Paulo – **Economia e Recursos Humanos**. Rio de Janeiro: Ed. Renes, 1971.
13. PALLIERI, Giorgio Balladore – **Doutrina do Estado**. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.
14. POPPER, Karl – **A Sociedade Democrática e seus Inimigos**. Trad. Milton Amado. Rio de Janeiro: Ed. Itatiaia, 1959.
15. SAMPAIO, Nelson de Souza – **Ideologia e Ciência Política**. Salvador, Bahia: Livraria Progresso Editora, 1953.

- 16.SAMUELSON, Paul – **Introdução à Análise Econômica**. Trad. Luiz Carlos do Nascimento Silva. Rio de Janeiro: Ed. Agir, 8ª ed., vol. I, 1975.
- 17.SCHILLING, Kurt – **História das Ideias Sociais**. Trad. Fausto Guimarães. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 1966.
- 18.SORAU, Francis – **Iniciação ao Estudo da Ciência Política**. Trad. Waltencir Dutra. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 1967.
- 19.TOYNBEE, Arnold – **De Leste a Oeste**. Trad. Aydano Arruda. São Paulo: Ed. Ibrasa, 1959.

A LEI Nº 13.491/17 E AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL MILITAR E PROCESSUAL PENAL MILITAR

Reis Friede¹

1. Introdução

A recente Lei nº 13.491/17 alterou a redação do art. 9º do Código Penal Militar (CPM – Decreto-Lei nº 1.001/69), provocando significativas mudanças no âmbito da Justiça Militar da União e dos Estados, ostentando uma *dupla natureza: penal*, posto que *amplia* o rol de crimes militares a partir de tipos penais previstos na Legislação Penal Comum – dando origem, assim, aos denominados *crimes militares por extensão*; e *processual penal*, notadamente ao ampliar a competência da Justiça Militar da União e da Justiça Militar Estadual para conhecer dos chamados *crimes militares por extensão* (art. 9º, II, do CPM), bem como ao conferir à Justiça Militar da União a competência para conhecer dos crimes dolosos praticados por militares federais contra a vida de civil (art. 9º, parágrafo 2º, do CPM).

Desde a sua promulgação, ocorrida em 13 de outubro de 2017, a citada Lei tem sido alvo de várias controvérsias. A primeira delas ocorreu a partir do próprio veto (por parte do então Presidente da República, MICHEL TEMER) que incidiu sobre o seu art. 2º, cuja redação não acolhida era seguinte redação:

¹ Reis Friede é Desembargador Federal; Presidente do TRF/2ª Região; Professor Emérito da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME) e Professor *Honoris Causa* da Escola de Comando e Estado-Maior da Aeronáutica (ECEMAR). Site: <https://reisfriede.wordpress.com/> ; Correio eletrônico: reisfriede@hotmail.com

Art. 2º. Esta Lei terá vigência até o dia 31 de dezembro de 2016 e, ao final da vigência desta Lei, retornará a ter eficácia a legislação anterior por ela modificada.

Pelo que se depreende a partir da leitura do texto vetado, a ideia inicial era de que a Lei editada tivesse *vigência temporária*, tendo em vista a realização, no Brasil, dos Jogos Olímpicos de 2016. Entretanto, em decorrência do aludido veto, a Lei em questão passou a ostentar *vigência indeterminada*. A nosso ver, em relação a tal debate, e não obstante a existência de entendimento contrário, as razões contidas na Mensagem Presidencial enviada ao Congresso Nacional justificam plenamente o veto:

As hipóteses que justificam a competência da Justiça Militar da União, incluídas as estabelecidas pelo projeto sob sanção, não devem ser de caráter transitório, sob pena de comprometer a Segurança Jurídica. Ademais, o emprego recorrente das Forças Armadas como último recurso estatal em ações de segurança pública justifica a existência de uma norma permanente a regular a questão. Por fim, não se configura adequado estabelecer-se competência de Tribunal com limitação temporal, sob pena de se poder interpretar a medida como o estabelecimento de um tribunal de exceção, vedado pelo artigo 5º, inciso XXXVII da Constituição.

Outra polêmica a ser consignada versa sobre uma suposta inconstitucionalidade decorrente da alteração empreendida nos parágrafos 1º e 2º do art. 9º do CPM. Nesse sentido, argumenta-se que, por meio de Lei Ordinária, a competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida de civil praticados por militares teria sido afastada, sendo ela transferida para a Justiça Militar da União, notadamente nos casos em que o agente for membro das Forças Armadas, consoante as hipóteses elencadas nos referidos parágrafos do art. 9º do Estatuto Penal Castrense.

A propósito, o tema em foco é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.901/DF, da Relatoria do Min. GILMAR MENDES, na qual se argumenta que o art. 9º,

parágrafo 2º, do CPM, inserido pela Lei nº 13.491/17, ao deixar de preservar a autoridade do Tribunal do Júri, violaria o Princípio da Igualdade, na exata medida em que privilegiaria uma categoria social, e relativizaria o devido processo legal. Acrescenta, outrossim, que a CF/1988 não dá margem a outra interpretação, uma vez que determinaria, sem qualquer exceção, que “a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida” é afeta ao Tribunal do Júri.

Não obstante os argumentos invocados em defesa da mencionada inconstitucionalidade, não partilhamos da mesma percepção, pelo que entendemos que a alteração promovida pela Lei nº 13.491/17 é perfeitamente constitucional. Em amparo ao que ora se afirma, cumpre registrar que a Emenda Constitucional nº 45/04, que alterou o art. 125, parágrafo 4º, da CF/1988, refere-se *apenas* à Justiça Militar Estadual, *não* contemplando a Justiça Militar da União, motivo pelo qual se entende que a ressalva ali estabelecida [“Compete à Justiça Militar Estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei (...), *ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil (...)*”] *não* diz respeito à competência da Justiça Militar da União.

Com efeito, não há qualquer inconstitucionalidade na alteração promovida pela Lei nº 13.491/17, vez que a CF/1988, *quanto aos militares da União*, apenas dispõe, em seu art. 124, que cabe à Justiça Militar (da União) “processar e julgar os crimes militares *definidos em lei*”, vale dizer, no Código Penal Militar. Como se vê, no âmbito da Justiça Militar da União, a competência está absolutamente atrelada ao *conceito legal do que seja crime militar*, sendo certo que tal definição deve ser estabelecida, segundo a própria Lei Magna, por Lei Ordinária (no caso, o CPM – Decreto-Lei nº 1.001/69, recepcionado como Lei Ordinária). Ademais, quando a CF/1988 trata da competência da Justiça Militar da União (arts. 122 a 124), ela não estabelece qualquer ressalva quanto aos crimes dolosos cometidos contra a vida de civil.

Nesse ponto, ressalte-se que, em relação ao militar estadual (Policiais e Bombeiros Militares), a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida de civil continua sendo inerente ao Tribunal do Júri, nos exatos termos do parágrafo 4º do art. 125 da CF/1988, segundo o qual “compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos

disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças”.

Outra questão controvertida surgida a partir das alterações promovidas pela Lei nº 13.491/17 na Lei Penal Militar versa sobre a ampliação do rol dos crimes militares. Especificamente quanto a este tema, cabe apresentar o seguinte quadro comparativo decorrente da modificação do art. 9º, II, do CPM:

Código Penal Militar – Decreto-Lei nº 1.001/69	
Redação Anterior à Lei nº 13.491/17	Redação Dada pela Lei nº 13.491/17
Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz: II - os crimes previstos neste Código, <i>embora também o sejam com igual definição na lei penal comum</i> , quando praticados: [...].	Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz: II - os crimes previstos neste Código <i>e os previstos na legislação penal</i> , quando praticados: [...].

Não obstante a existência de entendimento contrário, a Lei nº 13.491/17, também neste ponto, a nosso ver, afigura-se *constitucional*, posto que sua edição cumpriu o *devido processo legislativo* (art. 59 e seguintes da CF/1988), na medida em que o próprio Texto Magno, em seus arts. 124 e 125, parágrafo 4º, confere à *Lei Ordinária* a definição quanto ao que se entende por crime militar, competindo à Justiça Militar da União e à Justiça Militar Estadual conhecer dos crimes militares definidos em *lei*. Nessa linha de raciocínio, a Lei nº 13.491/17, em plena sintonia com a Lei Maior, limitou-se a ampliar a abrangência conceitual dos crimes militares, tratando-se, portanto, de um *conceito ex vi legis*.

Em homenagem ao debate, cumpre registrar que, antes mesmo do advento da Lei nº 13.491/17, parte da doutrina e da jurisprudência firmou entendimento de que o crime militar em tempo de paz somente se configura quando houver *efetiva violação de dever militar ou afetação direta de bens jurídicos das Forças Armadas*. De acordo com tal exegese, haveria uma

limitação material de fundo, imprescindível à conceituação de um fato como crime militar em tempo de paz, com conseqüente afetação de competência para a Justiça Castrense. Acrescente-se, ainda, que há jurisprudência (não-vinculativa) do Supremo Tribunal Federal sustentando a necessidade de que haja, no caso vertente, *um especial interesse militar para que o fato adquira a condição especial de crime militar*, relacionado a dois princípios basilares das Forças Armadas (e extensíveis às Polícias Militares e aos Corpos de Bombeiros Militares): a *disciplina* e a *hierarquia*.

2. Da Alteração Promovida pela Lei nº 13.491/17 no Art. 9º, II e III, do Código Penal Militar

Ultrapassadas as questões polêmicas, firme no entendimento da constitucionalidade (*in totum*) da Lei em epígrafe, importa analisar o que as alterações promovidas pela Lei nº 13.491/17 significam no cenário jurídico, notadamente no contexto militar.

Conforme visto alhures, a partir da alteração legal, o inciso II do art. 9º do CPM passou a considerar como crimes militares aqueles previstos no Código Castrense, juntamente com aqueles previstos na Legislação Penal Comum, quando cometidos nas circunstâncias previstas nas suas alíneas “a” a “e”: “por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado” (alínea “a”); “por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil” (alínea “b”); “por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil” (alínea “c”); “por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil” (alínea “d”); “por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar” (alínea “e”).

A partir de uma exegese comparativa sobre o quadro acima exposto, nota-se que a expressão “embora também o sejam com igual definição na lei penal comum”

(constante da antiga redação do art. 9º, II, do CPM) foi substituída pela frase “e os previstos na legislação penal” (existente na atual redação do mesmo dispositivo).

Com essa mudança de paradigma, a Lei nº 13.491/17 criou uma *nova categoria de crime militar*, que passa a abranger *qualquer crime previsto na legislação penal comum* (Código Penal Comum e Legislação Penal Extravagante), com exceção daqueles em que a própria Constituição Federal não inclui na competência da Justiça Militar, tal como os crimes eleitorais, cujo processo e julgamento, segundo a CF/1988, compete à Justiça Eleitoral.

Com efeito, em linhas gerais, além dos crimes existentes no CPM, também aqueles previstos na Legislação Penal Comum (abuso de autoridade – Lei nº 4.898/65; tortura – Lei nº 9.455/97; porte ilegal de arma de fogo e outros estabelecidos no Estatuto do Desarmamento – Lei nº 10.826/03; homicídio culposo na direção de veículo automotor e outros previstos no Código de Trânsito Brasileiro – Lei nº 9.503/97; crimes do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90; crimes da Lei das Licitações – Lei nº 8.666/93; dentre outros), quando praticados por militar em uma das hipóteses do art. 9º, II, do CPM, serão considerados *delitos militares*, os quais uma parcela da doutrina passou a designar como *crimes militares por extensão*, introduzindo, assim, uma nova categoria que soma àquelas já existentes: *crimes militares próprios* (previstos *exclusivamente* no CPM) e *crimes militares impróprios* (elencados no CPM, mas também tipificados com igual definição na Legislação Penal Comum).

Por oportuno, e não obstante a existência de posição contrária, entendemos que, para a caracterização do crime militar devem ser preenchidos, exclusivamente, os pressupostos *objetivos* da Lei Penal Militar (CPM), *não* sendo pertinente a exigência de critérios *subjetivos* (tais como a *motivação* e o *interesse militar*), uma vez que estes já estão insertos no respectivo tipo penal (*tipicidade direta* ou *imediata*) e nas hipóteses do inciso II do art. 9º do CPM (*tipicidade indireta* ou *mediata*), critérios estes que conferem segurança jurídica à aplicação da lei.

Cabe ressaltar que os crimes militares previstos no inciso II do art. 9º do CPM aplicam-se *apenas aos militares da ativa*. Doravante, tendo em vista a alteração legal em questão, qualquer crime (previsto no CPM ou na Legislação Penal Comum, com exceção daqueles em que a própria Constituição Federal não inclui na competência da Justiça

Militar) será considerado *delito militar (por extensão)*, desde que praticado em uma das alíneas do citado dispositivo. Nesse sentido, acosta-se a seguinte jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

[...]. 2. A Lei 13.491/2017 (em vigor a partir de 16/10/2017) ampliou a competência da Justiça Militar, na medida em que doravante não são apenas os crimes que sejam concomitantemente previstos no Código Penal Militar e na legislação penal comum que, em virtude do princípio da prevalência da lei especial sobre a lei geral, atrairão a competência da Justiça Militar. Passa a deslocar-se para a Justiça Castrense também qualquer crime contra civil previsto na Legislação Penal Comum (Código Penal e Leis Esparsas), desde que praticado por militar em serviço, ou no exercício da função. Inteligência da a alínea “c” do inciso II do art. 9º do CPM.

3. Se a Lei 13.491/2017 ampliou a competência da Justiça Militar para admitir que a Justiça Castrense julgue também qualquer crime previsto na legislação penal comum, é de se concluir que ela passou a ter competência para julgar delitos cuja persecução penal é feita por meio de ação penal privada.

4. No entanto, e a despeito da ampliação da competência da Justiça Militar trazida pela Lei 13.491/2017, a alínea “c” do inciso II do art. 9º do CPM continua a exigir que a função desempenhada pelo agente militar tenha natureza militar. Precedentes: RHC 30.159/MS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 30/04/2012; RHC 25.895/CE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/08/2010, DJe 13/09/2010 e HC 32.974/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 17/02/2005, DJ 19/03/2007, p. 394. [...].

(CC nº 157.328/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Terceira Seção, julgado em 23/05/2018, DJe 05/06/2018)

Outrossim, houve alteração no inciso III do art. 9º do CPM, que trata dos crimes militares praticados por *militares da reserva* ou *reformados* e *civis* no âmbito da Justiça Militar da União (JMU), uma vez que o tal dispositivo *também alude* aos crimes do inciso II do mesmo artigo. Por conseguinte, os crimes descritos no CPM e na Legislação Penal Comum, quando praticados por militares da reserva remunerada ou reformados e civis, serão considerados delitos militares quando cometidos (art. 9º, III, alíneas “a” a “d”): “contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar” (alínea “a”); “em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo” (alínea “b”); “contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras” (alínea “c”); “ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior” (alínea “d”).

Em virtude desse novo panorama legal introduzido pela Lei nº 13.491/17, forçoso reconhecer que essa alteração ocasionou a perda de validade das seguintes Súmulas do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 06: “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar o delito decorrente de acidente de trânsito envolvendo viatura da Polícia Militar, salvo se autor e vítima forem policiais militares em situação de atividade”.

Súmula 53: “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar civil acusado de prática de crime contra as instituições militares estaduais”.

Súmula 75: “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar o policial militar por crime de promover ou facilitar a fuga de preso de Estabelecimento Penal”.

Súmula 90: “Compete à Justiça Militar processar e julgar o policial militar pela prática de crime militar, e à Comum pela prática do crime comum simultâneo àquele”.

Súmula 172: “Compete à Justiça Comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço”.

3. Da Ampliação das Atribuições da Polícia Judiciária Militar

Inequivocamente, a ampliação do catálogo dos crimes militares ensejará também um aumento nas atribuições da Polícia Judiciária Militar (art. 8º, alínea “a”, do Decreto-Lei nº 1.002/69, Código de Processo Penal Militar – CPPM), aspecto que certamente demandará das Instituições Militares (da União Federal e dos Estados) uma adequação de recursos (humanos e materiais) para dar resposta ao incremento de fatos (em tese, delituosos) a serem apurados no âmbito castrense.

Considerando que, nos termos da mudança legislativa implementada pela Lei nº 13.491/17, os fatos praticados nas situações descritas no art. 9º, II e III, do CPM passam a ser de competência da Justiça Militar, cumpre à Autoridade de Polícia Judiciária (leia-se, o Delegado de Polícia Federal ou o Delegado de Polícia Civil, conforme o caso) declinar da atribuição em relação à investigação dos mencionados crimes militares, remetendo o procedimento à Autoridade de Polícia Judiciária Militar com atribuição para prosseguir na apuração.

4. Da Alteração Promovida pela Lei nº 13.491/17 no Art. 9º, Parágrafos 1º e 2º, do Código Penal Militar

No que tange à alteração de competência com relação aos crimes dolosos contra a vida de civil praticados por Militares das Forças Armadas, cumpre apontar a diferença entre as redações do dispositivo:

Código Penal Militar – Decreto-Lei nº 1.001/69	
Redação Anterior à Lei nº 13.491/17	Redação Dada Lei nº 13.491/17
<p>Art.9º. Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:</p> <p>[...]</p> <p>Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo <i>quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil serão da competência da justiça comum</i>, salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art.303, da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica).</p>	<p>Art.9º. Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:</p> <p>[...]</p> <p>§ 1º. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, são da competência do <i>Tribunal do Júri</i>.</p> <p>§ 2º. Os crimes de que trata este artigo, <i>quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das forças armadas contra civil, serão da competência da justiça militar da união</i>, se praticados no contexto:</p> <p>I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa;</p> <p>II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou</p> <p>III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal [...].</p>

5. Do Direito Intertemporal

Conforme abordado logo no início deste estudo, a Lei nº 13.491/17 possui um caráter híbrido, uma vez que veicula norma de natureza *penal* e também de feição *processual penal*, o que exige uma incidência temporal diversa, a depender do conteúdo do preceito normativo sob exame. Nesse sentido, a norma de natureza *penal* submete-se aos Princípios de Direito Penal, dentre os quais o da *irretroatividade da lei penal mais severa* (art. 5º, XL, da CF/1988). Em tal contexto, forçoso reconhecer que eventual mudança introduzida pela Lei nº 13.491/17 somente poderá incidir sobre fatos ocorridos antes de sua vigência se for mais benéfica ao réu, situação a ser cotejada diante do caso concreto.

No que concerne ao aspecto *processual penal* das modificações implementadas pela Lei nº 13.491/17, a aplicação normativa ocorre de forma imediata, tendo em vista o disposto no art. 5º do CPPM (“*As normas deste Código aplicar-se-ão a partir da sua vigência, inclusive nos processos pendentes, ressalvados os casos previstos no art. 711, e sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior*”) e no art. 2º do CPP (“*A Lei Processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior*”).

Quanto à incidência da Lei nº 13.491/17 aos processos em andamento na Justiça Comum e às investigações em trâmite, cumpre registrar a existência de três posições doutrinárias: a) uma posição sustenta a *imediata* aplicação da parte *processual penal* da Lei (com fulcro no art. 5º do CPPM e no art. 2º do CPP), sendo que o segmento *penal* somente seria aplicada aos crimes cometidos *após* a entrada em vigor da Lei nº 13.491/17. Nesse sentido, haveria a alteração da competência e, na Justiça Militar, *seria aplicada a norma penal mais benéfica*, de acordo com o Código Penal Militar e a Legislação Penal em geral; b) uma segunda concepção assevera que *a norma não pode ser dividida* e, portanto, deve ser aplicada, na sua *totalidade*, a todos os casos (anteriores e posteriores), sob o argumento (*equivocado*) de que a alteração da competência seria *mais benéfica*, o que nem sempre ocorrerá; c) um terceiro entendimento afirma que *a norma não pode ser dividida*; entretanto, ela também *não* pode incidir sobre os fatos anteriores à vigência legal, *sempre que contiver matéria penal prejudicial*, posição que nos afigura a mais correta.

Recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do Conflito de Competência nº 160.902/RJ, da Relatoria da Min. LAURITA VAZ, datado de 12/12/2018, DJe de 18/12/2018, manifestou-se sobre o tema:

1. Hipótese em que a controvérsia apresentada cinge-se à definição do Juízo competente para processar e julgar crime praticado, em tese, por militar em situação de atividade contra patrimônio sob a administração militar antes do advento da Lei nº 13.491/2017.

2. A Lei nº 13.491/2017 promoveu alteração na própria definição de crime militar, o que permite identificar a natureza material do regramento, mas também ampliou, por via reflexa, de modo substancial, a competência da Justiça Militar, o que constitui matéria de natureza processual. É importante registrar que, como a lei pode ter caráter híbrido em temas relativos ao aspecto penal, a aplicação para fatos praticados antes de sua vigência somente será cabível em benefício do réu, conforme o disposto no art. 2º, § 1º, do Código Penal Militar e no art. 5º, inciso XL, da Constituição da República. Por sua vez, no que concerne às questões de índole puramente processual – hipótese dos autos –, o novo regramento terá aplicação imediata, em observância ao princípio do tempus regit actum.

3. Tratando-se de competência absoluta em razão da matéria, e considerando que ainda não foi proferida sentença de mérito, não se aplica a regra da perpetuação da jurisdição, prevista no art. 43 do Código de Processo Civil, aplicada subsidiariamente ao processo penal, de modo que os autos devem ser remetidos para a Justiça Militar.

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Auditor da 4.ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar do Estado do Rio de Janeiro, ora Suscitante.

6. Conclusão

Em que pesem as diversas controvérsias que incidem sobre a Lei nº 13.491/17, notadamente no que se refere à ampliação dos denominados *crimes militares (por extensão)*, o melhor entendimento, a nosso ver, é que as alterações promovidas pela aludida Lei estão em perfeita sintonia com a Constituição Federal de 1988, sobretudo se considerarmos que a *mens legis* foi tão somente promover uma atualização do conceito (*ex vi legis*) de crime militar, adequando-o à realidade nacional vigente, na qual se observa o frequente emprego das Forças Armadas em missões de diversas natureza, entre as quais a chamada Garantia da Lei e da Ordem (GLO).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. BRASIL. Congresso Nacional. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1941*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 mai. 2019.
2. _____. *Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969*. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001Compilado.htm>. Acesso em: 24 mai. 2019.
3. _____. *Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969*. Código de Processo Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm>. Acesso em: 25 mai. 2019.
4. _____. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 25 mai. 2019.
5. _____. Congresso Nacional. *Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965*. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14898.htm>. Acesso em: 25 mai. 2019.
6. _____. Congresso Nacional. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 26 mai. 2019.
7. _____. Congresso Nacional. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 26 mai. 2019.
8. _____. Congresso Nacional. *Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997*. Define os crimes de tortura e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm>. Acesso em: 24 mai. 2019.

_____. Congresso Nacional. *Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997*. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503.htm>. Acesso em: 24 mai. 2019.

_____. Congresso Nacional. *Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003*. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm>. Acesso em: 27 mai. 2019.

_____. Congresso Nacional. *Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017*. Altera o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113491.htm>. Acesso em: 24 mai. 2019.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. *Conflito de Competência nº 160.902/RJ*. Relatoria da Min. Laurita Vaz, julgamento em 12/12/2018, DJe de 18/12/2018. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=160902&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 26 mai. 2019.

A LEI Nº 13.827/2019 E SEUS REFLEXOS NA SISTEMÁTICA DA LEI MARIA DA PENHA

Luciana Fiala de Siqueira Carvalho¹

Desde 13/05/2019 encontra-se em vigor a Lei 13.827/2019 que autoriza a concessão de Medida Protetiva de Urgência consistente em afastamento do lar pela autoridade policial, alterando a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006).

Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida:

I - pela autoridade judicial;

II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou

III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia.

§1º Nas hipóteses dos incisos II e III do caput deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente.

¹ Juíza Titular do V Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, da Capital do Estado do Rio de Janeiro e integrante do quadro de juízes do CEDES.

§2º Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso.

Entende-se do novo diploma legal a possibilidade do delegado de polícia ou mesmo do policial de determinar o afastamento do lar, domicílio ou local de convivência, do suposto autor de violência doméstica, se verificado risco atual ou iminente à vida ou integridade física da mulher vítima ou de seus dependentes.

Muito se falou acerca da inconstitucionalidade do projeto de lei complementar 94/18 que deu origem à norma em exame. Ao mesmo tempo em que a Lei Maria da Penha, fruto de duas Convenções Internacionais: Convenção sobre a eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres da ONU (1979) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher da OEA (1994), direciona para o acesso à justiça às mulheres vítimas de violência doméstica, implementando ação afirmativa direcionada a quem historicamente sofre opressão, esta não poderia ser usada como fundamento para violação dos direitos fundamentais de locomoção, liberdade e inviolabilidade do domicílio sem o devido processo legal no qual se exerce a jurisdição.

Resta claro que a violência doméstica contra a mulher consiste em grave violação de direitos humanos a reclamar o desenvolvimento de políticas que garantam os desideratos de extirpar qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência e opressão cujas destinatárias tenham sido mulheres em situação de vulnerabilidade.

Por outro lado, para tanto, não se poderia admitir que funções tipicamente jurisdicionais venham a ser exercidas por autoridade policial, o que afrontaria a Constituição Federal e o próprio Estado de Direito, além de macular a tripartição de poderes e o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição.

Mais precisamente, este posicionamento, leva em conta que por mais que se pretenda resguardar a mulher vítima de violência doméstica, este preceito não autoriza que a autoridade policial venha a agir como Juiz, afastando o suposto agressor da própria casa ou do local de convivência com a vítima, sem o devido processo legal. Certo que qualquer

privação de direitos e garantias individuais só pode se dar por decisão judicial escrita e fundamentada (artigo 93, IX, da Constituição Federal).

Segundo este entendimento, a Lei nº 13.827/2019 atropelou estes preceitos constitucionais de forma indevida e em claro desrespeito a sistemática legal capitaneada pela Constituição Federal de 1988.

Com escopo na proteção a qualquer custo da mulher em situação de violência doméstica, outros veem a nova lei como um avanço na medida em que prevê um controle jurisdicional diferido (no máximo 24 horas a medida deve ser comunicada ao Juiz). Argumenta-se que não caberá essa atuação do delegado quando houver Juiz de plantão e o Município for sede de comarca. Da mesma forma, o policial só poderá aplicá-la se além do supramencionado requisito também não houver delegado de polícia “disponível no momento da denúncia”.

Este controle jurisdicional diferido, conforme entendem os favoráveis ao novo diploma legal teria o escopo de preservar a Reserva da Jurisdição, uma vez que ao juiz caberia manter ou revogar a medida de iniciativa da autoridade policial. Argumenta-se que a última palavra caberia ao Juiz e concomitantemente privilegiar-se-ia a dignidade da pessoa humana amparando-se a mulher vítima de violência doméstica. Em síntese, na colidência dos Princípios Constitucionais já mencionados prevaleceria o princípio da dignidade da pessoa humana.

Merece ser pontuado que a Lei 13.827/2019 inseriu o artigo 12C na Lei 11.340/2006, situando-o no capítulo que trata do atendimento à vítima pela autoridade policial. Já as medidas protetivas de urgência encontram-se no campo atinente aos procedimentos que podem ser tomados pelo Juiz quando do recebimento dos processos relativos a violência doméstica contra a mulher (artigos 22, 23 e 24 da Lei n.º 11.340/2006).

Disso subtende-se que a “*ratio legis*” da Lei Maria da Penha previa aplicação de Medidas Protetivas de Urgência unicamente pela autoridade judicial.

No mesmo diapasão, tem-se que o afastamento do suposto autor do fato do lar ou do convívio com a ofendida não representa a única forma de cautelar protetiva passível de ser deferida à vítima de violência doméstica. A Lei Maria da Penha elenca uma série de

cautelares (de caráter cível e criminal) de que pode o juiz lançar mão a requerimento da vítima, do Ministério Público ou mesmo de ofício.

Entre as medidas mais comuns na prática do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher encontram-se a proibição de aproximação e de contato do suposto autor do fato com a vítima. Entendo estas últimas menos gravosas ao agressor do que o afastamento do lar. No entanto, a Lei nº 13.827/2019 não previu a aplicação destas medidas pela autoridade policial, mas tão somente o que é considerado mais sacrificante ao suposto agressor, sem processo, sem procedimento e com controle judicial diferido.

O argumento que, para alguns, embasa e legitima o controle judicial tardio toma como exemplo a prisão em flagrante que é lavrada pelo delegado de polícia podendo este validá-la ou não, se for praticada por policiais, cabendo ao Juiz a última palavra acerca da regularização do flagrante.

Paradoxalmente, partindo-se deste exemplo questiona-se: não deveria a autoridade policial prender em flagrante o agressor que estivesse colocando em risco atual ou iminente a vida ou a integridade física da mulher? Isto, sem sombra de dúvidas, o afastaria compulsoriamente da vítima.

Se assim acontecesse verificar-se-ia igualmente o controle jurisdicional *a posteriori*, como é de praxe, da prisão em flagrante, sem necessidade legal de autorizar o policial a “separar” compulsoriamente vítima e agressor através da imposição de Medida Protetiva Específica.

Estas considerações não se mostram insensíveis à realidade brasileira de país continental com cantões muitas vezes desprovidos de juízes e delegados que possam imediatamente oferecer proteção à mulher vulnerável à violência doméstica, que não pode ficar a mercê da opressão do agressor por falta de presença estatal.

Inobstante a este combalido argumento não há como refutar que o correto seria o cidadão ter acesso ao Poder Judiciário com maior número de magistrados, instalação de comarcas onde não existem, implantação da rede de atendimento à mulher em todo o território nacional. No entanto, privilegia-se propiciar o exercício de atividade tipicamente jurisdicional a Agente do Poder Executivo, o que indica lógica duvidosa.

Não se olvide das consequências que podem advir da prática ditada pelo Novo Diploma legal.

A Consolidação Normativa da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em seu artigo 352-D, parágrafos 1º e 2º (este alterado pelo Provimento 74/2015) prevê urgência no cumprimento do mandado de intimação do suposto autor do fato das medidas protetivas de urgência deferidas à vítima, o qual deve ser cumprido pelo Oficial de Justiça de plantão. Indaga-se: como se daria a intimação do afastamento do lar deferido por autoridade policial? No prazo supra ou se aguardaria a confirmação da ordem pelo Juiz no prazo estabelecido na Lei nº 13.827/2019?

Pensa-se que a segunda hipótese tornaria inócua a nova medida implementada pela lei e comento. Caso o próprio policial proceda a intimação do autor do fato este prazo seria concomitante ao lapso temporal necessário ao controle jurisdicional diferido, ou seja, a comunicação ao Magistrado competente da decisão da autoridade para que venha confirmá-la ou não.

Estes aspectos teriam reflexo na incidência do artigo 24-A, da Lei Maria da Penha.

Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei: (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018)

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos. (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018)

§1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas. (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018)

§2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança. (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018)

§3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis. (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018)

Note-se que o único crime previsto na Lei nº 11.340/2006 menciona o descumprimento de medida protetiva de urgência deferida por autoridade judicial.

Surge, então, outra controvérsia no que diz respeito a medida protetiva de urgência deferida por autoridade policial. Esta comportaria tipificação do crime de descumprimento de MPU?

Entendo que a comprovação da intimação do autor do fato acerca da medida protetiva de urgência deferida é requisito para configuração de eventual crime previsto no artigo 24-A da Lei nº 11.340/2006. Indo além, na prática dos Juizados de Violência Doméstica questiona-se se esta intimação deveria ser pessoal ou valeria a intimação tácita, quando um patrono (mesmo que sem poderes explícitos na procuração para receber intimação pelo constituinte) faz postulações, nos autos, após o deferimento da medida protetiva de urgência.

Desdobra-se a questão controvertida para verificar-se a hipótese do suposto autor do fato ser intimado pelo Delegado acerca da medida de urgência restritiva que o obriga e, no caso da confirmação da mesma pelo Juiz, nova intimação (pessoal, tecnicamente mais adequada) ser necessária ante a ratificação efetuada pelo Magistrado.

Fato é que a gama de variáveis fáticas passíveis de ocorrerem ao longo do período de vigência da Lei nº 13.827/2019 só serão aquietadas, diante das controvérsias que ensejam, com a posição jurisprudencial que vier a ser preponderante ao longo do tempo.

Quiçá a Resolução nº 284 do Conselho Nacional de Justiça possa auxiliar ou ao menos inserir um padrão razoável a embasar o que seria o “risco eminente de violência Doméstica e Familiar contra a Mulher” a legitimar a atuação da autoridade policial ao determinar o afastamento do lar ou do local de convivência com a ofendida do suposto autor do fato. Esta Resolução criou o Formulário Nacional de Avaliação de Risco de violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, em vigor em todo o território Nacional desde 05/06/2019. Este formulário tem por desiderato fundamentar decisões que se baseiam no perigo que a vítima de violência doméstica corre em relação ao suposto agressor. Se bem aplicado pode servir como norte para pronta atuação do Estado, imprescindível a salvaguarda da mulher vítima de violência doméstica restringindo a discricionariedade da autoridade policial na avaliação da situação de vulnerabilidade da vítima a ensejar a medida protetiva de afastamento do lar do suposto autor do fato, tornando a análise mais objetiva.

Todavia, só o tempo dirá se será aplicado para os fins a que se destina.

Veja-se, no mesmo caminho, que andou bem a Lei nº 13.827/2019 ao instituir o Cadastro Nacional das medidas protetivas de urgência com acesso ao Ministério Público, Defensoria Pública e aos órgãos de segurança pública e de assistência social.

Art. 38-A. O juiz competente providenciará o registro da medida protetiva de urgência.

Parágrafo único. As medidas protetivas de urgência serão registradas em banco de dados mantido e regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça, garantido o acesso do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos órgãos de segurança pública e de assistência social, com vistas à fiscalização e à efetividade das medidas protetivas.

Trata-se de outra tentativa de melhor controlar as medidas protetivas de urgência deferidas, bem como eventual descumprimento das mesmas. Tudo com escopo no Princípio da Proteção Integral à vítima de Violência Doméstica.

De acordo com os dados do 12º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, em 2017 foram registrados 221.238 casos de lesão corporal dolosa enquadrados na Lei Maria da Penha, o que representa uma média de **606** casos por dia.

Foram, ainda, contabilizados **60.018 estupros** em 2017, um aumento de 8,4% em relação a 2016. Em 2017 ocorreram **4.539** homicídios de mulheres, o que representa um aumento de 6,1% em relação ao ano anterior. Desse total, **1.133** foram registrados como **feminicídios**.

Em 2018, no RJ, houve um total de **71 feminicídios** e de **288 tentativas de feminicídio**. Em média, **a cada cinco dias**, pelo menos uma mulher foi vítima de feminicídio no RJ. Também houve, em média, **a cada dois dias**, pelo menos uma tentativa de feminicídio.

Caminharia melhor à Lei Maria da Penha antes da Lei nº 13.827/2019, posto que esta última não representa inovação tamanha se comparada às possibilidades já previstas em nosso sistema processual penal das quais pode fazer uso a autoridade policial

quando se depara com risco atual ou eminente a vida ou integridade física da mulher vitimada pela violência doméstica.

Toda esta controvérsia deu origem a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.138, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros, cujo relator é Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes. O relator imprimiu rito simplificado a ADI não suspendendo de imediato a aplicação da nova lei, objetivando submetê-la ao Plenário do Tribunal sem apreciação da liminar.

Resta saber se a Lei 13.827/2019 será tida como institucionalização do Estado Policialesco, abrindo as portas para outros diplomas legais autorizarem a terceiros, que não o Poder Judiciário, a exercerem a função primária atinente aos Juízes sem a imprescindível independência e imparcialidade que embasa a atuação jurisdicional, o que, inclusive, macularia o Princípio da Separação de Poderes.

Aguardemos o resultado da ADI 6138.

MEDIDAS PROTETIVAS CONCEDIDAS PELO DELEGADO DE POLÍCIA OU OUTROS POLICIAIS - AMB-ADIN nº 6138

Janaina Pereira Pomposelli¹

A Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres da ONU, de 1979, e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher da OEA, de 1994, impõe a implementação de políticas de ação afirmativa a fim de viabilizar não só o acesso à Justiça das mulheres vítimas de violência doméstica como a sua proteção integral.

Nesse sentido direcionou-se a Lei Maria da Penha, Lei nº Lei 11.340/2006, alterada pela Lei 13.827/2019, que considerou a violência doméstica contra a mulher como grave violação de direitos humanos e do princípio da dignidade da pessoa humana. Não só a violência física é refutada, mas, de igual modo, a violência psíquica, sexual e as demais constantes da referida lei.

Desse modo, ao delegado de polícia e, onde não houver essa autoridade, aos policiais civis ou militares (a lei não faz distinção) foi deferido o poder de determinar o afastamento de agressores do lar, do domicílio ou de local de convivência, desde que verificado risco atual ou iminente à vida ou integridade física da mulher vítima ou de seus dependentes.

Internacionalmente entende-se adequada esta ampliação, mas se demonstra, por outra ótica, a inexistência, por parte do poder público, do suprimento das demandas

¹ Juíza Titular da 2ª Vara Criminal da Comarca de Cabo Frio e integrante do quadro de juízes do CEDES.

das políticas públicas para o cidadão e, neste caso, da falta de proteção integral à vítima de violência doméstica. Atacar-se-ia, portanto, a consequência, e não a questão de fundo.

De maneira sutil sobreveio este Projeto de Lei, hoje incorporado na Lei nº 13.827/2019, pois o antigo Projeto de Lei nº 13.505/2017 sofreu veto presidencial, impedindo-se a autorização de medidas protetivas de urgência à mulher vítima de violência doméstica pelo delegado de polícia.

A Lei nº 13.827/19 permite que os delegados ou policiais, civis e militares, determinem o afastamento do homem agressor do lar conjugal, não o permitindo em relação às demais cautelares, nos municípios onde não houver comarca, como, no caso do Estado do Rio de Janeiro, os municípios de Aperibé e Quatis, ensejando diversidade de posicionamentos antagônicos sobre a constitucionalidade da determinação da medida pelos delegados de polícia e demais policiais, ferindo o princípio da reserva legal, o princípio da jurisdicionalidade ou da inafastabilidade da jurisdição; o princípio da isonomia e o da separação dos poderes, do que se infere o Estado Democrático Brasileiro.

A Constituição Federal de 1988 prevê, no artigo 5º, inciso XXXV, no rol de direitos e garantias fundamentais, o princípio da inafastabilidade da jurisdição: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O acesso à Justiça visa à entrega da prestação jurisdicional para garantir a tutela de direitos, permitindo-se a concretização dos direitos materiais. Do acesso à justiça decorre a provocação do Poder Judiciário que deverá garantir a tutela jurisdicional com efetividades, do que se extrai o dever do Estado de garantir, de forma efetiva, a materialização dos direitos, fazendo-se Justiça.

Assim, derrubam-se as barreiras que prejudiquem o acesso, como a ausência do Poder Judiciário em algumas extensões do imenso território brasileiro, sendo necessária a efetivação de medidas para conferir a exequibilidade dos direitos, de uma tutela efetiva.

Não se olvide a manutenção dos padrões constitucionais e legais para se angariar a tutela efetiva ao direito pretendido, não se autorizando o dismantelamento de um sistema jurídico somente para lograr efetivar a proteção integral à vítima, como no caso em comento.

Considerando o princípio da preponderância de interesses, impõem-se intervenções restritivas nos direitos fundamentais do agressor a fim de atender ao interesse social, na preservação da integridade física e moral da vítima de violência doméstica, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, sob a ótica da proporcionalidade e da adequação teleológica. Ao sopesar os princípios em jogo, aplica-se o que preponderar, de modo a salvaguardar o bem jurídico de maior relevância no caso posto.

O lapso temporal que se dará entre o início da relação entre autor e vítima, até o seu findar com o provimento final efetivo é fator de preocupação a ensejar necessária intervenção inicial, inclusive em relação pré-processual, sob pena de constituir denegação de justiça, necessitando-se de uma providência urgente e provisória, de cognição não exauriente.

No sistema brasileiro, em regra, somente o juiz poderia decretar medidas cautelares. Posicionamentos contrários argumentam que ao se permitir essa extensão na concessão de medida protetiva estariam viabilizando aos mencionados personagens, futuramente, a aplicação de outras cautelares, espécies de prisões e concessão de liberdade. Alegam um desvirtuamento do Estado Democrático de Direito, das funções e do sistema de freios e contrapesos, pois seriam atribuídas funções do poder Judiciário a agentes públicos do Poder Executivo, sem conhecimento “técnico-jurídico”, desprovido do dever funcional de imparcialidade e da garantia constitucional da inamovibilidade, inerentes, principalmente, no que se refere aos policiais.

Haveria invasão do legislador ordinário nas atribuições constitucionais e legais previstas, que deixa o delegado de polícia responsável pela direção da persecução penal para apurar a autoria e materialidade delitiva. Violação a toda sistemática ao permitir que policiais em geral apliquem as medidas protetivas, abrindo margem para usurpação da atividade técnico-jurídica atribuída ao delegado de polícia de carreira e “coloca em xeque o princípio ínsito a qualquer atividade policial que é o princípio da hierarquia, a partir do momento que amplia essa esfera de possibilidade com “chancela legal””.

Permite que policiais sem experiência jurídica e sem formação jurídica na maioria das vezes, procedam à avaliação inadequada, deixando de aplicar de forma

restritiva a medida que é de exceção, como desejaram impor a realização de R.O., B.O. por outros policiais que não a Polícia Judiciária.

Neste aspecto, a inconstitucionalidade da medida de afastamento pelos policiais, civis ou militares, é patente, não nos parecendo, no entanto, como dito anteriormente, pelo delegado de polícia, cujo rol de funções permite a restrição de liberdade do autor em estado de flagrância e concessão de liberdade mediante fiança, sempre em decisão motivada, com análise posterior pelo Poder Judiciário.

Ressalte-se a existência de normas a firmar o princípio da reserva no art. 5º da CR., inciso XI – A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em flagrante delito ou desastre [...], ou durante o dia, por determinação legal [...], inciso LIV – “ninguém será privado de liberdade e de seus bens sem o devido processo legal”.

Confira-se, por exemplificação, o que dizia Renato Brasileiro antes da edição da Lei nº 13.827/2019:

*Pelo princípio da jurisdicionalidade, a decretação de toda e qualquer espécie de provimento cautelar está condicionada à manifestação fundamentada do Poder Judiciário (...). Se a Constituição Federal enfatiza que ‘ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’ (art. 5º, LIV), que ‘ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente’ (art. 5º, LXI), que ‘a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juízo competente’ (art. 5º, LXII), que ‘a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária’ (art. 5º, LXV) e que ‘ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança’ (art. 5º, LXVI), fica evidente que a Carta Magna **impõe a sujeição de toda e qualquer medida cautelar à apreciação do Poder Judiciário**. Não por outro motivo, dispõe o art. 19, caput, da Lei Maria da Penha, que as medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da*

*ofendida. Em face desses dispositivos, depreende-se que a restrição à liberdade de locomoção do agressor inerente à aplicação dessas medidas deve resultar não simplesmente de uma ordem judicial, mas de um provimento resultante de um procedimento o contraditório e a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, a publicidade e, sobretudo, nessa matéria, a obrigatoriedade de motivação (jurisdicionalidade em sentido estrito). Destarte, considerando que todas essas medidas protetivas de urgência afetam, direta ou indiretamente, a liberdade de locomoção, ora com maior, ora com menor intensidade, podendo inclusive ser convertidas em prisão preventiva diante do descumprimento das obrigações impostas (CPP, art. 313, III), não se admite que possam ser decretadas por outras autoridades que não o juiz qualificado por garantias mínimas, como a independência e a imparcialidade do juiz, competente (v.g, Comissões Parlamentares de Inquérito). (LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 4ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 928). **Grifei.***

A favor da inconstitucionalidade da Lei nº 13.827/19 surge a vertente inerente à competência para a concessão de medidas protetivas de urgência, sendo exclusiva da autoridade judiciária por envolver restrição a direitos fundamentais. No entanto, há controvérsia ao argumento de que a exclusividade do Poder Judiciário é quanto à prisão fora das hipóteses de flagrante delito, de transgressão militar ou de crime propriamente militar (art. 5º, LXI, da CF), sendo nestes casos necessária a comunicação ao juiz, que poderá relaxá-la, mantê-la ou conceder liberdade provisória com ou sem medidas cautelares diversas da prisão, havendo controle diferido.

Ademais, o delegado de polícia poderia conceder medida cautelar diversa da prisão, como é o caso do arbitramento de fiança nas infrações cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 04 (quatro) anos, art. 322 do C.P.P., assim como deixar de lavrar o auto de prisão em flagrante face à ilegalidade de prisão captura.

Em todas as hipóteses as determinações do delegado são revistas pelo magistrado. Note-se que é a autoridade policial que restringe de imediato a liberdade de

ir e vir do indiciado, analisados e preenchidos requisitos, lavrando-se o APF, com verificação judicial posterior segundo a doutrina abaixo transcrita:

No entanto, o art. 12-C estabelece uma hipótese de jurisdicionalidade postergada, postecipada ou diferida (CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Lei 12.403 Comentada - Medidas cautelares, prisões provisórias e liberdade provisória. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013, p. 23). Isso porque, segundo o § 1º do dispositivo, em até 24 horas após a autoridade policial impor o afastamento do lar, o juiz deverá ser comunicado sobre a situação e terá também 24 horas para decidir se mantém ou revoga a medida aplicada. Desse modo, a decisão sobre a medida continua sendo do Poder Judiciário.

Além disso, é preciso que seja feita uma **ponderação dos interesses protegidos**. A cláusula de jurisdicionalidade das medidas cautelares existe como garantia do investigado ou réu, até mesmo como decorrência do devido processo legal. Mas, se a situação ocorre em um município que não é sede de comarca, a exigência da jurisdicionalidade prévia geraria um risco de dano irreversível ao bem jurídico de maior importância do ordenamento jurídico, qual seja, a vida e a integridade física da vítima.

Ressalte-se, ainda, que a restrição aos bens jurídicos do agressor é mínima, considerando que só é permitida a imposição de uma medida protetiva de afastamento do lar, não havendo, desse modo, risco de dano irreparável caso o magistrado entenda pela revogação da imposição deferida pela autoridade policial.

Outra vertente do impasse constitucional se dá quanto à constitucionalidade por violação ao princípio da isonomia, tese de que o aludido art. 12-C seria inconstitucional por afrontar o mencionado princípio, ainda que a preocupação seja a maior proteção, pois a lei somente permite ao delegado determinar o afastamento do agressor do lar nos municípios que não são sede de comarca.

Assim, as vítimas que moram em municípios onde há comarcas instaladas teriam uma proteção menor, pois teriam que esperar por uma decisão judicial, o que demoraria mais do que a imposição direta da medida pelo delegado de polícia.

Então, a Lei teria tratado de forma desigual as vítimas de violência doméstica. Em cidade com comarca, 96 horas para decisão, e em cidade sem comarca, 24 horas, abaixo discutida. Para receber a medida protetiva mais rapidamente a mulher irá ao município sem comarca.

O fato de ser sede da comarca não implica dizer que haverá a concessão imediata de medida protetiva de urgência, pois a Lei Maria da Penha concede o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para que o delegado de polícia remeta ao juiz o pedido da ofendida para a concessão de medidas protetivas de urgência (art. 12, III), além de prever o prazo de mais 48 (quarenta e oito) horas para o juiz decidir (art. 18). Ou seja, para as mulheres que residem em cidades menores, sem a presença de um juiz, haverá afastamento imediato do agressor do lar, mas para as cidades que contam com a presença do juiz, o tempo na análise será maior.

Em outra vertente, mediante o princípio da proporcionalidade e da efetividade da medida, esta disparidade não é desprezível, pois permite que a integridade física e moral da vítima seja preservada e, como dito anteriormente, há preponderância de interesses constitucionais a serem firmados, pensando-se que o direito material, a vida da mulher, foi alcançado, ainda que de modo sumário, pois a rede de assistência e de proteção às mulheres vítimas de violência doméstica ainda é insuficiente para garantir uma proteção plena.

Ressalte-se que o princípio da jurisdicionalidade é preservado ainda que a análise jurisdicional seja diferida, como nos casos de restrição ao direito de ir e vir (prisão em flagrante) e de bens.

A título de argumentação perquirem-se presentes os requisitos para a aplicação de medida tão drástica de afastamento, também se estaria diante da motivação necessária para a determinação da prisão em flagrante do agressor, já se refutando a questão porque, em determinados casos, ausentes os requisitos e, portanto, sem adequação às hipóteses de flagrante delito, sendo, no entanto, necessária a aplicação do afastamento do agressor.

A aplicação de medida de afastamento pelo delegado de polícia é de interesse público, reduzindo o lapso temporal de aplicação da medida na sede inquisitiva, defendendo-se a efetiva materialização do direito da vítima, com celeridade e urgência, ainda que se restrinja um direito fundamental do suposto agressor, face à preponderância de interesses sopesados, sendo a proporcionalidade um conceito a ser imposto na análise do caso concreto.

Neste vértice, a aplicação de medida de afastamento pela autoridade policial permite o resguardo da intervenção mínima estatal, viabilizando ao delegado a não restrição da liberdade de ir e vir do autor. Se o ordenamento permite o mais, revela-se admissível a imposição de medida cautelar menos lesiva, sob a ótica da proporcionalidade e da intervenção mínima nos direitos fundamentais.

Ultrapassadas as questões inerentes à constitucionalidade supracitada, firmam-se outras demandas a serem analisadas, ainda que, neste trabalho, de forma sucinta.

A interpretação a ser dada “*aos seus dependentes*” do *caput* do art. 12-C, inserido pela nova lei nº. 13.827/2019 traz mais questões conflituosas:

Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida.

Indaga-se sobre a aplicação da Lei Maria da Penha se o dependente for criança ou adolescente do sexo masculino, face à conjunção alternativa “ou”, questionando-se se verificada a existência de risco à vida da mulher ou de qualquer dos seus dependentes (filhos ou filhas) o agressor poderá ser afastado do lar, ou somente se for a filha, e assim haveria ampliação do conceito de violência doméstica para a criança ou adolescente do sexo masculino, ampliando-se a competência da lei Maria da Penha.

Uma vez deferida a medida pelo delegado de polícia, seria feita a intimação/notificação ao autor do fato urgente, para não se tornar inócua a determinação e, ratificada ou não a medida pelo juiz, indaga-se sobre a necessidade de nova intimação,

agora com a análise do Poder Judiciário, que entendemos necessária, e, a partir desta, se descumprida a medida pelo autor, seria a sua conduta subsumida aos elementos do tipo penal descrito no art. 24 da lei Maria da Penha.

Porém, descumprida pelo agressor a medida determinada pelo delegado de polícia antes da análise judicial, a sua conduta se subsumiria somente ao art. 330 do Código Penal.

Outra situação por demais tormentosa será colocada quando do descumprimento da decisão judicial, que poderá ensejar a decretação da prisão preventiva – art. 313, inciso III do C.P.P., a multa e o crime do art. 24-A da Lei 11.340/06, no que diz respeito à sanção primária:

Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei

O crime se refere à decisão judicial, exigindo a intimação para o seu cumprimento. A medida provisória deferida pelo delegado ou policial possui título de decisão extrajudicial de natureza policial. A celeuma se direciona a subsunção da conduta do autor que fora intimado de decisão escrita de autoridade policial ao crime do art. 24 ou adequação do delito de desobediência do Código Penal.

Em que pese não se tratar do crime previsto no art. 24-A da Lei 11.340/06, quando o agressor descumprir a ordem de afastamento do lar emitida pela autoridade policial, o descumprimento caracteriza o crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal (desobediência), crime este de menor potencial ofensivo, que deverá ser julgado no Juízo de Violência Doméstica, em razão da especificidade da violência de gênero.

Com efeito, a conduta do agressor que descumpra a medida determinada pelo delegado de polícia, antes da ratificação pelo juiz se subsumirá ao crime de desobediência, mas tão somente se não houver imposição de medida em lei das consequências do descumprimento, em consonância com jurisprudência pacífica (Cf. STJ - HC 305.409/RS,

Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 15/04/2016).

O § 4º do art. 282 do Código de Processo Penal assevera que:

No caso de descumprimento de qualquer das **obrigações impostas**, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

De extrema importância a interpretação sistemática a ser aplicada no novo § 2º do art. 12-C da Lei nº 11.340/2006, que não pode ser lido isoladamente das demais regras do ordenamento jurídico, devendo o intérprete determinar a possibilidade de concessão de liberdade provisória, pois somente a CR, art. 5º, inciso XLII, determina o que é inafiançável. Tirar do magistrado a possibilidade de conceder a liberdade é desproporcional e ofende a razoabilidade, tendo em vista a existência de penas pequenas como de ameaças, lesões simples, contravenção penal. Ademais, na ausência da necessidade da restrição de liberdade, há vedação constitucional para a manutenção do agressor na prisão, quando possível a aplicação de cautelares diversas.

Assim, mesmo que haja risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, o agente não poderá permanecer preso se tiver, por exemplo, praticado vias de fato (art. 21 do DL 3.688/41), considerando que a lei adjetiva não admite a prisão preventiva em caso de contravenção penal. Logo, a prática de contravenção penal, no âmbito de violência doméstica, não é motivo suficiente para justificar a prisão preventiva do réu (STJ. 6ª Turma. HC 437535-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Rel. Ac. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 26/06/2018).

Portanto, não caberá prisão preventiva se o risco à vítima ou à efetividade da medida protetiva puder ser solucionado com a concessão de medidas cautelares diversas da prisão, sendo exemplo a concessão de prisão domiciliar ao agressor (obviamente, em

residência diferente do lar da vítima). Isso porque o art. 12-C, § 2º, da Lei nº 11.340/2006 deve ser interpretado em conjunto com o art. 310, inciso II do CPP.

O Código de Processo Penal admite a decretação da prisão preventiva contra o autor de um crime envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher com o objetivo de garantir a execução das medidas protetivas de urgência:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

A jurisprudência, no entanto, aplica esse inciso III do art. 313 do CPP apenas nos casos em que o agente descumpra uma medida protetiva de urgência. O novo § 2º do art. 12-C antecipa a possibilidade de decretação da prisão preventiva. Isso porque afirma que a liberdade provisória deve ser negada se houver um “risco” à efetividade da medida protetiva de urgência.

É de ressaltar que o STF, ao longo dos últimos anos, declarou ser inconstitucional a vedação automática da liberdade provisória (vide HC 104339 e RE 1098325) e, este parágrafo, mais uma vez, suscitará discussões acerca da sua (in)constitucionalidade.

Outra mudança promovida e vista como positiva pela Lei 13.827/19 foi a inserção do art. 38-A na Lei Maria da Penha, segundo o qual:

38-A. O juiz competente providenciará o registro da medida protetiva de urgência. Parágrafo único. As medidas protetivas de urgência serão registradas em banco de dados mantido e regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça, garantido o acesso do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos órgãos de segurança pública e de assistência social, com vistas à fiscalização e à efetividade das medidas protetivas.

Se o banco de dados for mantido de maneira adequada e permitir efetivamente que as polícias judiciárias, entre outras forças policiais vinculadas à segurança pública, a ele tenham acesso, será bem-vindo para propiciar a difusão da sua existência, pontuando-se o cuidado necessário para observar se o autor do fato fora intimado, possibilitando a cobrança de seu cumprimento.

Note-se que não há previsão legal para que o Ministério Público conceda as medidas protetivas de urgência. Sempre que a autoridade policial conceder a medida, deverá, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, comunicar ao juiz competente, que terá 24 (vinte e quatro) horas para decidir sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente (art. 12-C, § 1º, da Lei nº 11.340/2006).

Dada a urgência da medida, o legislador optou por dispensar o juiz de ouvir o Ministério Público antes de decidir sobre a manutenção ou revogação da medida aplicada pela autoridade policial, pois a lei menciona que o juiz decidirá em 24 (vinte e quatro) horas e dará ciência ao Ministério Público.

Como posto na fundamentação esposada, muitas são as controvérsias a serem dirimidas pela doutrina e a jurisprudência, as quais serão firmadas ao longo do reexame dos casos que forem sendo postos e analisados futuramente.

Vingando a constitucionalidade da lei, a autoridade policial poderá se socorrer do Formulário Nacional de Avaliação de Risco de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, de observância obrigatória em resolução nº 284 do Conselho Nacional de Justiça, norteando a verificação do que se deva considerar “risco iminente” de violência doméstica, tornando a análise mais objetiva.

A autoridade policial possui, entre as suas funções, a possibilidade de restringir da liberdade de ir e vir do autor em estado de flagrância, assim como conceder liberdade mediante fiança e apreensão de bens, sempre em decisão motivada, com análise posterior pelo Poder Judiciário e, assim, o princípio da jurisdicionalidade é preservado ainda que a análise jurisdicional seja diferida.

Neste aspecto, a inconstitucionalidade da medida de afastamento pelos policiais, civis ou militares se impõe.

Como dito alhures, face à preponderância de interesses, impõem-se intervenções restritivas nos direitos fundamentais do agressor a fim de atender ao interesse social, na preservação da integridade física e moral da vítima de violência doméstica, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, sob a ótica da proporcionalidade e da adequação teleológica.

QUANDO O MP PEDE ABSOLVIÇÃO E O JUIZ CONDENA

Marcos Augusto Ramos Peixoto¹

Convidado a compor o Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no biênio 2019/2020 pelos eminentes Desembargadores Luiz Noronha Dantas na qualidade de Diretor Geral e Nildson Araújo da Cruz na qualidade de Diretor da Área Criminal, com muita honra aceitei o convite, sendo em seguida incumbido de tratar – o que tento fazer neste artigo – de questão profundamente controvertida na seara processual penal que gira em torno da possibilidade (ou não) de advir condenação pelo Poder Judiciário não obstante pedido absolutório deduzido pelo titular da ação penal de iniciativa pública.

A melhor doutrina processual penal pátria vem, mais recentemente, se pacificando no sentido de inadmitir a possibilidade de condenação na hipótese de pedido absolutório formulado pelo Ministério Público, entendendo desta forma não recepcionado o artigo 385 do Código de Processo Penal² frente ao sistema acusatório acolhido pelo ordenamento constitucional em vigor desde 1988.

Neste sentido, cito inicialmente Geraldo Prado³ (as notas no texto estão no original, ora transcrito):

¹ Juiz Titular da 37ª Vara Criminal e integrante do quadro de juízes do CEDES.

² Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

³ PRADO, Geraldo L.M.. *Sistema Acusatório*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 190.

Como o contraditório é imperativo para a validade da sentença que o juiz venha a proferir, ou, dito de outra maneira, como o juiz não pode fundamentar sua decisão condenatória em provas ou argumentos que não tenham sido objeto de contraditório, é nula a sentença condenatória proferida quando a acusação opina pela absolvição.⁴

O fundamento da nulidade é a violação do contraditório (artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República).

Como destaca Badaró, “a regra da correlação entre acusação e sentença é uma decorrência do princípio do contraditório”.⁵ Avançando sobre o tema, o culto professor paulista sublinha que, na atualidade, não é correto limitar a idéia – e o alcance – do contraditório apenas ao debate sobre questões de fato.⁶ Também as questões de direito estão afetadas ao contraditório, pois que podem estar marcadas pela controvérsia a ser esclarecida mediante escolha entre duas ou mais teses pertinentes ao mesmo tema.⁷

Assim, quando em alegações finais o Ministério Público opina pela absolvição do acusado o que ocorre em concreto, no processo, é que o acusador subtrai do debate contraditório a matéria referente à análise das provas que foram produzidas na etapa anterior e que possam ser consideradas desfavoráveis ao réu. Como a defesa poderá reagir a argumentos que não lhe foram apresentados? Esta é, em resumo, a

⁴ Não é este o entendimento do Supremo Tribunal Federal. No acórdão proferido em HC 82.844/RJ, 2ª Turma, Relator Min. Nelson Jobim, publicado em 28/05/04, fixou-se que é significativo o fato de o Ministério Público ter *sugerido* a absolvição do réu, *sugestão* acatada pelo juiz de primeiro grau, para determinar a absolvição. No caso o Assistente do Ministério Público recorreu da sentença absolutória e obteve a condenação em segundo grau. Esta condenação foi atacada por Habeas Corpus.

⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique R. Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*, São Paulo, RT, 2000, p. 27.

⁶ *Idem*, p. 32.

⁷ Exemplo disso é a questão sobre a insignificância de determinada ação não negada pelo réu. O único debate no processo pode ser acerca da qualificação de comportamento insignificante – e atípico – ou não. Negar o contraditório sobre este ponto é esvaziar o princípio constitucional e retornar ao tempo do paleopositivismo, abandonado pela ideologia de princípios da Constituição da República de 1988, no Brasil.

posição de Santiago Martínez, ao avaliar a posição dos tribunais argentinos sobre o assunto.⁸

Para Geraldo Prado, portanto, o pedido absolutório subtrai à defesa a possibilidade de contra argumentar os fundamentos de um pedido condenatório, logo, de uma condenação. Em outras palavras: se o Ministério Público pede a absolvição, uma condenação surpreenderia a defesa, que não teria o ensejo de rebater teses condenatórias que simplesmente **inexistiram**. Assim, condenar sem pedido condenatório violaria não só o contraditório como também a ampla defesa.

Alcançando a mesma conclusão, porém seguindo caminho diverso, Aury Lopes Jr. sustenta:

E por que, então, o juiz não pode condenar quando o Ministério Público pedir a absolvição?

Exatamente porque o poder punitivo estatal — nas mãos do juiz — está condicionado à invocação feita pelo Ministério Público através do exercício da pretensão acusatória. Logo, o pedido de absolvição equivale ao não exercício da pretensão acusatória, isto é, o acusador está abrindo mão de proceder contra alguém. Como consequência, não pode o juiz condenar, sob pena de exercer o poder punitivo sem a necessária invocação, no mais claro retrocesso ao modelo inquisitivo. Condenar sem pedido é violar, inequivocamente, a regra do fundante do sistema acusatório que é o *ne procedat iudex ex officio*. Também é rasgar o Princípio da Correlação, na medida em que o espaço decisório vem demarcado pelo espaço acusatório e, por decorrência, do espaço

⁸ MARTÍNEZ, Santiago. *La acusación como presupuesto procesal y alegato absolutorio del Ministerio Público Fiscal: observaciones sobre una cuestión recurrente*, Buenos Aires, Fabian J. Di Placido, 2003.

ocupado pelo contraditório, na medida em que a decisão deve ser construída em contraditório (Fazzalari).⁹

Ao argumento erigido por Prado, acima referido, poderia ser contraposta a seguinte linha argumentativa – e comumente o é por diversos órgão julgadores: por um lado, o pedido de condenação está na denúncia (não nas alegações finais) não podendo o Ministério Público dela desistir face ao princípio da obrigatoriedade e, por outro lado, salvo decisão do Supremo Tribunal Federal em contrário (ou do legislador, eventualmente revogando o dispositivo), presume-se constitucional e em vigor o que dita o artigo 385 do Código de Processo Penal ao estatuir que “nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição”. Logo, sendo isto de sabença do acusado ou, no mínimo, por sua defesa técnica, deverão ambos (o primeiro em sua autodefesa a segunda em suas peças processuais) erigir todas as teses defensivas que entendam cabíveis mesmo diante do pedido absolutório do órgão acusatório, inclusive em consonância ao princípio da eventualidade, não podendo, por tais razões, a defesa arguir prejuízo na hipótese de condenação mesmo em face de pedido de absolvição da acusação.

Neste sentido o relativamente recente posicionamento adotado, v.g., no seguinte aresto da e. 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, inclusive citando diversos precedentes daquela Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA ABSOLVIÇÃO. ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO DO JUIZ. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO.

⁹ LOPES JR., Aury, *Por que o juiz não pode condenar quando o Ministério Público pedir a absolvição?*, artigo no site Consultor Jurídico, <http://www.conjur.com.br/2014-dez-05/limite-penal-juiz-nao-condenar-quando-mp-pedir-absolvicao>, consultado em 05 de dezembro de 2014.

1. Nos termos do art. 385 do Código de Processo Penal, nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição.
2. O artigo 385 do Código de Processo Penal foi recepcionado pela Constituição Federal. Precedentes desta Corte.
3. Agravo regimental não provido.
(AgRg no REsp 1612551/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017)

Vale ressaltar que tal julgado, unânime, curiosamente foi proferido contra manifestação do Ministério Público Federal em segunda instância, assim ementada:

RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO RÉU PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA QUE CONDENOU O ACUSADO. NULIDADE. PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. NÃO RECEPÇÃO DO ART. 385 DO CPP PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. Como corolário do sistema processual penal acusatório, adotado pela Constituição Federal de 1988, o juiz não pode atuar de ofício, sendo vedada a condenação sem acusação penal.
2. O art. 385 do Código de Processo Penal, que prevê a possibilidade de condenação ainda que o Ministério Público tenha deliberado pela absolvição, não foi recepcionado pela Constituição de 1988. O enunciado só faz sentido em um sistema inquisitório, ou tendencialmente inquisitório, e não em um sistema acusatório, que deve primar pela imparcialidade dos julgamentos, como garantia fundamental dos acusados, essencial à realização do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição).

3. O princípio da obrigatoriedade da ação penal é nada mais que um aspecto do princípio da legalidade, segundo o qual a atuação do Ministério Público é pautada pela estrita vinculação à lei.

4. O processo de competência do Tribunal do Júri também é regido pelo princípio acusatório, de forma que somente os fatos alegados pelas partes em plenário merecem ser apreciados e julgados pelo Conselho de Sentença, sob pena de ofensa ao princípio acusatório e consequente nulidade do julgamento.

5. Pelo desprovimento do recurso especial.

O melhor argumento, contudo, parece residir na construção elaborada por Lopes Jr., ao nosso sentir insuperável: se o Estado Administração acusa (leia-se: propõe uma denúncia) dizendo "aqui, a princípio, há crime" e, ao final, encerrada toda a instrução e colhidas todas as provas sobre o crivo das garantias constitucionais pertinentes, diz "não, aqui não há crime" (ou qualquer outra das hipóteses contidas nos incisos do artigo 386 do Código de Processo Penal), isto importa em que **não teria sido proposta a ação desde o início** se houvesse clareza quanto ao fato já à época da propositura da inicial, i.e., que o Ministério Público pediria o **arquivamento** das peças de informação ou do Inquérito Policial diante das provas que só passaram a existir depois.

Desta feita, seria teratológico o Estado Juiz proferir sentença de condenação quando o Estado Administração **sequer acusaria!** Por outras palavras, se o processo visa esclarecer os fatos e, esclarecidos, a acusação se convence que sequer acusaria, não pode haver condenação se o processo, desde o início, sequer deveria ter sido deflagrado. Do contrário, restaria violado o princípio acusatório.

O mesmo se aplica aos casos em que não necessariamente restou comprovada a **inexistência** do fato ou da autoria imputada, mas também naqueles em que pairou dúvida razoável a ensejar o pedido absolutório, pois nessas situações o que afirma a acusação em sua alegação final é o seguinte: encerrada a instrução em Juízo não conseguimos suplantar a presunção constitucional de inocência, logo, continuamos aqui e agora no mesmo estágio inicial, pré-processual, inquisitorial, o que não é suficiente por si só para condenar.

Lembremos que o Código de Processo Penal deve ser analisado sob o foco constitucional e convencional, i.e., deve necessariamente passar pelo filtro de constitucionalidade e de convencionalidade para que sejam suas normas aplicadas. Pelo acima exposto, as regras que possibilitam a condenação apesar do pedido absolutório do Ministério Público não passam por tais filtros considerando as garantias fundamentais inerentes ao contraditório, à ampla defesa, ao devido processo legal e ao princípio constitucional acusatório, logo, **não foram recepcionadas pela ordem constitucional vigente ou são com ela incompatíveis.**

Tal entendimento é adotado pelo ora subscritor desde longa data, sendo que há algum tempo atrás passou por situação deveras interessante – para não usar adjetivo mais forte – a merecer aqui rápida menção.

Em determinado processo, finda a instrução, um certo promotor de justiça requereu a absolvição de um denunciado e, em sentença utilizando a extensa fundamentação acima, o réu foi absolvido. Neste meio tempo, entre as alegações finais absolutórias do Ministério Público e a prolação daquela sentença, nos idos de 2016 houve alteração na promotoria de justiça em exercício perante a 37ª Vara Criminal da Capital do Estado do Rio de Janeiro, na qual exerço a função de juiz titular desde 2013 e, de forma surpreendente, a nova promotora pública recorreu daquela sentença não em razão de discordar do entendimento de seu antecessor, i.e., não para pleitear a condenação do acusado, mas sim para obter tão somente a declaração de nulidade da sentença absolutória por alegada ausência de fundamentação, a fim de que outra, também de absolvição (já que não impugnou o mérito da sentença em observância ao princípio da eventualidade), fosse proferida.

Ressalte-se que isto lamentavelmente se tornou praxe diuturna: em inúmeros processos subsequentes, pleiteada pela acusação a absolvição e absolvido o réu sob aqueles argumentos, passou o Ministério Público a reiteradamente recorrer pleiteando a nulidade da sentença para que outra também absolutória fosse proferida, recursos estes sempre inadmitidos por evidente falta de interesse recursal (falta utilidade a um recurso da acusação contra absolvição para alcançar outra absolvição), do que então recorria o Ministério Público através de recursos em sentido estrito, alguns providos e outros

improvidos pela superior instância – saliento que para não prejudicar aos acusados em razão de desinteligências infrutíferas e meramente cerebrinas, verdadeira aventura processual *in malam partem* do órgão acusatório estatal, o Juízo passou a adotar aquela fundamentação e, para argumentar, passou também a adentrar na questão de mérito para, analisando os fatos, também fundamentar a absolvição sob tal ótica, cessando com isto aqueles recursos ministeriais.

Pois bem: em meio a tal (para dizer o mínimo) infrutífera celeuma, advieram dois julgados da mais alta pertinência e relevância. O primeiro, da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, reconheceu a mais que evidente inexistência de interesse recursal, restando assim ementado:

0057648-08.2015.8.19.0001 - APELAÇÃO

Des(a). ANTONIO CARLOS NASCIMENTO AMADO

Julgamento: 10/10/2017

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO DE PENSÃO E RENDIMENTOS DE IDOSO. ART. 102, DA LEI Nº 10.741/03, DIVERSAS VEZES, NA FORMA DO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO MINISTERIAL. Razões recursais do Ministério Público apontando *error in procedendo* por falta de indicação, na sentença, dos motivos de fato e de direito em que se fundou a decisão. Recurso ministerial embasado tão somente no aspecto formal da sentença, sem pleitear a reforma do decisum, seja para absolver, condenar ou requerer a extinção da punibilidade, não tendo esclarecido, nas razões, se está conformado com a absolvição ou se sua irresignação reside, unicamente, no fundamento da absolvição. Incompletas as razões do Ministério Público, sem elas torna-se impossível aferir o seu interesse recursal, já que não está evidenciada a utilidade que pretende com o seu inconformismo, assim entendida

como o proveito que a decisão seja capaz de propiciar ao recorrente. Recurso ministerial que não se conhece. Unânime.

Já o segundo aresto, oriundo da 5ª Câmara Criminal desse Tribunal de Justiça, trouxe a seguinte ementa:

0298564-42.2011.8.19.0001 - APELAÇÃO

Des(a). DENISE VACCARI MACHADO PAES

Julgamento: 16/02/2017

QUINTA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. ABUSO DE CONFIANÇA.

DA PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA - Sem razão ao Ministério Público ao requerer a nulidade da sentença sob o argumento de que: “(...) o MM. Juiz *a quo*, ao absolver o réu, o fez em evidente *error in procedendo*, pois deixou de indicar os "motivos de fato e de direito" em que se fundou a decisão, em evidente contrariedade ao inciso III do art. 381 do Código de Processo Penal e, em última análise, ao art. 93, inciso IX, da Constituição da República (...)”, pois, ao proferir o *decisum absolutório*, justificou o Magistrado sentenciante os motivos de fato e de direito em que fundamentou sua decisão, qual seja, a não recepção do artigo 385 do Código de Processo Penal pelo Ordenamento Constitucional em vigor.

Daí e, ao contrário do que afirma o *Parquet*, a absolvição do apelante contém a indicação pelo Julgador dos motivos de fato e de direito em que baseou a sua decisão, tudo com amparo no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e do artigo 381, inciso III, do Código de Processo Penal.

A seu turno, em que pese se tratar de questão controvertida, partilho da corrente doutrinária e jurisprudencial que defende que não está o

Magistrado vinculado ao posicionamento ministerial que requereu absolvição do acusado em sua derradeira manifestação, tendo liberdade de decidir, por força do princípio do livre convencimento motivado, sendo este, inclusive o entendimento sufragado pela Jurisprudência dos Tribunais Superiores. Ademais, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do artigo 385 do Código de Processo Penal, tudo a justificar a declaração de nulidade da sentença vergastada. Precedentes.

DA FRAGILIDADE PROBATÓRIA - A prova coligida aos autos é frágil e, pois, inapta a sustentar um decreto condenatório, diante das divergências apresentadas nos depoimentos das testemunhas. E havendo duas versões apresentadas em Juízo e sem que a prova coligida aos autos possa, com certeza, abraçar uma, ou outra, a melhor solução que se impõe é a absolvição do acusado, ressaltando-se, aqui, que, no processo penal, cabia ao Ministério Público a prova de que o acusado, efetivamente, praticou o delito de furto narrado na denúncia, ônus do qual, no caso destes autos, não se desincumbiu, impondo-se a aplicação dos princípios do *in dubio pro reo* e da presunção da inocência. Precedentes.

DESPROVIMENTO DO RECURSO

Deste último julgado se constata que apesar de não ter acolhido a (evidentemente incorreta) alegação preliminar de nulidade da sentença, não sufragou o entendimento por esta adotado ao expressamente sustentar, o acórdão, a recepção do artigo 385 do Código de Processo Penal.

Contudo, em outro aresto então proferido na Apelação Criminal 0059447-14.2014.8.19.0004, relator o Des. Paulo Baldez, essa mesma 5ª Câmara Criminal sustentou, de forma unânime, na fundamentação do acórdão, o seguinte¹⁰:

Quanto à possibilidade de prolação de um decreto condenatório quando a Acusação pugna pela absolvição, convém ressaltar o entendimento firmado por este Relator, no sentido de que a manifestação pela absolvição exarada pelo Ministério Público, titular do exercício da ação penal, por força do art. 129, I, da Constituição Republicana, esvazia o objeto da ação penal, não restando ao Magistrado outra alternativa senão a absolvição, sob pena de violação ao princípio acusatório e ao devido processo legal, ambos com sede constitucional e dos mais caros ao Estado Democrático de Direito vigente.

Neste mesmo sentido tem caminhado a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, valendo citar (eis que se trata de entendimento quase pacificado perante aquele órgão jurisdicional) o seguinte julgado, a título meramente exemplificativo¹¹:

0354390-14.2015.8.19.0001 - APELAÇÃO

Des(a). LUIZ NORONHA DANTAS

Julgamento: 18/04/2017

SEXTA CÂMARA CRIMINAL

¹⁰ No mesmo sentido os acórdãos na Apelação Criminal 0080326-61.2008.8.19.0001 e no Recurso em Sentido Estrito 0053684-71.2010.8.19.0004 – agradecendo expressamente ao Des. Paulo Baldez pela gentileza na remessa dos arestos aqui apontados.

¹¹ No mesmo sentido os arestos proferidos nos recursos 0245783-09.2012.8.19.0001, 0354390-14.2015.8.19.0001, 0483525-84.2012.8.19.0001, 0307655-83.2016.8.19.0001, 0289876-23.2013.8.19.0001, 0131197-51.2015.8.19.0001, 0049476-58.2007.8.19.0001 ou 0259781-39.2015.8.19.001 – agradeço expressamente ao Des. Luiz Noronha Dantas pela gentileza na remessa dos arestos aqui apontados.

APELAÇÃO CRIMINAL - PENAL E PROCESSUAL PENAL - ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA, CONCURSO DE PESSOAS E RESTRIÇÃO A LIBERDADE DA VÍTIMA E RECEPÇÃO - EPISÓDIO OCORRIDO NO BAIRRO DE SANTA CRUZ, COMARCA DA CAPITAL - IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA, DIANTE DO DESENLAÇE CONDENATÓRIO FRENTE AO ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES E À RECEPÇÃO, PLEITEANDO SUA ABSOLVIÇÃO QUANTO AO DELITO DE RECEPÇÃO, SOB ALENTADA FRAGILIDADE PROBATÓRIA, BEM COMO QUE SEJA AFASTADA A EXACERBADORA DO EMPREGO DE ARMA, UMA VEZ QUE AS TESTEMUNHAS TERIAM CONFIRMADO EM JUÍZO, QUE O RECORRENTE NÃO ESTARIA ARMADO, SEM PREJUÍZO DA FIXAÇÃO DA PENA-BASE DO CRIME DE ROUBO NO SEU MÍNIMO VALOR LEGAL, DIANTE DO RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO - PARCIAL PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO RECURSAL - INSUSTENTÁVEL SE MOSTROU O JUÍZO DE CENSURA QUANTO AO DELITO PATRIMONIAL ACESSÓRIO, QUER PELA INCOMPROVAÇÃO DE QUE O IMPLICADO EFETIVAMENTE CONHECIA A PRÉVIA NATUREZA ILÍCITA DO VEÍCULO QUE DIRIGIA, APRESENTANDO-SE COMO PLAUSÍVEL A SUA VERSÃO A RESPEITO, QUER POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS AFETOS AO SISTEMA ACUSATÓRIO: DA INÉRCIA JUDICIAL, DA IMPARCIALIDADE, DO CONTRADITÓRIO, DA SEPARAÇÃO ENTRE OS PODERES DA REPÚBLICA, DA EXCLUSIVIDADE DO PARQUET NA PROMOÇÃO DA AÇÃO PENAL PÚBLICA, NA MEDIDA EM QUE DESCABE AO MAGISTRADO CONDENAR QUANDO O *DOMINUS LITIS* REQUEREU A ABSOLVIÇÃO CORRESPONDENTE -

DESTARTE, IMPÕE-SE O DESFECHO ABSOLUTÓRIO QUANTO A ESTA PARCELA DA IMPUTAÇÃO COM FULCRO NO DISPOSTO DO ART. 386, INC. Nº VII DO C.P.P.

Omissis

PARCIAL PROVIMENTO DO APELO DEFENSIVO.

Esta última ementa, da lavra do Des. Luiz Noronha Dantas, bem resume todos os princípios relacionados ao sistema acusatório afetados quando se prolata sentença contra pedido absolutório do órgão ministerial.

Enfim, a questão, como se percebe, ainda é tormentosa em nossos Tribunais (inclusive no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e, por vezes, dentro de uma mesma Câmara), caminhando a jurisprudência majoritária ainda hoje, lamentavelmente, no sentido inverso ao da melhor doutrina acima citada, aqui acolhida e que respalda o inafastável reconhecimento da não recepção do artigo 385 do Código de Processo Penal sob pena de frontal violação ao princípio acusatório e a outros a ele estreitamente relacionados, pelo que se espera que também a jurisprudência evolua em prol da concretização de um processo penal efetivamente democrático e avesso a resquícios de inquisitorialidade, em tudo afrontosos à Constituição Federal de 1988.

O DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Kátia Rubinstein Tavares¹

Enquanto existir direito penal e nas atuais circunstâncias parece que haverá 'direito penal por muito tempo', é necessário que haja alguém que se encarregue de estudá-lo e analisá-lo racionalmente para convertê-lo em instrumento de mudança e progresso para uma sociedade mais justa e igualitária, denunciando, além de suas contradições, as do sistema econômico que o condicionam. (Francisco Muñoz Conde)²

RESUMO: O objetivo deste estudo é analisar o princípio da culpabilidade como uma variante do postulado concernente à dignidade da pessoa humana. Procura-se demonstrar a importância de o juiz reafirmar os princípios inspiradores do garantismo, mesmo os que não se encontram expressos na Constituição Federal, mas que são decorrentes da garantia conferida à dignidade da pessoa humana, como o princípio da culpabilidade, compatível com o regime democrático adotado na atual Carta política brasileira. Por essas razões, em estudos preliminares realizados, constatou-se que o conceito de reprovação expresso em nossa legislação penal (artigo 59 do Código Penal) transformou a individualização da pena, nas decisões judiciais, em um processo de execração voltado para a conduta de vida do autor, ao invés de reprovar o fato por ele praticado. Dessa forma, pretende-se neste trabalho demonstrar que esse fato pode ser compreendido em uma perspectiva constitucional garantista, evitando a violação do Estado Democrático de Direito, em que o julgador deve considerar o princípio da dignidade humana como uma variante para amparar a culpabilidade na individualização da pena. No Brasil, as Políticas Públicas nem sempre alcançam o Poder Judiciário no exato momento em que se dá a relação entre o agente que praticou um crime e o Juiz quando da determinação da sua pena, conforme se varia no tempo histórico. Leis dispersas regulam genericamente situações protetivas,

¹ Advogada Criminal. Coordenadora da Revista Digital do Instituto dos Advogados Brasileiros. Doutoranda em Políticas Públicas e Formação Humana pela UERJ. Mestre em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro. Especialista em Direito Penal Econômico Europeu pela Universidade de Coimbra, Portugal/IBCCRIM. Professora do Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal da Universidade Candido Mendes. Diretora do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro do Conselho Superior do Instituto dos Advogados Brasileiros. Ex-Vice-Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros. Ex-Conselheira da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Rio de Janeiro. Site: www.tavaresassociados.adv.br/Contato:katia@tavaresassociados.adv.br/

² MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito penal e controle social**. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 33.

principalmente nos dias de hoje; nenhuma delas, seja por razões naturais ou sociais, é avaliada pelo Juiz em função do princípio da vulnerabilidade e, muito menos, tomando a vulnerabilidade como variável determinante da culpabilidade e pena consequente. Assim, realiza-se aqui um esforço de identificar essas situações na linha do tempo histórico, tanto nos períodos autoritários ou democráticos, como nas dimensões circunstanciais da atualidade.

PALAVRAS CHAVE: Direito Penal Garantista. Justiça Criminal. Culpabilidade pela Vulnerabilidade.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze the principle of blame as a variable of the postulate concerning the human dignity. It looks for demonstrating how important is the position taken by the judge in reaffirming the inspiring principles of warrantism, even those that are not expressed in the Federal Constitution, but are arising out of the warrant for the human dignity, as the principle of blame, compatible with the democratic regime adopted in the present Brazilian constitution. For those reasons, in some previous studies, it has been evident that the concept of reproach explicit in our penal legislation (article 59 of the Penal Code) transformed the individualization of punishment, in judicial decision, into a process of loathing directed to the conduct of life regarding the author, instead of reproofing the fact practiced by him. So, in this paper there is an intention to demonstrate that such a fact can be understood in a warrantist constitutional perspective, avoiding the violation of the Democratic State of Law, where who judges must consider the principle of human dignity as a variable for supporting the blame in the individualization of punishment. In Brazil, Public Policies not always reach the judiciary in the exact moment in which is established the relationship between the agent who committed a crime and the judge when this determines his punishment, according to the changes that come up in historical time. Laws scattered in the legal system generically rule protective situations, mainly in current time; any of them is not evaluated by the judge for natural or social reasons – regarding the principle of vulnerability, but neither he takes the vulnerability as a causative variable of the blame and the consequent punishment. Therefore, an effort is accomplished here aiming to identify the situations above mentioned in the historical time frame, not only in authoritarian or democratic periods, but also in the circumstantial dimensions of the present time.

KEYWORDS: Warrantist Penal Law. Criminal Justice. Blame by Vulnerability.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. 3. LIMITES À ATUAÇÃO DA JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRA: O PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE NA FIXAÇÃO DA PENA. 3.1. A COCULPABILIDADE 3.2. A VULNERABILIDADE E A CULPABILIDADE 4. CONCLUSÃO.

1. INTRODUÇÃO

Nosso Direito Penal na atualidade atravessa momentos difíceis. No século XX, a partir dos anos oitenta, passou a predominar uma concepção defendida por setores mais conservadores da sociedade brasileira, a buscar o endurecimento das leis penais, sob o falso argumento de que, com essa medida, a questão da criminalidade seria resolvida. Semelhante discurso assumiu as manchetes de jornais, ocasionando uma verdadeira produção legislativa desatrelada das garantias constitucionais e dos princípios penais e processuais. Ainda, essa ideologia autoritária e repressiva pode ser identificada nas reformas pontuais efetuadas, nos últimos tempos, as quais desorganizam todo o sistema penal.

Inaugurou-se o novo milênio sob uma metodologia imprimida pelo neoliberalismo globalizante, inspirador dos movimentos de Lei e Ordem, aliado à imposição de uma publicidade opressiva, a produzir múltiplos “tribunais do povo”, os quais julgam influenciados pela mídia, ignorando por completo a causa e as circunstâncias do contexto social.

Por outro lado, esse quadro expositivo esclarece preliminarmente as razões por que alguns magistrados tenham se contaminado por determinada ideologia ético-social, ainda que funcionalmente engajados, afastam-se do dever da imparcialidade, renunciando à missão social e humana de decidir com base na lei e em nome da Justiça, para condenar pessoas, sem levar em consideração a culpabilidade como elemento na dosimetria da pena.

O tema que pretendemos desenvolver perpassa pelo prisma dos princípios gerais informadores do Direito Penal Constitucional. O nosso objetivo é demonstrar que os princípios constitucionais em matéria penal estão, tacitamente, reconhecidos na hermenêutica da Constituição Federal, sendo equiparados aos princípios fundamentais que são explicitados na Carta Política e, portanto, têm o mesmo efeito constitucional e a mesma carga de positividade. Esses princípios especiais podem ser extraídos de diferentes critérios que possuem seus registros constitucionais. Nesse sentido, sustentamos o princípio da culpabilidade, como uma variante do postulado expresso na dignidade da pessoa humana, referencial fundamental do Estado Democrático de Direito.

Num Estado Democrático de Direito não convém ao Juiz seguir exclusivamente o modelo positivista distanciado da Constituição, renunciando à independência que se confere ao Poder Judiciário e ao dever de julgar. Sem considerar um sistema de garantias, com o objetivo de assegurar os direitos e postulados fundamentais, que encontra resguardo na exigência da dignidade da pessoa humana e de outros princípios inseridos na Constituição Federal. É o Juiz o guardião desse paradigma garantista, o qual constitui a única resposta possível à crise da justiça e da política.

Em suma, afigura-se indispensável que se estabeleçam balizas na atividade discricionária de determinação do *quantum* da pena do condenado, sujeitando-se esse julgador aos princípios inspiradores do garantismo, que se encontram expressos na Constituição Federal, os quais são decorrentes da cláusula conferida à dignidade da pessoa humana e dos princípios sublinhados no artigo 5º da Constituição Federal. Ainda, entre os princípios limitadores, destaca-se o da culpabilidade que limite a intervenção estatal, compatível com o regime democrático adotado na atual Carta política.

2. O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Como já destacado, é inegável que os liames estabelecidos entre o Direito Penal e a Constituição Federal são estreitos e podem ser estudados sob as mais variáveis perspectivas. Em nosso estudo, o objeto escolhido será examinado pela ótica do reconhecimento de paradigmas constitucionais garantísticos, os quais, embora não estejam expressos na Constituição Federal brasileira, defluem do sentido de outras regras ou princípios constitucionais.

Esses princípios básicos são reconhecidos pelo Direito Penal, de forma expressa e normativamente, ou pelo conteúdo de normas e preceitos, cuja proposta básica seja assegurar um sistema garantidor, não apenas sob o aspecto formal, mas principalmente sob o enfoque material, que relacione ao conceito de crime os pressupostos legitimadores de intervenção penal - tais como a legalidade, a intervenção mínima, a taxatividade, a lesividade, a retroatividade da lei mais benigna - bem como no que concerne à

culpabilidade, humanidade, pessoalidade e individualização das sanções, seguindo as diretrizes de um Estado Democrático de Direito.

A esse respeito Mir Puig se posiciona:

O Estado Democrático de Direito deve assegurar a proteção efetiva de todos os membros da sociedade, através não somente da repressão dos delitos, entendidos estes como aqueles comportamentos que os cidadãos estimem lesivos para seus bens jurídicos, num sentido ético-individual, mas também por oferecer possibilidades de ingerência nos sistemas sociais fundamentais, e na medida em que se considerem graves tais fatos. Este direito é que deve orientar a função preventiva da pena com apoio nos “princípios de exclusiva proteção de bens jurídicos, de proporcionalidade e de culpabilidade”³.

É indiscutível a importância da Constituição de um Estado, sobretudo no que respeita a sua influência nas demais disciplinas jurídicas nele em vigor, já que reflete o ambiente social valorativo de uma comunidade, representando “o estatuto fundamental da ordem jurídica geral”⁴. Por outro lado, o Direito Penal vincula-se à Constituição Federal⁵, de maneira necessária, uma vez que esta compreende os princípios fundamentais do Estado e do Direito. A Magna Carta, em verdade, revela-se como a primeira manifestação legal da política penal⁶ que se impõe ao Direito Penal, “até com particular incidência e legitimidade, uma vez que entre estes dois planos jurídicos intercedem uma relação mais estreita, em virtude de o próprio Direito Penal contender com os valores mais essenciais à vida do homem em comunidade”⁷.

³ **El derecho penal en el Estado social democrático de derecho**. Barcelona: Ariel, 1994. p. 37.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição da República portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra, 1984. p. 168.

⁵ Segundo o conceito adequado de Canotilho: “Constituição é uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder político”.

⁶ Vide ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1987. t. I, p. 183 e segs.

⁷ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Teoria constitucional do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 381.

Ressalta-se que cabe a cada uma das Constituições, ao fixar as condições de existência e funcionalidade dos poderes políticos, determinar como o legislador penal deve qualificar as ações delituosas e estabelecer as respectivas sanções, ditando, também, comandos em relação às normas de procedimentos. Como o Direito Penal tem por objeto a restrição da liberdade dos indivíduos, é certo que ele depende da evolução dos princípios constitucionais inseridos nas Constituições.

Como já exposto, apresenta-se inegável que das relações formais entre os valores constitucionais e o Direito Penal resulta um conjunto de princípios que podem ou não estar expressos na Constituição Federal, derivados de uma interpretação extensiva de outros princípios formalizados no texto, corolários do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, consagrado nos modelos jurídicos adotados pelo Estado Democrático de Direito.

Não se pode examinar a Constituição, como reunião de um texto, onde se congregam títulos, capítulos e artigos, sem que se reconheça a existência de um fio condutor, o qual deve costurar todos os dispositivos constitucionais. Nesse raciocínio, a Constituição Federal brasileira apresenta expressamente os direitos e garantias fundamentais explicitados nos capítulos do Título II. Entretanto, é importante lembrar que tais princípios se relacionam com outras normas estruturais constitucionais.

Há, em verdade, uma interpenetração entre os direitos e garantias fundamentais que não se esgotam nas fórmulas reconhecíveis na Magna Carta. Existem outros que, apesar de desprovidos de caráter explícito, são reconhecidos no âmbito constitucional. Da interpretação dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição Federal brasileira tem-se estabelecido o seguinte: em primeiro lugar, que os direitos e garantias arrolados não excluem outros que decorram dos princípios adotados pela Magna Carta. Ainda, que têm aplicação imediata os direitos e garantias, bem como os princípios constitucionais, mesmo os não catalogados. Nesse sentido, sustentam Canotilho e Moreira que: “haver-se-ão de considerar como direitos fundamentais os direitos extraconstitucionais que sejam *equiparáveis*, pelo seu objeto e pela sua importância, aos diversos tipos de direitos fundamentais de grau constitucional”⁸.

⁸ **Fundamentos da Constituição.** Coimbra: Almedina, 1991, p. 116.

Destarte, os princípios constitucionais em matéria penal, os quais não estão formalizados na Constituição Federal brasileira e em outras, merecem ser equiparados aos princípios fundamentais que são explicitados na Carta política, aplicando-se a mesma carga constitucional e de positividade. Tais princípios especiais podem ser extraídos de diferentes critérios que possuem seus registros constitucionais. Em particular, sustenta-se o princípio da culpabilidade como uma variante do postulado expresso: a dignidade da pessoa humana. O texto constitucional brasileiro contém dispositivo indicativo, no art. 1º, inciso III, que versa sobre os fundamentos do Estado Social e Democrático de Direito, erigindo como um dos valores a dignidade da pessoa humana.

Ressalte-se que o conceito de dignidade da pessoa humana, considerado no Estado Democrático de Direito, abrange o aspecto material, não podendo deixar de reconhecer os efeitos concretos de preservação das condições essenciais de sobrevivência e de desenvolvimento digno da pessoa humana.

A propósito, argumenta Paulo Mota Pinto:

A garantia da dignidade humana decorre, desde logo, como verdadeiro imperativo axiológico de toda a ordem jurídica, o reconhecimento de personalidade jurídica a todos os seres humanos, acompanhado da previsão de instrumentos jurídicos (nomeadamente, direitos subjetivos) destinados à defesa das refrações essenciais da personalidade humana, bem como a necessidade de proteção desses direitos por parte do Estado⁹.

O autor ainda assevera: “A afirmação da liberdade de desenvolvimento da personalidade humana e o imperativo de promoção das condições possibilitadoras deste livre desenvolvimento constituem já corolários do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor no qual se baseia o Estado”¹⁰.

Assim, no âmbito penal, o art. 5º da Constituição brasileira relaciona uma série de princípios fundamentais expressos, decorrentes do postulado concernente à

⁹ PINTO, Paulo Mota. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade**, Coimbra: Coimbra, 1999. p. 151.

¹⁰ *Idem*, p. 152.

dignidade da pessoa humana, a saber: punição às discriminações atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais (inciso XLI); incriminação da prática de racismo (inciso XLII); inafiançabilidade e a insuscetibilidade de graça ou anistia nos crimes de tortura (inciso XLIII); caráter pessoal da pena (inciso XLV); a individualização da pena (inciso XLVI); vedação de penas desumanas (inciso XLVII); caráter individualizador da execução da pena (inciso XLVII e L); preservação da dignidade e integridade física do preso (inciso XLIX).

Da mesma forma, outros princípios devem ser inferidos, apesar da omissão do Constituinte, segundo as técnicas de hermenêutica, com fundamento no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, como a consagração - ainda que de modo implícito - do princípio da culpabilidade e do da humanidade das penas. Nesse propósito, exige-se que a intervenção estatal se imponha, levando em conta o homem que cometeu o delito, bem como as condições e peculiaridades relacionadas com o episódio, graduando a culpabilidade proporcionalmente ao fato e ao agente, já que, dependendo das circunstâncias e do seu autor, a aplicação da pena criminal torna-se, muitas vezes, desnecessária.

A superfluidade da sanção penal pode resultar da inutilidade da aplicação de uma reprimenda, em face das funções adotadas pelo legislador no art. 59 do atual Código Penal brasileiro. A proposta abraçada pela nossa legislação adota um sistema unitário ou misto, em que a pena deve alcançar a sociedade de forma útil, desempenhando um sentido intimidatório em relação à prática do delito e, ao mesmo tempo, à pessoa que é condenada. Seu objetivo deve ser a reinserção social do preso, dirigindo-lhe a resposta pela conduta ilícita cometida, na medida de sua culpabilidade, impondo-se critérios racionais e de humanidade.

O legislador brasileiro fornece alguns critérios para essa quantificação quando determina ao julgador que examine a culpabilidade e outras circunstâncias, tais como a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as consequências do crime. Após esse exame resultará a aplicação da pena-base, sobre a qual incidirão as circunstâncias agravantes e atenuantes, e, por último, as causas de aumento e de diminuição eventualmente existentes. Pretende-se, nesse particular, ter em vista as legislações penais dos Códigos em vigor na América Latina.

O julgador, ao condenar, desenvolve, na realidade, a árdua missão de punir a conduta de um homem, não a de uma ficção. A sentença não pode ser encarada como um mero expediente burocrático. Ao determinar a culpabilidade, como critério individualizador da pena, estabelece o legislador, de forma bem nítida, que uma conduta humana somente será punível quando o agente puder, pelo menos, prever a possibilidade de ofensa a um bem jurídico tutelado, ainda, quando for possível fazer-se recair um juízo de reprovabilidade, diante de suas características pessoais, em face das circunstâncias em que atuou¹¹. É necessário operar a individualização da pena “a olho”, recomenda Zaffaroni¹².

Por isso, em nome do princípio da dignidade da pessoa humana argumenta-se a aplicação da vulnerabilidade como princípio a nortear a determinação da pena pela justiça criminal, permitindo a aplicação do perdão judicial, tal como estatui a regra do art. 121, § 5º, do Código Penal, ao estabelecer que: “o juiz poderá deixar de aplicar a pena se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.”

Não obstante, assinale-se que o conceito de culpabilidade – a reprovabilidade pessoal – encontra-se em crise, na atual conjuntura, em virtude da deslegitimação do sistema penal. A seletividade deste acaba por tornar insustentável a legitimação da reprovabilidade, tanto quanto a da utilização da pena (instrumento da violência validador de um exercício de poder). Ressalte-se a lenta degradação do discurso jurídico-penal, quando se questiona: “Por que a mim? Por que não a outros que fizeram o mesmo? São perguntas a que a reprovação normativa não pode responder”¹³.

Deve-se concordar com a afirmação de Zaffaroni, segundo a qual o princípio de que a pena se mede pela culpabilidade foi, em verdade, um enunciado com vistas apenas a recolocar a questão da *periculosidade* sob uma abordagem pretensamente

¹¹ Cf. PIERANGELI, J. H. **Escritos jurídico-penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 229.

¹² ZAFFARONI, R. E. **Medidas penales en derecho penal contemporáneo**: teoría, legislación positiva y realización práctica. Buenos Aires: Hammurabi, s.d., p. 29.

¹³ ZAFFARONI, R. E. **Em busca das penas perdidas**. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 259.

ética, entretanto, sem conseguir resolver os problemas com relação ao juízo da culpabilidade¹⁴.

Por fim, tem-se como realidade que a determinação da pena nos Tribunais depende de eventuais peculiaridades do entendimento de cada magistrado. É ele quem elabora, evidentemente, um juízo de valoração pessoal, também, de entendimento da norma, através do processo de comparação analógico – que pode agravar a punição do réu –, não se examinando a culpabilidade como medida da sanção. É uma falácia afirmar que, no Direito Penal, não existe a analogia contra o réu, pois todo o processo de interpretação judicial corresponde a um raciocínio analógico. Portanto, o reconhecimento do princípio que impõe ao magistrado a estrita observância do grau de culpabilidade, de modo que cada indivíduo receba punição pelo seu crime na medida dela, apresenta-se, necessariamente, no âmbito de uma hermenêutica; por isso, é indispensável que a aplicação do princípio da culpabilidade se imponha de forma harmônica e sistemática, tendo como paradigma à própria Constituição, em seus valores, princípios e garantias.

Não se olvide que a interpretação judicial é um juízo formal da própria lei; entretanto, não pode o juiz se afastar do “dever de escolher somente os sentidos válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substantivas e, também, com os direitos fundamentais por ela estabelecidos”¹⁵, inclusive os princípios e garantias expressos e implícitos.

Nesse sentido, apresenta-se uma nova abordagem, o modelo denominado garantístico, defendido com vigor por Luigi Ferrajoli: “o direito contemporâneo não programa somente as *formas* de produção através de normas procedimentais sobre a formação das leis e dos atos normativos. Programa ainda os *conteúdos* substanciais, vinculando-os normativamente aos princípios e aos valores inscritos nas Constituições mediante técnicas de garantias”¹⁶.

¹⁴ Idem, p. 261.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdição e democracia**. Revista do Ministério Público. Lisboa. v. 72. out./dez, 1997. p. 14.

¹⁶ Grifos do autor. **O direito como sistema de garantias**. Revista do Ministério Público. Lisboa, v. 61, jan./mar. 1995. p. 40.

Em suma, não convém ao Estado Democrático de Direito o juiz seguidor do modelo positivista, distanciado da Constituição, renunciando à independência que se confere ao dever de julgar, e sem considerar o sistema de garantias que tem por objetivo assegurar os direitos e princípios fundamentais como uma exigência da dignidade da pessoa humana. É o Juiz o guardião desse paradigma *garantístico*, o qual constitui “a única resposta possível à crise da justiça e da política”¹⁷.

A propósito do tema em pauta, discorre Jorge Miranda:

*A garantia da constitucionalidade é a garantia de que, em cada relação jurídica ou situação de vida, prevalece o dispositivo constitucional e de que se pratica um ato permitido pela Constituição; ou por outras palavras, é a garantia de que cada norma e cada comportamento subordinado à Constituição lhe são conformes. Uma implica a outra, porque a Constituição existe para ser interpretada, aplicada, cumprida, desenvolvida, posta em vigor*¹⁸.

Afigura-se indispensável que o juiz reafirme os princípios inspiradores do garantismo, mesmo os que não se encontram expressos na Constituição Federal, os quais são decorrentes da garantia conferida à dignidade da pessoa humana, como o princípio da culpabilidade, compatível com o regime democrático adotado na atual Carta política brasileira. Portanto, pretende-se demonstrar a importância do tema tratado, inclusive em outras Constituições da América Latina.

¹⁷ Vide FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdição e democracia**. Revista do Ministério Público. Lisboa. v. 72. out./dez., 1997, p. 19.

¹⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1985. v. 2, p.598.

3. LIMITES À ATUAÇÃO DA JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRA: O PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE NA FIXAÇÃO DA PENA

O processo de individualização de pena na justiça criminal está atrelado a um prévio juízo de culpabilidade como limitador de sua medida. Logo, a reprovação empregada na legislação penal (artigo 59 do Código Penal) indica o sentido de que a pena aplicada deva ser proporcional ao dano ou perigo do bem jurídico protegido. Entretanto, o conceito de reprovação expresso em nossa legislação penal tem despertado nos julgadores o olhar recriminador sobre o sujeito a quem deveria recair a reprimenda penal, transformando a individualização de pena, nas decisões judiciais, num processo de reprovação e, muitas vezes, de execração com invocações moralistas voltadas para a conduta de vida do autor, ao invés de reprovar o fato do injusto por ele praticado.

Dessa forma, em nossas reflexões, busca-se entender como vem ocorrendo esse desvio, na teoria e na prática do Direito Penal, ao longo dos anos, sobretudo após a constitucionalização dos direitos e garantias estatuídos na Magna Carta, além dos preceitos fixados nos Tratados e Convenções Internacionais ligados aos Direitos Humanos Cíveis e Políticos. Ainda, é possível argumentar que tal fenômeno evidencia a necessidade de se abandonar o juízo de censura ou reprovabilidade da culpabilidade, já que ele envolve juízo moral para fins de aplicação da pena, suscetível de relativização. Este se revela em dissonância com o fundamento constitucional da dignidade humana, o qual proíbe a objetivação de outro ser humano.

Em estudos preliminares realizados com o escopo de investigar a plausibilidade de nosso tema escolhido neste trabalho, verifica-se que o princípio da pena como medida da culpabilidade, na leitura jurídica e dogmática, constitui uma mera retórica doutrinária, pois é impossível determinar racionalmente essa medida, a não ser através de um processo de interpretação ou comparação analógica feita sempre em desfavor do acusado. Por essas razões, como procuraremos demonstrar, o mesmo fenômeno pode ser compreendido numa perspectiva constitucional garantista, em que o julgador deveria considerar o princípio da dignidade humana como uma variante para amparar a culpabilidade na individualização da pena. Também, no processo de interpretação deverá se utilizar de mecanismos jurídicos

constitucionais, internacionais e da criminologia para apontar a culpabilidade, quando se opera a individualização da pena na justiça criminal.

Na prática, em regra geral, ocorre que, eventualmente, alguns julgadores não explicitam o conteúdo do processo de graduação do juízo de culpabilidade do acusado ao fixar sua pena, que deve estar vinculada a limites legais contidos na incriminação do fato. O julgador deveria estabelecer o sentido originário, preciso e racional das palavras do texto legal, na determinação da pena, realizando uma valoração objetiva do injusto. Entretanto, o certo é que nenhuma das concepções sobre a culpabilidade contém um parâmetro objetivo para fornecer ao julgador sua quantificação. Portanto, ele acaba correndo o risco de examinar a culpabilidade com base em suas perspectivas pessoais com relação ao fato ou delito, considerando os valores mal transmitidos socialmente e convertidos num critério subjetivo e preconcebido, em desfavor do acusado, ao empregar expressões contendo juízos morais acerca de sua conduta ou profecias ideologizadas de sua reputação social, tais como “personalidades distorcidas e voltadas para o crime” ou “condutas socialmente reprováveis”.

Dessa forma, sustenta-se, com a apropriação de categorias da teoria geral do Direito Penal, do crime e da pena, cuja fonte primária será o Direito Constitucional, mais especificamente os princípios do Direito Penal Constitucional e Internacional, que, na prática cotidiana dos Tribunais, alguns julgadores, ao determinarem a pena, promovem decisões violando postulados constitucionais. Isso porque, na fixação da pena do condenado, não é assegurado o princípio da culpabilidade como um direito fundamental, pois apesar de carecer de positividade expressa no segmento normativo constitucional, tal postulado advém do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este o modelo garantista adotado no regime democrático da atual Constituição Federal.

No âmbito penal, a Constituição, conforme já se sublinhou no presente estudo, relaciona uma série de princípios fundamentais expressos, decorrentes do postulado concernente à dignidade da pessoa humana. Cabe salientar que outros princípios devem ser inferidos, apesar da omissão do Constituinte, segundo as técnicas de hermenêutica, com idêntico fundamento no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, como a consagração - ainda que tacitamente - do princípio da culpabilidade, da humanidade e

personalidade das penas, proporcionalidade mínima, proibição da dupla punição, destacando-se, ainda, o princípio da *boa-fé e pro homine*.

Apesar de o texto da Constituição ressaltar expressamente que os direitos e garantias individuais elencados como tais, não excluem outros decorrentes dos Tratados e das Convenções Internacionais em que a República Federativa do Brasil faça parte, é certo que o Supremo Tribunal Federal tem rejeitado a interpretação do Direito Internacional no âmbito dos Direitos Humanos, reduzindo-se as possibilidades de aplicação de normas claras e vinculantes do âmbito internacional no direito pátrio. Nesse sentido, importa lembrar que a Emenda nº 45, de 8 de dezembro de 2004, trouxe substanciais mudanças, permitindo a aplicação dos Tratados e Convenções sobre os Direitos Humanos, que poderia ser considerada no desenvolvimento deste trabalho referente à culpabilidade pela vulnerabilidade como limite da pena.

3.1. A **coculpabilidade**

A hipótese deste trabalho reside exatamente na constatação de que entre a redação do dispositivo originário do artigo 42¹⁹ do Código Penal de 1940 (criado pelo Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) e a outra Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, que modificou o Código Penal, no artigo 59,²⁰ ambas editadas em períodos autoritários, mesmo nessas circunstâncias, ocorreu uma evolução na legislação penal, já que o princípio da culpabilidade como medida da pena veio a sofrer uma profunda alteração, porquanto, explicitamente, na fixação da pena; o legislador determinou que o juiz devesse examinar em primeiro lugar a culpabilidade do criminalizado, ou seja, valorar a pessoa objeto de sanção penal e o seu ato, o que implica que todos os outros elementos indicadores para determinação da pena sejam apreciados posteriormente ou em torno desse fator determinante.

¹⁹ “Compete o Juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau de culpa, aos motivos, às circunstâncias do crime: I – determinar a pena aplicável dentre as cominadas alternativamente; II – fixar, dentre dos limites, a quantidade da pena aplicável”.

²⁰ “Compete ao Juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime...”

Por outro lado, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 3.473, apresentado em 18 de agosto de 2000, que pretende revolucionar a parte geral do atual Código Penal, no seu artigo 59,²¹ para incluir a responsabilidade geral do Estado dentre as circunstâncias judiciais a serem apreciadas pelo magistrado, no momento de examinar a aplicação da pena, vislumbrando-se a participação do Estado, enquanto promotor de Políticas Públicas, ao estabelecer, assim, uma coculpabilidade, o que provoca uma reflexão sobre o papel do próprio Estado.

Nessa perspectiva examinada, ao aplicar a sanção penal ao autor de um delito, o juiz deverá verificar, sob o prisma de compreensão adotado em nosso trabalho, as condições de subalternização, marginalização e exclusão do agente, em virtude de fatores como a não integração ao mercado de trabalho, o baixo nível de escolaridade, a deficiente socialização familiar, a ausência de oportunidade de emprego, viabilizando uma menor medida da pena, por corresponder a um grau inferior de culpabilidade, diante da precária ação do Estado. Também poderá examinar quais as oportunidades a ele oferecidas, a fim de averiguar o âmbito de sua autodeterminação, sentando no banco dos réus, ao lado dele, a própria sociedade na qual vive e que influi em seu comportamento. Tal circunstância, denominada coculpabilidade do Estado, introduz as oportunidades sociais oferecidas ao agente para fixação da pena.

Ressalte-se que na América do Sul, Argentina, México, Peru, Bolívia, Colômbia, Equador e Paraguai se reconhece que a condição econômica do agente é critério para a mensuração da pena. Nesses países, a coculpabilidade está prevista na legislação penal e o tema encontra-se regulado no Código Penal colombiano (artigo 56), argentino (artigo 41,2), equatoriano (artigo 29. 11º específico para os crimes patrimoniais) e o peruano (artigo 45, I). A Bolívia prevê a coculpabilidade no Código Penal como circunstância judicial para aferir a personalidade do autor como atenuante, quando o agente pratica o fato impulsionado pela miséria. Na Colômbia, a coculpabilidade é prevista como circunstância

²¹ “O juiz, atendendo à culpabilidade, antecedentes, reincidência e condições pessoais do acusado, bem como as oportunidades sociais a ele oferecidas, aos motivos, circunstâncias e consequências do crime e ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente à individualização da pena...” (BRASIL, Senado. Projeto de lei do Senado PLS nº. 3.473 de 18 de agosto de 2000. Altera a Parte Geral do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 15 mar 2018.

que pode até mesmo excluir a responsabilidade do agente. O Código Penal paraguaio prevê que o juiz tem de analisar as condições pessoais e econômicas do agente antes de arbitrar a pena.

Dessa forma, por essa teoria, o Estado deve assumir sua parcela de culpa no delito, pois foi o causador da marginalização do cidadão, na medida em que não cumpriu com sua obrigação constitucional. Em uma sociedade altamente desigual, estratificada e segregada em classes como a brasileira, por exemplo, onde, apesar do programa político-social enunciado na Constituição (que traz como direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia e o lazer, dentre outros), os mais pobres muitas vezes não têm sequer acesso a escola, assistência médica e oportunidade de emprego. Logo, as possibilidades de cometer crimes, em especial os patrimoniais, são disseminadas de maneira desigual na população. Como bem argumentam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli²²:

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade - por melhor organizada que seja - nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma "cocalpabilidade", com a qual a própria sociedade deve arcar. Tem-se afirmado que este conceito de cocalpabilidade é uma ideia introduzida pelo direito penal socialista. Cremos que a cocalpabilidade é herdeira do pensamento de Marat e, hoje, faz parte da ordem jurídica de todo Estado

²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 529.

Social de Direito, que reconhece direitos econômicos e sociais, e, portanto, tem cabimento no Código Penal mediante a disposição genérica do art. 66.

Salvo exceções pontuais, a considerar os posicionamentos dominantes dos tribunais brasileiros ao abordarem o tema coculpabilidade do Estado, as decisões simplesmente mencionam a ausência de comprovação, por parte do interessado, de que os requisitos para a aplicação da teoria estejam presentes, impossibilitando-se, até mesmo, a aplicação da teoria da coculpabilidade enquanto atenuante genérica prevista no art. 66 do Código Penal.

Modernamente, por causa das diferenças entre os seres humanos e as circunstâncias da vida de cada um diante das constantes transformações sociais, além da constatação das diferentes formas de criminalidade de natureza comum e da absorção jurídica dos crimes de natureza complexa, passou-se a entender que o delito apresenta-se em todos os estratos sociais, ao superar o etiologismo positivista criminológico (que tem por objeto o exercício arbitrário do poder punitivo sobre aqueles que se enquadram no estereótipo criminal)²³.

Muitos criticam a teoria em comento, afirmando que não se pode atribuir essa responsabilidade unicamente ao Estado ou à sociedade pela pobreza, bem como é falsa a afirmação de que a pobreza ocasiona automaticamente crimes (não há uma ligação direta e automática entre esses fatores), Nesse sentido, Zaffaroni²⁴ assevera:

A coculpabilidade (Mit-Schuld) é insuficiente porque: (a) em princípio invoca o preconceito de que a pobreza é a causa de todos os delitos; (b) em segundo lugar, ainda corrigindo esse preconceito, habilitaria mais poder

²³ Os termos “estigma”, “etiquetamento”, “estereótipos criminosos”, constituem a chamada teoria do etiquetamento, também conhecida como “*labelling approach*”, bem defendida por Becker em seu livro *Outsiders*, que é enquadrada como a “desviação”, ou seja, uma qualidade atribuída por processos de interação altamente seletivos e discriminatórios. Tem esta teoria como objeto os processos de criminalização, ou seja, os critérios utilizados pelo sistema penal no exercício do controle social para definir o desviado como tal (BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. São Paulo: Zahar. 2008).

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Culpabilidade por vulnerabilidade**. Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro, ano 9, n. 14, Revan, jan./dez, 2004, p. 31-48.

punitivo para as classes hegemônicas e menos para as subalternas, o que pode conduzir a um direito penal classista em dois tempos; (c) o terceiro ponto é que seja abastado ou pobre o selecionado, sempre o será com bastante arbitrariedade, com o qual esta tese não logra fazer cargo da seletividade estrutural do poder punitivo.

Em razão das críticas, a teoria da coculpabilidade não foi adiante. No entanto, o senso crítico voltado para a constatação da desigualdade social, aliada à análise da criminalização dirigida à realidade do sistema penal latino-americano, além disso, ao buscar-se viabilizar maior proteção àqueles que estão em condições vulneráveis, tanto pela sua condição social quanto pelas suas insuficiências caracterizadoras nas legislações referentes às ações afirmativas, deu origem a outra teoria bem elaborada, permitindo que a proposta da coculpabilidade pudesse, assim, evoluir além do estudo apresentado sobre a criminalidade.

3.2. A vulnerabilidade e a culpabilidade

A criminologia e a sociologia desenvolveram uma ampla e vasta discussão sobre o estado de vulnerabilidade do agente. No âmbito penal, o tema ganhou destaque com o pensamento de Eugenio Raúl Zaffaroni²⁵, que estuda a situação de vulnerabilidade como um elemento regulador da aplicação da culpabilidade na fixação da pena, o que minimiza a severidade da sanção penal e, ainda, em casos extremos, poderia excluir o crime. Essa matéria tem sido discutida teoricamente em comissões do parlamento, institutos de juristas e sociólogos especializados em criminologia, inclusive nas universidades, e, todavia, apesar de não ter obtido ainda *status* de Projeto de lei ou como projeto de Política Pública no fundamento legislativo na fixação da pena, tem influído em sucessivos abrandamentos de decisões judiciais.

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. 1.ed., Rio de Janeiro: Revan, 2017. v.2, t.2, p. 169-172.

Nesse sentido, a vulnerabilidade do agente pode ser considerada pelo juiz na avaliação da culpabilidade para aferir o grau de esforço pessoal empreendido de cada um dos sujeitos para alcançar a concreta situação. A vulnerabilidade tem sido considerada, teoricamente, um fator seletivo e de comprovação de que o sistema penal seleciona o agente criminoso, levando em consideração o contexto no qual o acusado está inserido dentro da sociedade e não tão-somente a sua autodeterminação que levou a praticar o delito. Ela busca a igualdade substancial entre os cidadãos, ante a característica marcante da seletividade em nosso sistema punitivo. Dessa forma, sob o prisma do princípio da igualdade, pelo qual os desiguais devem ser tratados na medida de suas desigualdades, o sistema penal precisa levar em consideração o contexto em que se deu a prática delitiva, a fim de promover uma verdadeira e correta individualização da pena.²⁶

O estado de vulnerabilidade é composto pelos parâmetros alusivos à classe social do sujeito, sua posição nas relações sociais de produção, como escolaridade, profissão, residência, além da sua posição numa hierarquia social, conforme a etnia, religião e opção sexual, de forma que esses dados referenciais possam servir de aplicação a um estereótipo criminal. Por essas razões, seria possível afirmar que, entre pessoas de classe social elevada e próxima do poder, o risco de criminalização seria pequeno, não em função da sua vulnerabilidade, mas devido à sua força aquisitiva. Isso significa que o princípio da vulnerabilidade mais se aproxima das expectativas das camadas sociais de baixa renda e distante do poder ou em função de suas deficiências ou insuficiências, que a legislação brasileira vem explorando nas ações afirmativas depois de sua adesão aos Tratados Internacionais.

Nos países latino-americanos, em que se constata uma crescente polarização da riqueza, a maioria da população encontra-se em estado de vulnerabilidade ante o poder punitivo, embora o mero status ou estado de vulnerabilidade não determine a criminalização. Não se seleciona uma pessoa por seu puro estado de vulnerabilidade, senão porque esta se encontra em uma situação concreta de vulnerabilidade. Partindo dessa premissa, no estado de vulnerabilidade é que se deve constatar um esforço pessoal do

²⁶ Idem, *ibidem*.

agente para alcançar a situação concreta na qual se materializa a periculosidade do poder punitivo²⁷.

O estado de vulnerabilidade diz respeito a um dado genérico sobre o sujeito, com base nas suas condições concretas de vida, levando em conta aspectos sociais, de renda, de poder, de moradia, de trabalho, de instrução formal, etc. A princípio, o estado de vulnerabilidade não criminaliza ninguém, pois esse estado permanece latente enquanto não se manifesta o crime. Assim, o estado de vulnerabilidade não determina o crime. Ao contrário, a situação de vulnerabilidade em relação ao poder criminalizante, corresponde a um conceito aferido no caso concreto e específico, que varia conforme as circunstâncias. Em outras palavras, a situação concreta de vulnerabilidade proporcionada pelo ilícito é que possibilita a seleção criminalizante, ou seja, a posição concreta de risco criminalizante em que a pessoa se coloca. É, portanto, a situação fática capaz de gerar a incriminação e punição do agente pelas agências de repressão (juízes, promotores, polícia).

Em síntese: a seleção criminalizante dá-se geralmente em detrimento dos seguintes tipos de pessoas - ao selecionar alguém estereotipado que comete crime grosseiro; ou é alguém fora do estereótipo que comete crime extravagante; ou é alguém que foi escolhido como “bode expiatório” ou como “laranja” nos crimes de colarinho branco. Dessa forma, podemos exemplificar: se um servente de uma empresa subtrair uma impressora, como se trata de uma pessoa mais vulnerável, facilmente será incriminado. Já se for um diretor da mesma empresa que venha a desviar o valor da impressora em seu próprio proveito, será quase impossível sua incriminação. Entretanto, esse diretor, em razão do seu baixíssimo estado de vulnerabilidade, para chegar a uma situação concreta de vulnerabilidade incriminadora, deverá fazer um esforço enorme com desvio de milhões de reais, ou ainda perder uma disputa de poder (alguém que conhece o esquema internamente o delatar) para que chegue a uma situação de vulnerabilidade e seja punido, pois, se isso não ocorrer, dificilmente será investigado, incriminado e punido. Nessa comparação, a culpabilidade do servente deverá ser considerada menor do que a culpabilidade do diretor, visto que esse fez um esforço enorme para que sua conduta fosse percebida e punida. Já

²⁷ Idem, *ibidem*.

relativamente à aferição da punição do servente, que fez um esforço mínimo para se colocar na situação criminalizante, a teoria sustenta que a culpabilidade do fato seja atenuada, podendo até ser excluída.

Na jurisprudência dos tribunais brasileiros, o princípio da culpabilidade pela vulnerabilidade é raramente reconhecido e, quando o é, não há padronização sobre como tal norma jurídica irá funcionar para diminuir a pena do acusado. Entretanto, recentemente, o Juiz da 12ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Distrito Federal absolveu um acusado, denunciado por tráfico internacional de drogas, havendo em sua bagagem 5,780kg (cinco quilos, setecentos e oitenta gramas) de cocaína com destino a Portugal, ao admitir que o estado de vulnerabilidade emocional, psicológico e financeiro propiciou a prática do delito, afastando a sua culpabilidade, diante de suas circunstâncias pessoais e familiares, reconhecendo não ser exigível atuar de modo diverso²⁸.

Ressalte-se que a culpabilidade pela vulnerabilidade somente pode reduzir a culpabilidade pelo ato, sendo esse seu limite, mesmo que haja um enorme esforço do agente em baixo estado de vulnerabilidade para se colocar em uma situação de vulnerabilidade concreta. Assim, a culpabilidade por vulnerabilidade cumpre apenas um papel redutor do poder punitivo, e a sua aplicação no Brasil como fator de redução da culpabilidade seria essencial para ajustar o Direito Penal à realidade, para garantir a igualdade material em nosso sistema punitivo.

Finalmente, a questão a ser investigada é a quem serve o princípio da culpabilidade pela vulnerabilidade. A jurisprudência, de forma majoritária, afasta tal teoria, alegando, para tanto, que a essa se alinha uma espécie de preconceito ao reconhecer o crime como ato praticado pelo “desfavorecido economicamente”. No entanto, a teoria da vulnerabilidade como um todo não se aplica tão-somente àquele desprivilegiado economicamente, mas também a quem não teve boas condições familiares, instrução ou educação ou, ainda, em virtude de circunstâncias existenciais, não teve alguém que “olhasse” por ele.

²⁸ Data da decisão: 20/07/2018. Procedimento nº 1009383-72.2018.4.01.3400, acusado Luis Alberto Castro Benites, preso no Aeroporto Internacional Juscelino Kubitschek, por tráfico internacional de drogas, ao embarcar para Portugal, levando em sua bagagem 5,780kg (cinco quilos, setecentos e oitenta gramas) de cocaína.

Não há como manter-se indiferente perante o escândalo político que se exprime no fenômeno da seletividade discriminatória que está presente concretamente no sistema penal, visivelmente nas sociedades de classes. Portanto, em circunstâncias especiais essa teoria deve atender as classes sociais mais pobres ou aqueles que, por questões existenciais e diferenciais, sejam levados a Juízo, não cabendo examinar a questão da vulnerabilidade daqueles que não padeçam de insuficiências sociais e existenciais, mesmo que incorram em idênticos ou maiores injustos diante da inevitável criminalização pela seletividade estrutural; no entanto, cabe reconhecer que as circunstâncias podem favorecer uma flexibilização penal. O princípio da vulnerabilidade é um pressuposto da fragilidade humana, de seu poder e força, mas na nossa leitura esse princípio poderia ser extensível a casos em que o delito não se restringe ao drama existencial do agente, mas também envolve a fragilidade da sua posição social e muitas vezes étnica. A culpabilidade do agente criminoso, sob a perspectiva da vulnerabilidade, é a forma possível de se viabilizarem subsídios para fundamento legislativo de reformulação do Código Penal, no dispositivo que trata da fixação da pena.

4. CONCLUSÃO

Pode-se, portanto, concluir que a nossa sociedade é estratificada e por esse fato o Direito Penal atinge diretamente os que estão marginalizados. Nesse sentido, a teoria da vulnerabilidade apresenta-se como uma forma de promover igualdade entre os cidadãos quando há ocorrência da prática delitiva. Citamos no decorrer do trabalho que a jurisprudência em nossos tribunais infelizmente não aplica esse instituto, sob a alegação de que o estado de vulnerabilidade não justifica a prática de crimes. Por esse ângulo, urge a necessidade de que se tenha um novo enfoque da análise do artigo 59 do Código Penal a fim de amoldá-lo à realidade brasileira, evitando a violação do Estado Democrático de Direito.

A problemática focalizada em nosso trabalho reside em que no Brasil as Políticas Públicas nem sempre alcançam o Poder Judiciário no exato momento em que se

dá a relação entre o agente que praticou um crime e o Juiz quando da determinação da sua pena. Leis dispersas regulam genericamente situações protetivas, principalmente nos dias de hoje, mas qualquer uma delas, mesmo viabilizando a proteção de pessoas portadoras de deficiência, seja por razões naturais ou sociais, não é avaliada pelo Juiz levando em conta as condições de vulnerabilidade e, muito menos, tomando como referência essa circunstância (vulnerabilidade) como uma variável determinante da culpabilidade e pena consequente.

Diante disso, identificamos essas situações na linha do tempo histórico, seja nos períodos autoritários ou democráticos e nas dimensões circunstanciais da atualidade, que poderá evoluir no sentido de se adotar o princípio da vulnerabilidade a ser considerado pelo juiz na avaliação da culpa dos agentes criminalizados, na determinação do *quantum* da sanção penal, ao aferir o grau de esforço pessoal empreendido por cada um deles, tomando em consideração o contexto no qual o acusado está inserido dentro da sociedade e tão-somente a sua autodeterminação que o induziu a praticar o delito. A vulnerabilidade busca a igualdade substancial entre os cidadãos, ante a característica marcante da seletividade em nosso sistema punitivo. Dessa forma, sob o prisma do princípio da igualdade, pelo qual os desiguais devem ser tratados na medida de suas desigualdades, o sistema penal precisa levar em consideração o contexto em que se deu a prática delitiva, a fim de promover uma verdadeira e correta individualização da pena.

A culpabilidade por vulnerabilidade surge como medida de redução do poder punitivo penal, servindo como nível máximo da violência aceitável. Trata-se de uma teoria que objetiva conter as sanções, devendo sempre reduzir o limite da clássica culpabilidade pelo injusto. Por isso, é preciso esclarecer, dada a visão redutora do Direito Penal, que esta culpabilidade jamais será mais rigorosa do que a aplicação clássica, não sendo verdadeiro o receio de que os detentores do poder serão mais visados pelo Direito Penal.

Sabe-se, por outro lado, que boa parte da criminalidade que atinge uma sociedade tem suas raízes nos conflitos, que ocorrem no seio dessa mesma sociedade. São situações de carência quanto às necessidades fundamentais, desigualdades enormes, disparidades sociais imensas. Uma política social efetiva e contundente converte-se, assim, com certeza, no melhor instrumento preventivo da criminalidade, já que incide diretamente

sobre as causas fundantes dos problemas dos quais o crime é uma consequência. Programas de prevenção primária podem constituir genuína e autêntica prevenção, que assegure a todos os seus membros um acesso efetivo a cotas satisfatórias de bem-estar e qualidade de vida, em seus mais diversos âmbitos, reduzindo correlativamente suas conflitividades e as suas taxas de delinquência.

O principal fator determinante da criminalidade tradicional no Brasil tem sua origem no abismo social que afasta os indivíduos das classes e estratos mais oprimidos econômica e socialmente do projeto de bem-estar presente no texto constitucional. Cabe ao Estado promover alternativas eficazes e consistentes no oferecimento de oportunidades de bem-estar social aos que vivem sob tais condições. Portanto, há a necessidade de reconectar definitivamente a questão criminal - e as possibilidades efetivas de enfrentamento do fenômeno - com a questão social, premissa que foi esquecida pela dogmática, ao privilegiar um purismo metodológico orientado a uma assepsia científica do Direito Penal. O grave em tudo isso é que variados outros ramos do conhecimento da área das Ciências Sociais - a sociologia, a ciência política, a psicologia, dentre outros - diferentemente da maior parte da dogmática penal, têm presente, de forma clara e precisa, essa ligação no centro de suas construções teóricas.

Nessa perspectiva, uma aplicação dos postulados da tradição liberal-iluminista, no contexto de um Estado Democrático de Direito, ainda mais quando se fala de um país emergente como o Brasil, constitui-se em um paradoxo, uma vez que, ao propugnar uma diminuição do Estado, está a defenestrar toda e qualquer possibilidade de realização de Políticas Públicas, instrumentos adequados para o enfrentamento das causas da maior parte da criminalidade contemporânea.

Contudo, ao examinar a Constituição Federal pela existência de reflexos iluministas, é visível reconhecer os postulados pela liberdade, igualdade, fraternidade, justiça e humanidade. No que concerne à igualdade, do ponto de vista jurídico atual, que possui respaldo no ideal aristotélico, deve-se tratar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigalam. Ao reconhecer a culpabilidade pela vulnerabilidade, o Estado estaria efetivando essa igualdade material, pois pressupõe situações de discrepâncias, a exemplo das socioeconômicas, e outras que dizem respeito à fragilidade

humana entre os homens que poderiam cometer o injusto penal. Dessa maneira, conclui-se que o princípio da culpabilidade pela vulnerabilidade também encontra amparo, mesmo que implicitamente, na Magna Carta.

Conforme já analisado, a culpabilidade pela vulnerabilidade está inserida de forma implícita no ordenamento jurídico brasileiro, porém deve ser efetivado partindo-se dos mesmos pressupostos em relação à aplicação dos outros princípios existentes, posto que nada seria mais justo do que proteger aquele indivíduo tratado de forma desigual perante a sociedade, contrariando o dispositivo legal do artigo 5º da Constituição Federal.

Assim, o caminho inexorável é a concretização de um projeto constitucionalizado de cidadania da população que se encontra mais vulnerável economicamente e, portanto, mais próxima do cometimento das condutas delituosas. O instrumento adequado para alcançar esse fim é a efetivação de políticas públicas voltadas à concretização de direitos sociais como a educação, o trabalho, a seguridade social, a saúde, o lazer, a cultura, uma habitação digna, um salário que suporte as demandas familiares, enfim, uma série de carências que, uma vez atendidas, irão possibilitar a redução de grande parte da criminalidade que hoje ocorre.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
2. BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
3. _____. **Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
4. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição da República portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra, 1984.
5. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1995.
6. FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdição e democracia**. Revista do Ministério Público. Lisboa. v. 72, out./dez. 1997. p...
7. _____. **O direito como sistema de garantias**. Revista do Ministério Público, Lisboa, v. 61, jan./mar. 1995. p....
8. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra:Coimbra, 1985. v.2.
9. MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal: parte general**. Barcelona: PPU, 1985.
10. _____. **El derecho penal en el Estado social democrático de derecho**. Barcelona: Ariel, 1994.
11. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito penal e controle social**. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
12. PIERANGELI, José Henrique. **Escritos jurídico-penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
13. PINTO, Paulo Mota. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1999.
14. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Ediar, 1987. t.1.

15. _____. **Em busca das penas perdidas.** Tradução de Vânia Romano Pedrosa e AmirLopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
16. _____. **Medidas penales en derecho penal contemporaneo:** teoría, legislación positiva y realización práctica. Buenos Aires: Hammurabi, s.d.
17. _____. **Culpabilidade por vulnerabilidade.** Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro, Revan, ano 9, n. 14. Rio de Janeiro: Revan, jan./dez, 2004, p. 31-48.
18. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro;** parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
19. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA; Nilo, ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro.** 1.ed., Rio de Janeiro: Revan, v.2, t.2, 2017.

COLABORAÇÃO PREMIADA E INCENTIVOS À COOPERAÇÃO NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS ACORDOS FIRMADOS NA “OPERAÇÃO LAVA JATO”

Thiago Bottino¹

Resumo: O presente artigo aborda os diferentes mecanismos de cooperação no processo penal para, ao final, fazer uma análise crítica de alguns acordos de colaboração premiada firmados no âmbito da “Operação Lava Jato”. Descreve-se a evolução histórica dos institutos de colaboração (confissão, delação e colaboração) com seus efeitos no processo penal (atenuante de pena, causa especial de redução de pena e, eventualmente, imunidade penal) para compreender o contexto em que foi introduzida a colaboração premiada. Por se tratar de um mecanismo “premiado”, que cria incentivos para estimular determinado comportamento do acusado no âmbito do processo penal, afigura-se pertinente um enfoque do instituto com base na análise econômica do direito.

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO

2 – BREVE HISTÓRICO DAS MEDIDAS DE COLABORAÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

2.1. Os primeiros anos da legislação brasileira: inexistência de benefícios para a confissão

2.2. A confissão na reforma penal de 1984: causa atenuante da pena

2.3. A delação premiada nos crimes em coautoria: causa especial de redução da pena

2.4. A colaboração premiada: introdução da barganha no sistema penal brasileiro

3 – ANÁLISE CRÍTICA DA COLABORAÇÃO PREMIADA NA “OPERAÇÃO LAVA JATO”

4 – A COLABORAÇÃO PREMIADA E OS INCENTIVOS À COOPERAÇÃO

5 – CONCLUSÃO

¹ Pós-Doutor pela Columbia Law School (2014). Doutor (2008) e Mestre (2004) em Direito Constitucional pela PUC-Rio. Professor-adjunto e Coordenador de Graduação da FGV Direito Rio. Professor Adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Membro efetivo da Comissão Permanente de Direito Penal do IAB.

1 - INTRODUÇÃO²

O incentivo dado a suspeitos e/ou acusados no processo penal é um instrumento de investigação capaz de assegurar maior eficiência às investigações, sobretudo de crimes tradicionalmente “invisíveis”, dos quais são exemplos os crimes praticados por organizações criminosas e os crimes econômicos. Com a edição da Lei 12.850/2013, o sistema penal brasileiro passou a prever uma nova modalidade de colaboração no processo penal denominada “colaboração premiada”, diferente dos mecanismos da delação premiada e da confissão. Dentre as inovações trazidas pela colaboração premiada está uma inédita imunidade penal, que impede a persecução penal do suspeito colaborador.

O presente artigo inicia descrevendo a evolução histórica dos diferentes mecanismos de colaboração no sistema penal brasileiro (confissão, delação premiada e colaboração premiada) a partir dos diferentes incentivos oferecidos aos agentes que cooperam. Demonstrar-se-á que esses institutos têm nítido caráter “premiado”, ou seja, são incentivos criados pelo legislador para dar maior eficácia à tutela penal e reduzir os custos de investigação e produção probatória.

Com efeito, a colaboração do indivíduo objeto da investigação ou persecução penal pode ser estimulada pelo ordenamento jurídico, seja a partir de “incentivos positivos” ao acusado que coopera (como a redução da pena e outros benefícios relacionados à execução penal), seja a partir dos “incentivos negativos” àqueles que não cooperam (de que são exemplos o aumento de pena ou tratamento desvantajoso e a criminalização da autoacusação falsa).

Tais incentivos podem estar previstos tanto nas regras de direito penal material, como nas regras de direito processual penal e passaram a ser mais utilizados a partir da década de 80, do século XX, e com a promulgação da Constituição de 1988.

² Artigo originalmente publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 122. Agradeço a Gabriel Borges Mariano, João Marcelo da Costa e Silva Lima e Lucca Souto Machado Ribeiro do Nascimento os comentários críticos e sugestões à versão inicial desse texto.

A descrição da evolução dos institutos de colaboração tem por finalidade permitir uma análise sobre a efetividade do instituto, com apoio na análise econômica do direito. Em resumo, busca-se avaliar se o instituto da colaboração premiada apresenta um equilíbrio adequado entre tais incentivos, no sentido de evitar colaborações não verdadeiras, parcialmente verdadeiras, ou ainda que não apresentem elementos úteis ao processo penal.

No entanto, não será considerado apenas o texto da lei, mas também a realidade pratico-jurídica que cerca o instituto, pois a interpretação que o Poder Judiciário dá às normas textuais da legislação é que conformam a plena eficácia do instituto.

Nesse sentido, serão examinados três acordos de colaboração premiada firmados no âmbito da “Operação Lava Jato” já tornados públicos a fim de se avaliar criticamente como vem sendo utilizado o instituto.

2 – BREVE HISTÓRICO DAS MEDIDAS DE COOPERAÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

O incentivo à cooperação do acusado com o Estado no processo penal constitui fenômeno recente no sistema brasileiro. Desde a independência, em 1822, foi somente no século XX, em meados da década de 80, que o primeiro instituto dessa natureza, a confissão, foi introduzido em nosso sistema penal com a finalidade de estimular que o acusado se autoincriminasse.

Em seguida, a partir da década de 90, leis esparsas passaram a prever um novo instituto, que, posteriormente, veio a ser denominado “delação premiada”. Essa modalidade diferenciada de cooperação (com maiores benefícios e maiores exigências no grau de cooperação) foi consolidada no final da década de 90 do século passado. Por fim, foi só bem recentemente, em 2013, que o legislador incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro uma terceira espécie de medida de cooperação: a colaboração premiada.

A jurisprudência dos tribunais brasileiros no período pré-1988 aplicava aumentos de pena e impunha regimes de cumprimento mais severos quando o réu não cooperava (mentia ou negava a verdade). Antes da promulgação da Constituição, os tribunais também admitiam que a não cooperação (permanecer em silêncio) fosse utilizada

como fundamento para uma sentença condenatória e decretavam medidas cautelares como meio de obter as declarações do acusado ou suspeito.

Com a promulgação da Constituição de 1988 e a incorporação, no catálogo de garantias fundamentais, da garantia de vedação de autoincriminação constante do art. 5º, LXIII (assim redigido: “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”), seria de se esperar uma mudança imediata. Entretanto, foi principalmente a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) que se alterou a interpretação sobre a atuação do acusado no processo penal.

Como os incentivos à cooperação constituem elementos recentes na tradição jurídica brasileira, é prudente traçar um breve histórico de sua evolução no sistema penal, a fim de que se possa contextualizar sua utilização.

2.1. Os primeiros anos da legislação brasileira: inexistência de benefícios para a confissão

Nos primórdios do Estado brasileiro, a legislação, tanto processual, como material, não previa incentivos (positivos ou negativos) à cooperação do acusado. De fato, nosso primeiro Código Criminal, editado em 16 de dezembro de 1830³, pelo Imperador Dom Pedro I, não dispunha sobre qualquer benefício para o réu que confessasse os fatos criminosos de que fosse acusado⁴. Igualmente, o Código de Processo Criminal editado em 29 de novembro de 1832⁵ pela Regência Trina Permanente, não dispunha sobre qualquer benefício para o acusado colaborador.

A reforma do Código de Processo Criminal, realizada em 3 de dezembro de 1841, pouco depois da coroação do Imperador D. Pedro II, não trouxe qualquer alteração nos regimes do interrogatório e da confissão.

³ Embora sancionado em dezembro de 1830 pelo Imperador, o Código Criminal foi aprovado pela Assembleia em 7 de Janeiro de 1831, daí a razão para que ora ele seja referido como “Código de 1830”, ora como “Código de 1831”.

⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em 05 de dezembro de 2015.

⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm. Acesso em 05 de dezembro de 2015.

A primeira legislação republicana sobre o tema, o Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, que instituiu regras gerais sobre processo penal, incorporava o princípio da inviolabilidade da defesa. Inspirado nos valores republicanos e herdeiro da tradição iluminista, o Código Republicano buscava afastar a confissão como o meio de prova mais importante no processo penal⁶.

Logo após a Revolução de 1930, o então Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, Getúlio Vargas, decidiu alterar o Código Penal Brasileiro de 1890 e editou a Consolidação das Leis Penais (Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932) que, tal como o Código que vinha substituir, não dispôs sobre qualquer espécie de incentivo para que o acusado cooperasse com a parte acusatória, confessando o crime.

Pouco tempo depois, a ditadura do Estado novo, instaurada em 1937, veio estabelecer um regime autoritário no Brasil. Nesse contexto, ao lado da Constituição outorgada de 1937, os dois atos legislativos mais representativos do regime de inspiração fascista foram a edição do Código Penal em 07 de dezembro de 1940 (CP 1940) e do Código Processual Penal de 1941 em 03 de outubro de 1941 (CPP 1941)⁷. Os três textos tiveram como seu principal redator Francisco Campos, Ministro da Justiça do Governo provisório, conhecido por seus ideais autoritários⁸.

⁶ Como se vê do seguinte trecho da exposição de motivos, redigida pelo Ministro dos Negócios da Justiça, Campos Salles: “No empenho de rodear das mais solidas garantias a liberdade individual, e de assegurar a imparcialidade do julgamento, entre as providencias mais salutaes ficou estabelecido um limite para o interrogatorio dos accusados. Com effeito, nada pôde ser mais prejudicial á causa da justiça, do que este duello pungente, de argucias e subtilezas, de subterfugios e ciladas, que commummente se vê travado em pleno tribunal, entre o juiz e o acusado, e em que, não raro, aquelle que devera ser o órgão circumspecto e severo da austera magestade da lei, tem no emtanto como o mais appetecido triumpho a confissão do accusado extorquida á força de uma sagacidade criminosa”. Disponível em:

<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em 05 de dezembro de 2015.

⁷ Não obstante as diferentes datas de decretação, os dois Códigos entraram em vigor no mesmo dia 1º de janeiro de 1942, como se vê dos artigos 361, do CP 1940 e 810, do CPP 1941.

⁸ Francisco Campos era “um dos mais importantes ideólogos da direita no Brasil, aprofundando suas convicções antiliberais e passando a defender explicitamente a ditadura como o regime político mais apropriado à sociedade de massas”(…) “Em 1964, participou das conspirações contra o governo do presidente João Goulart. Após a implantação do regime militar, voltou a colaborar na montagem de um arcabouço institucional autoritário para o país, participando da elaboração dos dois primeiros Atos Institucionais baixados pelo novo regime (AI-1 e AI-2) e enviando sugestões para a elaboração da Constituição de 1967.

Disponível em http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/biografias/francisco_campos. Acesso em 05 de dezembro de 2015. Sobre o tema, veja-se ainda MALAN, Diogo: **Ideologia política de Francisco Campos: influência na legislação processual brasileira (1937-1941)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

A redação original do CP 1940 previu, pela primeira vez, a confissão como circunstância atenuante que deveria ser considerada pelo juiz no momento de aplicação da pena. Contudo, somente atenuaria a pena a confissão de crime que já não fosse imputado ao réu:

Art. 48. São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...)

IV - ter o agente: (...)

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, ignorada ou imputada a outrem

Não se tratava, portanto, do instituto da confissão como é hoje, em que o suspeito ou acusado reconhece os fatos a ele imputados, mas sim de outra espécie de cooperação, voltada a evitar erros judiciários e a reduzir os custos do Estado na identificação de autoria de um crime de autor desconhecido. Não obstante, tratava-se de mecanismo destinado a incentivar a cooperação, concedendo benefícios em troca de informações, como leciona Roberto Lyra:

Não é necessária indagação sobre os móveis da confissão, concedendo-se a atenuante, quer o agente se apresente por temer a descoberta da autoria ou a sua justa imputação, quer pelo sincero arrependimento e pela ânsia de sofrer a reação defensiva da sociedade⁹.

Em sintonia com a mudança do CP 1940, o CPP 1941 também previu benefícios àquele que confessasse o crime de autoria ignorada ou imputada a outrem, permitindo que o réu fosse colocado em liberdade no caso de sentença absolutória antes mesmo de julgada a apelação¹⁰, numa época em que os acusados, em regra, respondiam presos até o trânsito

⁹ LYRA, Roberto: **Comentários ao Código Penal, Vol. II**. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 382. O mesmo autor colaciona uma série de julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Tribunal de Apelação do Distrito Federal rejeitando a aplicação da atenuante quando o acusado foi preso em flagrante ou quando jamais houve dúvidas acerca de sua autoria.

¹⁰ “Art. 318. Em relação àquele que se tiver apresentado espontaneamente à prisão, confessando crime de autoria ignorada ou imputada a outrem, não terá efeito suspensivo a apelação interposta da sentença absolutória,

em julgado da sentença absolutória, diferentemente de hoje, em que a regra é a liberdade, não a prisão.

O caráter utilitário do instituto foi inclusive objeto de exame pelo STF, em situação na qual um acusado buscava obter o benefício de apelar em liberdade por ter cooperado. Contudo, assim como a atenuante da confissão, a colocação em liberdade do réu confesso não era aplicada nos casos em que a autoria era conhecida e a colaboração era inócua.

Habeas corpus. O artigo 318 do Código de Processo Penal exige dois requisitos para sua incidência: confissão de crime de autoria ignorada ou que o crime haja sido imputado a outrem. O benefício do artigo 318 está excluído para o confidente que logo após a prática do delito se acusa perante a autoridade. O crime praticado no caso dos autos não se cercou de nenhuma dúvida quanto à autoria, de tal modo que a apresentação mesmo espontânea do delinquente não representou auxílio, nos termos em que a lei o qualifica, à ação da polícia ou da justiça criminal. RHC 44831, STF, 3ª Turma, Rel. Min. Hermes Lima, Julgado em 10/11/1967.

A guinada conservadora do país iniciada em 1937, com a instalação de uma ditadura, ensejou a busca pela prova na pessoa do suspeito ou acusado, fazendo com que o interrogatório assumisse um papel central no processo penal regulado pelo CPP 1941.

Dentre as regras que sustentam essa afirmação estavam (1) a transformação do interrogatório como primeiro ato processual (art. 394, CPP 1941, hoje com a redação alterada); (2) a dispensabilidade de presença de advogado no ato e (3) a previsão de que o silêncio do acusado (ou seja, a opção por não cooperar com a parte acusatória) pudesse ser utilizado como elemento de convicção do juiz (art. 198, CPP 1941), evidenciando o objetivo do regime autoritário de transformar o interrogatório em meio de prova¹¹.

ainda nos casos em que este Código lhe atribuir tal efeito”. CP 1941. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em 05 de dezembro de 2015.

¹¹ “O projeto abandonou radicalmente o sistema chamado da certeza legal. Atribui ao juiz a faculdade de iniciativa de provas, complementares ou supletivas, quer no curso da instrução criminal, quer a final, antes de

2.2. A confissão na reforma penal de 1984: causa atenuante da pena

Foi somente com a reforma penal de 1984, trazida pela Lei nº 7.209/84, conhecida como “Nova Parte Geral do Código Penal”, que a cooperação do acusado na investigação do crime a ele imputado passou a ser incentivada. A atenuante da confissão, prevista no art. 65, II, d, com redação válida até hoje, deixou de ser aplicada para quem confessasse crime imputado a outrem ou a pessoa desconhecida, e passou a beneficiar qualquer acusado que se autoincriminasse:

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...)

III - ter o agente: (...)

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime

Essa opção de política criminal foi expressamente mencionada na exposição de motivos da Lei 7.209/1984, redigida pelo então Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel, publicada no DOU de 13 de julho de 1984:

Beneficia-se, como estímulo à verdade processual, o agente que confessa, espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, sem a exigência, em vigor, de ser a autoria ‘ignorada ou imputada a outrem.

Veja-se, portanto, que o conceito corrente de confissão (declarações prestadas oficialmente no curso de investigação ou instrução penal, contrárias aos interesses de quem

proferir a sentença. (...). Outra inovação em matéria de prova diz respeito ao interrogatório do acusado. Embora mantido o princípio de que *nemo tenetur se detegere* (não estando o acusado na estrita obrigação de responder o que se lhe pergunta), já não será esse termo do processo, como atualmente, uma série de perguntas predeterminadas, sacramentais, a que o acusado dá as respostas de antemão estudadas, para não comprometer-se, mas uma franca oportunidade de obtenção de prova”. Texto do Ministro Francisco Campos na Exposição de Motivos do Decreto-Lei nº 3.689/1941, publicada no DOU em 13/10/1941. O Código de Processo Penal de 1941 não foi votado pelo Congresso Nacional, mas tornado lei por Getúlio Vargas que, na época, chefiava a ditadura do Estado Novo.

as fornece¹²), largamente empregado hoje no discurso jurídico, somente assumiu a atual conformação no direito brasileiro há cerca de 30 anos.

Desde então, a jurisprudência do STF estabeleceu os contornos desse novo instituto, sobretudo no que toca à sua natureza. Embora, inicialmente, com a modificação do Código Penal em 1984, o STF exigisse que a concessão da atenuante de confissão (CP 1940, art. 65, III, d) viesse acompanhada do arrependimento moral do acusado¹³, a partir de 2003 iniciou-se uma mudança na jurisprudência do STF¹⁴.

Com efeito, hoje pode-se afirmar que o STF reconhece a finalidade instrumental e utilitária da confissão. Em vez de se averiguar a finalidade que move o agente, deve-se perquirir apenas se a confissão trouxe resultados úteis ao processo, entendidos como o reconhecimento, na decisão judicial, que a confissão serviu de base para a sentença condenatória.

¹² “Confessar, no âmbito do processo penal, é admitir contra si, por quem quer que seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso” (NUCCI, Guilherme de Souza: O valor da confissão como meio de prova no processo penal. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 81).

¹³ Nesse sentido, vejam-se os seguintes julgados: “A simples confissão da prática do crime, sem exame do motivo da confissão, não conduz a atenuação da pena”. HC 65.286, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Oscar Correa, julgado em 28/08/1987; “O simples fato objetivo da confissão do crime não implica atenuação da pena. Importa perquirir o motivo da confissão”. HC 69.048, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 31/03/1992; “A confissão, por si só, não é circunstância atenuante, cabendo considerar os seus motivos, de forma a permitir correta avaliação do arrependimento sincero, da lealdade processual, etc”. HC 76.938, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Mauricio Correa, julgado em 05/05/1998; “À caracterização da confissão espontânea devem concorrer os requisitos objetivos e subjetivos. A simples confissão, sem a demonstração de arrependimento, não garante a atenuação da pena a tal título”. HC 84.026, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, julgado em **03/08/2004**.

¹⁴ “A confissão espontânea, ainda que parcial, é circunstância que sempre atenua a pena, *ex vi* do artigo 65, III, d, do Código Penal, o qual não faz qualquer ressalva no tocante à maneira como o agente a pronunciou. Nesta parte, merece reforma a decisão condenatória”. HC 82.337, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em **25/02/2003**. “A circunstância atenuante pertinente à confissão espontânea, ainda que parcial, é aplicável àquele que confessa a autoria do crime independentemente da admissão do dolo ou das demais circunstâncias narradas na denúncia”. HC 99.436, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, julgado em 26/10/2010; “A criação de injustificados embaraços para sonegar do acusado a sanção premial da atenuante é, de certa forma, assumir perante ele reação de deslealdade (esse vívido conteúdo do princípio que, na cabeça do art. 37 da Constituição, toma o explícito nome de moralidade). Isso, é claro, naquelas situações em que as declarações prestadas perante a autoridade policial ou perante o magistrado de primeiro grau embasam a condenação (em conjunto com as provas produzidas sob o contraditório)”. HC 109.928, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 04/10/2011; “A confissão espontânea é ato posterior ao cometimento do crime e não tem nenhuma relação com ele, mas, tão somente, com o interesse pessoal e a conveniência do réu durante o desenvolvimento do processo penal, motivo pelo qual não se inclui no caráter subjetivo dos motivos determinantes do crime ou na personalidade do agente”. HC 115.994, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, julgado em 02/04/2013.

Por fim, o caráter utilitário, instrumental ou “premiado” da confissão se revela também nos casos em que a confissão é apenas parcial¹⁵ (quando uma parcela dos fatos é objeto da confissão), quando há retratação da confissão¹⁶ (quando o réu confessa em sede policial, mas se retrata em juízo e nega os fatos), quando há prisão em flagrante¹⁷ (a indicar a desnecessidade da confissão para apuração da autoria e materialidade) e, ainda, nos casos de confissão qualificada¹⁸ (quando o réu reconhece parcialmente os fatos, buscando obter melhoria na sua situação processual).

2.3. A delação premiada nos crimes em coautoria: causa especial de redução da pena

Uma das primeiras leis penais editadas na vigência do novo regime democrático, a Lei 8.072/90, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos (LCH), modificou o regime de cooperação penal, ao introduzir uma causa especial de redução de pena¹⁹, mecanismo muito mais benéfico do que a atenuante da confissão:

¹⁵ “Em se tratando de parcial confissão dos fatos narrados na denúncia, mostra-se proporcional e adequada a fração mínima (1/5) estabelecida a título de atenuante (art. 72, III, “d”, do CPM)”. HC 109.545, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 16/12/2014.

¹⁶ “A confissão extrajudicial retratada em Juízo constitui circunstância atenuante (alínea “d” do inciso III do art. 65 do CP), quando embasar a sentença penal condenatória. O que se deu no caso concreto”. HC 91.654, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em **08/04/2008**.

¹⁷ “A atenuante da confissão espontânea é inaplicável às hipóteses em que o agente é preso em flagrante, como no caso sub judice. Precedentes: HC 101861/MS, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJ de 9/5/2011; HC 108148/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 1/7/2011”. HC 102.002, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em **22/11/2011**.

¹⁸ “Firme é a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que não se aplica a atenuante da confissão espontânea para efeito de redução da pena se o réu, denunciado por tráfico de droga, confessa que a portava apenas para uso próprio. Neste sentido, dentre outros, Habeas Corpus n. 73.075, Rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ 12.3.1996; 71.903, Rel. Ministro Néri da Silveira, DJ 9.8.1996”. HC 94.295, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, julgado em **03/06/2008**. **No mesmo sentido:** HC 108.148/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe 1º/7/2011; HC 113.681, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em **25/06/2013**; HC 103.172/MT, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 24/09/2013; e, HC 119.671, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 05/11/2013.

¹⁹ As circunstâncias atenuantes estão previstas nos artigos 65 e 66 do Código Penal, não têm o *quantum* reducional pré-fixado e não podem reduzir a pena abaixo do mínimo legal (verbete nº 231, da súmula do STJ, limitação que vem sendo questionada por parte da doutrina). Já as causas especiais de redução de pena estão dispostas na parte geral e na parte especial do CP, têm seu *quantum* pré-determinado – em certos casos o magistrado goza de discricionariedade para reduzir de um a dois terços, por exemplo – e podem levar a pena abaixo do mínimo legal.

Art. 8º. Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal²⁰, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

A LCH caracterizou-se como medida de política criminal de recrudescimento penal, com aumento de penas, diminuição de benefícios (como liberdade provisória e progressão de regime) e, paralelamente, maiores incentivos aos acusados que cooperassem²¹. A finalidade de “recompensar” os delatores, criando incentivos positivos muito mais fortes do que aqueles da confissão foi reconhecida pelo STF:

Devido ao incremento da criminalidade violenta e organizada, o legislador passou a instrumentalizar o juiz em medidas e providências tendentes a, simultaneamente, permitir a prática dos atos processuais e assegurar a integridade físico-mental e a vida das pessoas das testemunhas e de co-autores ou partícipes que se oferecem para fazer a delação premiada. HC 90.312, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 02/09/2008²².

²⁰ Na época da edição da Lei, o crime previsto no art. 288 do CP 1940 era o crime de quadrilha ou bando (“Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes”), com pena de 1 a 3 anos de reclusão. Atualmente, o nome do crime foi alterado para associação criminosa (“Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes”), com a mesma pena.

²¹ A Lei de Crimes Hediondos foi objeto de inúmeros questionamentos, logo após sua edição, sofreu diversas alterações e teve dispositivos considerados inconstitucionais (O STF, no julgamento do HC 111.840, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 27/06/2012, declarou a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da LCH por este ir ao encontro da garantia constitucional da individualização da pena ao estabelecer que a pena, nos casos de crime hediondo, seria integralmente cumprida em regime fechado).

²² No mesmo sentido: “A partir do momento em que o Direito admite a figura da delação premiada (art. 14 da Lei 9.807/99) como causa de diminuição de pena e como forma de buscar a eficácia do processo criminal, reconhece que o delator assume uma postura sobremodo incomum: afastar-se do próprio instinto de conservação ou autoacobertamento, tanto individual quanto familiar, sujeito que fica a retaliações de toda ordem. Daí porque, ao negar ao delator o exame do grau da relevância de sua colaboração ou mesmo criar outros injustificados embaraços para lhe sonegar a sanção premial da causa de diminuição da pena, o Estado-juiz assume perante ele conduta desleal. Em contrapasso, portanto, do conteúdo do princípio que, no caput do art. 37 da Carta Magna, toma o explícito nome de moralidade.” HC 99.736, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 27/04/2010.

A delação premiada foi, pouco tempo depois, reproduzida por ocasião da edição da Lei 9.034/95, nosso primeiro diploma legal contra organizações criminosas, conhecida como Lei do Crime Organizado (LCO)²³.

Art. 6º Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.²⁴

Ainda sem o *nomen juris* “delação premiada”, o instituto já se desenhava no ordenamento jurídico brasileiro. Como os incentivos eram maiores dos que o da confissão (redução de até dois terços da pena), exigia-se que além do reconhecimento dos fatos imputados, houvesse a indicação de outros autores e o desmantelamento da quadrilha (no caso da LCH), o esclarecimento de infrações penais e sua autoria (no caso da LCO) ou a facilitação da libertação do sequestrado (no caso do crime previsto no art. 159, do CP 1940).

Ainda no ano de 1995, a Lei 9.080/95 introduziu alterações nas Leis 7.492/86 (Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional²⁵) e 8.137/90 (Lei que define os Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo²⁶), prevendo o mesmo tipo de incentivo à cooperação.

A evolução histórica da delação premiada prossegue com a edição da Lei 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro²⁷). Se, até então, os benefícios se limitavam à pena,

²³ Assim como a LCH, a LCO sofreu questionamentos em razão de sua constitucionalidade no STF, embora não na parte que tratou da causa especial de redução de pena (ADI 1570, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Mauricio Correa, julgada em 12/02/2004).

²⁴ Alteração semelhante foi incluída no CP 1940, válida, porém, apenas para o crime de extorsão mediante sequestro: “Art 159, § 4º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”.

²⁵ “Lei 7.492/86. Art. 25, § 2º - Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”

²⁶ “Lei 8.137/90. Art. 16, parágrafo único - Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”

²⁷ “Art. 1º, § 5º A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar

com menor (atenuante da confissão) ou maior (delação premiada) percentual de redução, a Lei de Lavagem de Capitais ampliou essa a possibilidade para a substituição da pena corporal por outra mais leve e até mesmo para a isenção total de pena (perdão judicial). E, pela primeira vez, adentrou na seara da execução penal, ao permitir regime de cumprimento diverso daquele que seria aplicado, e a possibilidade de cumprimento de pena em dependência separada dos demais acusados (quando em regime de prisão cautelar).

O ciclo da delação premiada se encerra com a edição da Lei 9.807/99, que tratou do sistema de proteção às testemunhas no Brasil, com um capítulo especificamente dedicado à proteção dos acusados que cooperassem com a parte acusatória, ampliando a possibilidade de redução de um a dois terços da pena ou perdão judicial para qualquer autor de crime que reconhecesse sua participação (confissão) e de cuja cooperação resultasse: (a) a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; (b) a localização da vítima com vida (possibilidade de perdão judicial) ou com sua integridade física preservada (redução de pena); e, (c) a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Assim como ocorreu com a confissão, tanto a doutrina como a jurisprudência trataram de pacificar as principais controvérsias acerca da delação premiada. A primeira questão dizia respeito à sua eficiência como meio de investigação, com um grau de exigência superior ao da simples confissão. Em outras palavras, não basta, para que o acusado receba o benefício, que apenas preste depoimentos acusando outros coautores. É necessário que, a partir dessa cooperação, sejam identificadas provas que embasem a decisão judicial, como demonstra o exame da jurisprudência do STF²⁸. A segunda questão

espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime” (grifou-se).

²⁸ “Não-incidência do art. 13, da Lei nº 9.807/99, em favor do paciente. A efetiva e voluntária colaboração de agente do crime para a investigação e processo penal deve resultar na identificação dos co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com integridade física preservada ou na recuperação total ou parcial do produto do crime. Na estreita via do habeas corpus, não há condições de se valorar os elementos colhidos durante a fase policial, bem como aqueles obtidos durante a instrução processual, somente podendo o juiz da causa aferir a incidência (ou não) da causa de extinção da punibilidade do agente consistente no perdão judicial”. HC 89.847, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em **10/06/2008**. No mesmo sentido, vejam-se os sucessivos: HC 101.436, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em **09/03/2010**; RHC 107759, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em **18/10/2011**; AI 820480, STF, 1ª Turma, Rel. Min.

dizia respeito ao valor probatório das declarações do delator. Quando do julgamento da Ação Penal 470, o STF entendeu que as palavras do delator não constituem elemento de prova e que delatores não podem ser considerados testemunhas compromissadas com a verdade, mas simples informantes²⁹.

2.4. A colaboração premiada: introdução da barganha no sistema penal brasileiro

A colaboração premiada instituída pela Lei 12.850/2013 vai além da delação premiada naquilo que exige do suspeito ou acusado colaborador, mas, sobretudo, naquilo que oferece em troca de sua cooperação.

Para poder usufruir do benefício, a lei estabelece as seguintes condições ao acusado que coopera (art. 4º, da Lei 12.850/2013): (1) que a colaboração seja voluntária; (2) que a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso recomendem a celebração do acordo; e, (3) que a colaboração seja efetiva, assim entendida como aquela que produziu um ou mais dos seguintes resultados:

Luiz Fux, julgado em **03/04/2012**; HC 114.388, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em **18/06/2013**; HC 119.976, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em **25/02/2014**; HC 127.221, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em **25/08/2015**. **Relativamente à eficiência, vejam-se:** “As instâncias ordinárias concluíram que o paciente não envidou esforços suficientes para a identificação dos demais coautores ou partícipes do grupo criminoso, não preenchendo os requisitos necessários à aplicação da minorante prevista no art. 14 da Lei 9.807/1999”. HC 109.403, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em **10/12/2013** e “A delação voluntária de outros implicados, sem formalização de acordo com a acusação, não impede o oferecimento da denúncia. Eventuais benefícios pela colaboração serão avaliados na fase de julgamento”. Inq 3204, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em **23/06/2015**.

²⁹ “O fato de não terem sido denunciados nestes autos não retira dos envolvidos a condição de co-réus. Daí a impossibilidade de conferir-lhes a condição de testemunhas no feito. De todo modo, por não terem sido ouvidos na fase do interrogatório judicial, e considerando a colaboração prestada nos termos da delação premiada que celebraram com o Ministério Público, é perfeitamente legítima sua oitiva na fase da oitiva de testemunhas, porém na condição de informantes”. AP 470, Terceira Questão de Ordem, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em **23/10/2008**. “O sistema processual brasileiro não admite a oitiva de co-réu na qualidade de testemunha ou, mesmo, de informante, como quer o agravante. Exceção aberta para o caso de co-réu colaborador ou delator, a chamada delação premiada, prevista na Lei 9.807/1999. A hipótese sob exame, todavia, não trata da inquirição de acusado colaborador da acusação ou delator do agravante, mas pura e simplesmente da oitiva de co-denunciado. Daí por que deve ser aplicada a regra geral da impossibilidade de o co-réu ser ouvido como testemunha ou, ainda, como informante. Agravo regimental não provido”. AP 470, Sétimo Agravo Regimental, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em **18/06/2009**.

- I) a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- II) a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- III) a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- IV) a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- V) a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

As diferenças entre a colaboração e a delação, no que tange aos deveres do réu que coopera, estão, portanto, relacionadas às características do crime de organização criminosa (itens II e III, acima). Por se tratar de uma organização criminosa (a colaboração premiada só se aplica para esse tipo de crime), presume-se uma estabilidade associativa para a prática de crimes que poderão ser evitados e exige-se a revelação de como essa organização criminosa está estruturada internamente.

Já os benefícios oferecidos (art. 5º, Lei 12.850/2013) vão muito além da redução de um a dois terços da pena e do perdão judicial, já constantes da delação premiada, incluindo:

- I) a possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer denúncia se o colaborador (1) não for o líder da organização criminosa e (2) for o primeiro a prestar efetiva colaboração;
- II) a possibilidade de que a colaboração ocorra após a sentença, caso em que se oferece a redução da pena até a metade e a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos;
- III) o direito de cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados³⁰

³⁰ Outras medidas, que não estão diretamente relacionadas com o cumprimento da pena decorrente do crime, são: (a) ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; (b) ser conduzido, em

Além da imunidade à persecução penal³¹, a principal inovação em relação aos institutos anteriores não está propriamente no tipo de benefício oferecido pela lei, mas sim na forma como ocorre a colaboração.

Ao contrário da delação, a colaboração premiada é realizada por meio de um acordo escrito, subscrito pelos representantes da parte acusatória, pelo suspeito ou acusado e seu defensor, e homologado pelo juiz. Esse é um grande diferencial em termos de incentivo ao criminoso que colabora, pois tanto as confissões como a delação trazem uma grande margem de incerteza no tocante ao benefício exato que será recebido.

Já a colaboração, em razão do acordo escrito, permite um ajuste concreto dos benefícios e das hipóteses em que o acordo será considerado válido ou inválido. Ademais, a homologação judicial retira parte da incerteza do acordo existente na confissão e na delação, institutos que o juiz somente avalia no momento de proferir a sentença. Ao se comprometer previamente com aquelas condições, vinculam-se não apenas os limites do acordo, mas também o próprio órgão jurisdicional.

A existência de um acordo escrito traz maior segurança para as partes – e, sobretudo, ao criminoso colaborador – no que tange à exigibilidade de seu cumprimento pelo Poder Judiciário, diferenciando-o da delação e da confissão. No entanto, nem por isso modifica-se sua natureza jurídica de *medida de cooperação* ou o marco teórico no qual está baseada: o *utilitarismo penal*.

Entretanto, por se tratar de instituto jurídico novo, pode acontecer de juízes, membros do Ministério Público e advogados, desconhecendo o quadro evolutivo no qual se insere a colaboração premiada, extrapolar os limites de sua aplicação e a função de

juízo, separadamente dos demais coautores; (c) participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; e, (d) não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito.

³¹ Até a edição da Lei 12.850/2013, institutos que permitiam a negociação envolvendo a propositura da ação penal somente eram cabíveis para infrações leves. A transação penal (art. 76, Lei nº 9.099/95) é cabível para as infrações penais com pena máxima de dois anos (classificadas de infrações de menor potencial ofensivo); a suspensão condicional do processo (art. 89, Lei nº 9.099/95) é permitida para infrações penais com pena mínima não superior a um ano; e a remissão é utilizada nos atos infracionais praticados por adolescentes (arts. 126, 127 e 128, da Lei 8.069/90). Em todos esses casos, não se exige nem se considera que o acordo implique em reconhecimento dos fatos pelo suspeito ou acusado.

sua utilização. Como afirmou o filósofo francês Michel de Montaigne, "*A palavra é metade daquele que fala, e metade daquele que ouve*".

A frase se aplica também às leis, já que, às vezes, a intenção do legislador é substituída pela vontade do intérprete ao aplicar a lei. Parafraseando Montaigne, pode-se afirmar que a legislação depende metade daqueles que a promulgaram, e metade daqueles que irão aplicá-la.

3 – ANÁLISE CRÍTICA DA COLABORAÇÃO PREMIADA NA “OPERAÇÃO LAVA JATO”

Devido à grande publicidade envolvendo a “Operação Lava Jato”, o instituto da colaboração premiada teve grande exposição. No entanto, os acordos firmados no âmbito dessa operação não foram analisados em suas características jurídicas. Para a elaboração do presente artigo, foram considerados os termos de colaboração premiada firmados entre o Ministério Público Federal e Paulo Roberto Costa³², Alberto Youssef³³ e Pedro José Barusco Filho³⁴, todos eles já tornados públicos na rede de computadores *internet*.

Se, por um lado, não há dúvidas acerca da inovação normativa trazida pela colaboração premiada, por outro lado, tampouco há dúvidas de que os acordos ora em exame deveriam estar adstritos às hipóteses e condições legais. Contudo, o exame de tais documentos revela que os acordos foram realizados sem que os benefícios ali concedidos tivessem base na lei.

³² Acordo firmado no âmbito das ações penais nº 5026212-82.2014.404.7000 e 5025676-71. 2014.404.7000 e na representação nº 5014901-94. 2014.404.7000, todos em trâmite perante a 13ª Vara Federal da subseção Judiciária de Curitiba. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-paulo-roberto.pdf>. Acesso em 05 de dezembro de 2015.

³³ Acordo firmado no âmbito das ações penais nº 5025687-03.2014.404.7000, 5025699-17.2014.404.7000, 5026212-82.2014.404.7000, 5047229-77.2014.404.7000, 5049898-06.2014.404.7000, 5035110-84.2014.404.7000, e 5035707-53.2014.404.7000, todos em trâmite perante a 13ª Vara Federal da subseção Judiciária de Curitiba. Disponível em <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodela%C3%A7%C3%A3oyoussef.pdf>. Acesso em 05 de dezembro de 2015.

³⁴ Acordo firmado no âmbito do inquérito policial nº 5049557-14.2013.404.7000, em trâmite perante a 13ª Vara Federal da subseção Judiciária de Curitiba. disponível em <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/veja-na-integra-a-delacao-premiada-de-pedro-barusco/>. Acesso em 05 de dezembro de 2015.

Firmado em 27 de agosto de 2014, o acordo de colaboração premiada entre o Ministério Público Federal e Paulo Roberto Costa concede diversos benefícios não previstos pela Lei 12.850/2013, dentre eles os seguintes:

1) A substituição da prisão cautelar pela prisão domiciliar com uso de tornozeleira eletrônica (Cláusula 5ª, I, a e Cláusula 5ª, § 1º);

2) A limitação do tempo de prisão cautelar comum (prisão preventiva), independentemente da efetividade da colaboração, em 30 (trinta) dias, contados da celebração do acordo (Cláusula 5ª, § 6º);

3) Fixação do tempo máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade, independente das penas cominadas em sentença, em 2 (dois) anos, a ser cumprida em regime semi-aberto (Cláusula 5ª, I, b);

4) Cumprimento do restante da pena, qualquer que seja seu montante, em regime aberto (Cláusula 5ª, I, c).

Firmado em 24 de setembro de 2014, o acordo de colaboração premiada entre o Ministério Público Federal e Alberto Youssef também concede diversos benefícios não previstos pela Lei 12.850/2013, dentre eles os seguintes:

1) Fixação do tempo máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade, independente das penas cominadas em sentença, em no mínimo 3 (três) e no máximo 5 (cinco) anos, a ser cumprida em regime fechado, com progressão automática para o regime aberto, mesmo que não estejam presentes os requisitos legais (Cláusula 5ª, III e V);

2) A permissão de utilização, pelas filhas do colaborador, de bens que são, declaradamente, produto de crime, durante o tempo em que ele estiver preso em regime fechado (Cláusula 7ª, “h” e “i” e §3º);

3) A liberação de quatro imóveis e um terreno, que seriam destinados ao juízo a título de multa compensatória³⁵, caso os valores recuperados com o auxílio do colaborador superem em 50 vezes o valor dos imóveis (Cláusula 7ª, §4º);

4) A liberação de um imóvel em favor da ex-mulher do colaborador e de outro imóvel em favor das filhas do colaborador, sem que esteja claro se tais imóveis são oriundos de crime ou não (Cláusula 7ª, §§5º e 6º).

Por fim, assinado em 19 de novembro de 2014, o acordo de colaboração premiada entre o Ministério Público Federal e Pedro José Barusco Filho também concede diversos benefícios não previstos pela Lei 12.850/2013, dentre eles os seguintes:

1) O cumprimento de todas as penas privativas de liberdade aplicadas ao colaborador em *regime aberto diferenciado*³⁶ (sic) pelo prazo máximo de 2 (dois) anos, independente das penas que venham a ser fixadas na sentença judicial e, cumulativamente, a prestação de serviços à comunidade por prazo não inferior a 2 (dois) e não superior a 5 (cinco) anos (Cláusula 5ª, I, II, III e IV);

2) A obrigação do MPF pleitear que não sejam aplicadas sanções ao colaborador ou suas empresas nas ações cíveis e de improbidade administrativa que porventura forem ajuizadas (Cláusula 5ª, §6º).

Se é certo que tudo aquilo que a lei não proíbe é lícito ao indivíduo realizar, também é certo que os agentes públicos só podem atuar nos limites que a lei estabeleceu. Entretanto, as cláusulas acima mencionadas fogem completamente aos limites estabelecidos pela Lei 12.850/2013 e a discricionariedade com que foram redigidas tais cláusulas não possui previsão legal. Com efeito, as hipóteses da lei são taxativas, não exemplificativas. São fruto de uma ponderação do legislador sobre quais benefícios

³⁵ Ignora-se o que seria a multa compensatória prevista nesse artigo, já que nem a Lei 12.850/2013, nem o CP 1940, estabelecem esse tipo de penalidade.

³⁶ Não existe, em nenhuma lei da República, previsão de “regime aberto diferenciado”, criado por meio desse acordo de colaboração premiada específico e que consistiria no: (a) recolhimento domiciliar noturno entre 20h e 6h; (b) comunicação de viagens internacionais para tratamento médico com uma semana de antecedência; e, (c) entrega de relatórios bimestrais de suas atividades profissionais e viagens realizadas em território nacional.

deveriam ser concedidos para estimular o criminoso a cooperar, e quais não deveriam ser concedidos...

Negociações sobre substituição de prisão cautelar por prisão domiciliar com tornozeleira, invenção de regimes de cumprimento de pena que não existem, vinculação de manifestação do MPF em processos que não são da atribuição daqueles membros que assinam o acordo, permissão para uso de bens de origem criminosa e a liberação de bens que podem ser produto de crime constituem medidas claramente ilegais e que aumentam enormemente os riscos de que tais colaborações contenham elementos falsos (ou parcialmente verdadeiros).

O risco na celebração de acordos com tais previsões não é moral, mas sim de eficiência do instituto da colaboração premiada, na medida em que aumentam de forma exponencial os benefícios aos colaboradores prejudicando o equilíbrio de custo e benefício estabelecido pelo legislador.

Acredita-se que esse desequilíbrio pode ampliar significativamente os incentivos à cooperação, mas igualmente amplia os riscos de que tais colaborações não sejam verdadeiras nem úteis.

4 – A colaboração premiada e os incentivos à cooperação

A teoria econômica do crime está baseada, sobretudo, nos estudos e escritos de Adam Smith, Cesare Beccaria e Jeremy Bentham, que utilizaram a economia não apenas como objeto de estudo, mas também como um método para examinar outras áreas do conhecimento. Nessa linha, diversos fenômenos poderiam ser explicados a partir das escolhas que os seres racionais fazem para alcançar seus objetivos e maximizar seu interesse, dadas as limitações de informação e recursos que dispõem.

Resumidamente, a teoria econômica do crime estabelece como premissa que os indivíduos não se tornam criminosos em razão de sua origem social, ou de características pessoais, mas sim em razão das escolhas e decisões. Trata-se de uma perspectiva claramente utilitarista e consequencialista, orientada para a análise das escolhas individuais na seara criminal.

Foi Jeremy Bentham quem primeiro sugeriu que a probabilidade de lucro proveniente do crime é a força que leva o sujeito a delinquir, ao passo que a ameaça dor decorrente da pena é a força que poderá dissuadi-lo. Se a primeira força (ganho potencial) for maior do que a segunda (custo potencial), um crime será cometido.

Em suma, as ações humanas são motivadas por estímulos: incentivos, benefícios, riscos e dissuasões, devidamente previstos em lei e disponíveis como informação para embasarem a escolha do indivíduo.

Herdeiro dessa tradição, Gary Becker (Prêmio Nobel de economia em 1992) ampliou a análise microeconômica para um vasto campo de interações do comportamento humano, incluindo comportamentos não relacionados ao mercado, dentre eles a decisão de praticar um crime³⁷.

Seguindo os passos de Bentham, Becker aperfeiçoou o raciocínio econômico aplicado à teoria do crime com base na escolha racional. Sua tese sustenta-se, em linhas gerais, na crença de *“que a maioria das pessoas cometeria um ilícito apenas se a utilidade esperada percebida pelo agente excedesse a utilidade esperada do emprego de seu tempo e recursos em outras atividades, como um trabalho tradicional”*³⁸.

Na conhecida fórmula elaborada por Gary Becker, a escolha pela prática criminosa ocorre quando o sujeito racional calcula que o benefício esperado com o crime (o que pode incluir não apenas o valor monetizado do ganho criminoso, mas também a satisfação de obter aquele bem) é superior ao custo esperado desse crime (o que inclui não apenas a perda dos valores eventualmente ganhos, mas também as penas a que está sujeito, sejam elas penas monetárias ou de prisão), sendo certo que os custos esperados do crime devem ser multiplicados pela probabilidade de punição³⁹.

³⁷ “The approach taken here follows the economists’ usual analysis of choice and assumes that a person commits an offense if the expected utility to him exceeds the utility he could get by using his time and other resources at other activities. Some persons become ‘criminals’, therefore, not because their basic motivation differs from that of other persons, but because their benefits and costs differ”. BECKER, Gary: **Crime and punishment – an economic approach**. In Journal of Political Economy vol. 76, 1968, p. 176. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/1830482>. Acesso em 05 de dezembro de 2015.

³⁸ ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de, GICO JR, Ivo: **Corrupção e Judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção**. In Bottino, Thiago e MALAN, Diogo (org.): Direito Penal e Economia. Elsevier: Rio de Janeiro, 2012, p. 61.

³⁹ “The widespread generalization that offenders are more deterred by the probability of conviction than by the punishment when convicted turns out to imply in the expected-utility approach that offenders are risk

Com efeito, o sujeito racional calcula o custo esperado do crime levando em consideração a probabilidade de ser identificado, processado e punido. Caso a probabilidade de punição seja baixa, menor será o custo esperado do crime⁴⁰. Em outras palavras, essa teoria sustenta que as decisões são tomadas a partir de considerações sobre a eficiência do sistema penal.

Determinados crimes podem ser rigorosamente planejados de modo que se leve em consideração todos os fatores necessários para o cálculo dos benefícios esperados, dos custos esperados e da probabilidade de cada resultado (benefício ou custo), evidenciando um grau de deliberação perfeitamente compatível com o modelo de escolha racional.

Por outro lado, a aplicação da teoria econômica ao crime costuma sofrer críticas na medida em que pressupõe que o respeito às leis está baseado apenas no interesse de maximização de benefício pelo sujeito racional.

Tais críticas não procedem. A própria teoria econômica do crime reconhece que nem todo sujeito racional opta por maximizar seu interesse de forma criminosa. Muitos indivíduos respeitam as regras e não praticam crimes por motivações intrínsecas, de ordem moral (sejam elas religiosas, culturais, sociais etc). Sabe-se que a interação social e familiar constrói “travas” ou “inibições” morais, de forma que comportamentos socialmente indesejados não sejam realizados pelos indivíduos, ainda que o benefício esperado pelo crime supere muitas vezes o custo esperado.

Ou seja, não é porque um determinado sujeito identifica a alta probabilidade de que jamais será identificado, processado e punido por um crime, que necessariamente praticará o crime. Além disso, alguns criminosos não procuram situações ideais para praticarem crimes, mas aproveitam as que surgem.

prederrers, at least in the relevant region of punishments”. BECKER, Gary: **Crime and punishment – an economic approach**. In *Journal of Political Economy* vol. 76, 1968, p. 176. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/1830482>. Acesso em 05 de dezembro de 2015.

⁴⁰ “A importância da probabilidade de punição é objeto de inúmeros estudos que comparam a probabilidade de ser preso *vis-à-vis* à ocorrência de todos os tipos de delitos (e.g. EHRLICH, 1972, 1973, 1974, 1975, 1976, 1982; EHRLICH & POSNER, 1974; EHRLICH & GIBBONS, 1977; EHRLICH & MARK, 1977; EHRLICH & LIU, 1999), ainda que exista algum debate sobre tais estudos (BRIER & FIENBERG, 1980).” (ALENCAR, Carlos Higinio Ribeiro de, GICO JR, Ivo: **Corrupção e Judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção**. In Bottino, Thiago e MALAN, Diogo (org.): *Direito Penal e Economia*. Elsevier: Rio de Janeiro, 2012, p. 64).

Conclui-se que a escolha pelo crime não deriva apenas da “oportunidade perfeita”. Economistas tendem a descrever o processo de tomada de decisões como se os sujeitos agissem como se estivessem comparando os benefícios do crime e as penas esperadas.

O mais adequado, talvez, seja afirmar que a decisão de cometer um crime não independe da análise de custos e benefícios. Assim formulado, o modelo econômico de escolha racional pode ser bastante útil, sobretudo na formulação de políticas públicas para a área criminal⁴¹.

Um exemplo evidente do modelo econômico de escolha racional em matéria criminal é justamente o sistema de incentivos positivos aos criminosos para que cooperem com a parte acusatória. De fato, para ampliar o custo esperado do crime, atuando sobre a probabilidade de que a infração penal seja identificada e seu autor punido, podem-se criar incentivos para que determinados criminosos cooperem com a acusação relatando fatos e autoria de crimes em troca de benefícios.

É nesse contexto que se insere o instituto da colaboração premiada.

Ao permitir que determinados acusados recebam benefícios para fornecer informações e indícios que poderão se transformar em provas contra outros acusados, o legislador introduz um fator que aumenta o custo esperado do crime. E, como visto acima, o aumento da probabilidade de punição é um dos pontos mais sensíveis quando se utiliza a teoria econômica, devido ao peso que ela possui no cálculo do curso do crime⁴².

Ora, segue daí que o suspeito ou acusado que opta por cooperar com a parte acusatória também faz uma escolha racional. E, no modelo da colaboração premiada, com

⁴¹ Ao se identificarem determinadas condutas consideradas danosas à coletividade, o Congresso decide transformá-las em crime; para desestimular o cometimento de determinado crime, pode-se aumentar a pena prevista para sua prática; e, para aumentar a eficiência na repressão do crime, esse mesmo Congresso pode decidir autorizar novas medidas investigativas.

⁴² “Em segundo lugar, inclusive os autores contrários à tese do delinquente racional não deixam de reconhecer que a maior ou menor probabilidade de ser preso e punido incide sim sobre o indivíduo. Isso é um reconhecimento tácito de que o delinquente – numa medida indeterminada, digamos – não é de todo alheio a um cálculo racional de custos, como já foi exposto”. SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria: **Eficiência e Direito Penal**. Barueri: Manole, 2004, p. 19.

certeza não se trata de uma ação espontânea e irrefletida, já que pressupõe a assistência de um advogado⁴³.

A escolha consciente e voluntária pela colaboração premiada pressupõe um cálculo de custo-benefício, evidenciando o caráter utilitário da medida. O criminoso avaliará o benefício esperado (vantagens que receberá pela cooperação) e o custo esperado (aí considerados, de um lado, o risco em não cooperar, ou, de outro lado, os efeitos do descumprimento do acordo).

O custo esperado, no caso do sujeito que opta pela cooperação, está (1) na perda de seu direito de não se autoincriminar⁴⁴, fornecendo meios de investigação e, às vezes, provas, que permitirão à parte acusatória provar a materialidade do crime e sua autoria em juízo; e, (2) na incerteza associada à possível não-homologação do termo de colaboração ou a uma decisão posterior que despreze ou minimize os efeitos da colaboração.

Ora, os benefícios excedem em muito os custos. Por essa razão, a colaboração premiada exige um nível de cooperação maior do acusado, qual seja, a identificação de outros membros da organização criminosa bem como a indicação dos meios pelos quais se poderá provar a prática do crime por essas outras pessoas e ainda a revelação de outros crimes praticados por essa organização que ainda não sejam de conhecimento da parte acusatória.

Nesse cenário, o risco que se apresenta é o de que o criminoso colaborador busque incriminar outras pessoas (inocentes ou com participação de menor importância) a fim de maximizar seus benefícios.

Essa hipótese ganha maior força nos casos em que o acusado se vê diante de penas potenciais altíssimas e os benefícios concedidos são muito atrativos (como aqueles que constam dos acordos de colaboração examinados).

⁴³ A lei determina a assistência de advogado em todas as fases da colaboração: “Art. 4º, § 15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor”.

⁴⁴ “Art. 4º, § 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”

Afinal, o custo de acrescentar mais alguns anos em sua pena⁴⁵ pode ser ínfimo⁴⁶, uma vez que isso aumentará pouco ou mesmo nada no tempo total que permanecerá preso, seja em razão do limite máximo previsto no CP 1940⁴⁷, seja porque mesmo se computando o acréscimo de pena para a contagem de benefícios na execução penal⁴⁸, os efeitos serão, em regra, muito pequenos.

A conclusão é que, em determinados cenários, onde há muita assimetria de informação⁴⁹, isto é, quando a parte acusatória não promoveu investigações independentes relacionadas à atuação de determinada pessoa ou sobre determinados fatos, os quais são “revelados” pelo colaborador, o criminoso colaborador pode optar pela cooperação falsa, calculando que os benefícios esperados são mais altos que os custos.

Significa dizer que se outros acusados afirmam determinada coisa, ele poderá confirmar algo que não é necessariamente verdade apenas para se beneficiar com a cooperação, uma vez que a probabilidade de que se identifique a falsidade de suas declarações é pequena.

Da mesma forma, se houver necessidade de que novos autores sejam identificados (porque já houve outras cooperações no sentido de identificar meios pelos quais a prova será produzida), esse colaborador poderá indicar pessoas com participação de menor importância, ou que atuaram sem saber que estavam inseridos em um processo criminoso, maximizando a importância dessas pessoas, com a finalidade de receber as enormes vantagens do acordo de colaboração.

⁴⁵ Normalmente, os acusados não estão sujeitos apenas às penas do crime de integrar organização criminosa, com pena de 3 a 8 anos de reclusão, mas sim às penas potencialmente altas de outros crimes como corrupção (até 12 anos), peculato (até 12 anos), fraude em licitações (até 6 anos), dentre outros.

⁴⁶ Caso se descubra que as informações fornecidas pelo criminoso que coopera não eram corretas e deles não decorreu a prova esperada pela parte acusatória, o sujeito que coopera perderia os benefícios e estaria sujeito à pena de 1 a 4 anos de reclusão (“Art. 19, da Lei 12.850/2013: Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”).

⁴⁷ Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

⁴⁸ Art. 75, § 1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.

⁴⁹ Assimetria entendida como a diferença de informações de que dispõe a parte acusatória e o acusado no que tange às diferentes participações dos autores na organização criminosa, as ramificações da organização criminosa, os diferentes crimes praticados e as provas existentes de autoria e materialidade que deverão ser produzidas ao longo do processo.

Nesse sentido, é imperioso analisar os aspectos ligados à quantidade ótima de dissuasão do crime. Os custos para a dissuasão do crime podem envolver recursos monetários (mais recursos para as agências de combate ao crime, como polícia e Ministério Público) e não monetários (penas mais gravosas, por um lado, e medidas de cooperação mais vantajosas, por outro), mas devem sempre ser calculados de modo que os custos da dissuasão do crime não sejam mais elevados que os custos do próprio crime.

Em outras palavras, o custo para dissuasão do crime não pode ser tão alto que acabe gerando incentivos ainda mais prejudiciais para o sistema⁵⁰.

Ferrajoli destaca que essa análise é especialmente importante na medida em que o “custo” do sistema punitivo estatal pesa sobre todos e não apenas sobre os culpados. Além de estarmos todos sujeitos às proibições de condutas consideradas delituosas, também os inocentes podem ser, como de fato são, submetidos às agruras de um processo criminal e, muitas vezes, até condenados injustamente⁵¹.

Portanto, quando se ultrapassam os limites objetivos e de validade das diferentes modalidades de cooperação penal, ampliando enormemente os benefícios oferecidos ao criminoso sem a correspondente elevação dos custos caso sua cooperação se mostre insuficiente, corre-se o risco de que o incentivo à cooperação seja tão elevado (e seu custo tão diminuto) que acabe por gerar o efeito inverso, de colaborações que não trazem

⁵⁰ Veja-se, nesse sentido, a lição de Robert Cooter e Thomas Ulen: “Imagine, por exemplo, que a prisão perpétua é a pena máxima disponível em uma sociedade, e que a lei ordena a prisão perpétua por apropriação indébita. Agora imagine que um policial persegue um ladrão armado. Se o policial prender o ladrão, o criminoso ficará preso pelo resto da vida, de acordo com a lei draconiana em validade. Assim, o ladrão não tem por que não tentar atirar no policial. Se matá-lo, pode fugir. Se não, não há qualquer punição adicional disponível, pois a pena de apropriação indébita já é a máxima. Nesse exemplo, as penalidades draconianas para crimes menores prejudicam a dissuasão de crimes mais sérios.”. COOTER, Robert e ULEN, Thomas: *Direito e Economia*. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 491.

⁵¹ “A falta de correspondência entre culpados, processados e condenados, e, em particular, a ‘cifra de injustiça’, formada pelas, ainda que involuntárias, punições de inocentes, cria, de outra parte, complicações gravíssimas e normalmente ignoradas ao problema da justificação da pena e do direito penal. Se, com efeito, os custos da justiça e aqueles opostos da ineficiência podem ser, respectivamente, justificados em modo positivo, ou tolerados com base em doutrinas e ideologias de justiça, os custos da injustiça, por seu turno, são, neste diapasão, injustificáveis, consentindo ao direito penal que os produz apenas uma justificativa eventual e negativa, ancorada nos custos maiores que, hipoteticamente, a falta de um direito penal e das suas garantias acarretaria. Porém, a cifra da injustiça, como facilmente perceptível na análise até o momento realizada, é, principalmente, o produto da carência normativa ou da não efetividade prática das garantias penais e processuais, que acabam por prestar-se ao arbítrio e ao erro” (FERRAJOLI, Luigi: **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002, p. 89).

informações e indícios verdadeiros, prejudicando, mais do que auxiliando, a parte acusatória.

Porém, considerando que os acordos de colaboração premiada acima analisados já foram firmados e homologados judicialmente (inobstante possuírem cláusulas concedendo benefícios muito maiores dos que a lei autorizava conceder aos criminosos colaboradores), não cabe aqui, necessariamente, discutir sua validade, mas interessa, sim, avaliar qual o valor probatório que se deve dar a tais colaborações.

Por essa linha de raciocínio, não se deve conferir às declarações dos réus colaboradores o peso de provas (mesmo testemunhais), e sim o mesmo tratamento conferido às delações premiadas: meio de investigação e não meio de prova.

Isoladamente, as declarações de réus colaboradores, ainda que sob o compromisso de dizerem a verdade, não podem ser consideradas provas, nem sequer indícios, que possam ensejar o recebimento de uma acusação criminal, a imposição de medidas cautelares ou um decreto condenatório.

Com efeito, se a prisão preventiva exige *“prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”* (art. 312, do CPP 1941), essa prova não poderá se constituir nas declarações do réu colaborador. De igual forma, os indícios de autoria, tampouco poderão se limitar a tais declarações, eis que a lei define indício a partir de fatos já provados: *“Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”* (Art. 239, do CPP 1941).

Embora a própria Lei 12.850/2013 afirme que *“Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”* (Art. 4º, § 16), afirma-se, com base nos acordos de colaboração examinados, onde se constata a ampliação dos benefícios para muito além daquilo que o legislador dispôs, a inexistência de força probatória nessas declarações, seja para embasar uma sentença, seja para justificar a imposição de uma medida cautelar ou mesmo para justificar o recebimento de uma denúncia.

Não se discute que a prolação de uma sentença condenatória deve estar calcada em provas produzidas sob o contraditório (art. 155, CPP). E que a colaboração premiada

não possui natureza de prova. Mas impõe-se que o texto da lei seja interpretado de forma analógica para medidas cautelares e para o recebimento da denúncia.

Com efeito, todas as medidas cautelares, sejam elas pessoais (prisão preventiva, temporária e interceptação telefônica) ou reais (busca e apreensão, arresto, sequestro e hipoteca legal), investigativas ou assecuratórias, exigem, para sua decretação, de lastro probatório mínimo. Isto é, não se admite qualquer medida cautelar sem que haja uma base probatória que lhe dê suporte. Sem provas, ainda que mínimas da existência do crime, não é possível avançar sobre a liberdade do cidadão. E a Lei 12.850/2013 expressamente rechaçou a natureza probatória da colaboração premiada.

De igual forma, determina o Código Processual que “Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (...) III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.”. Justa causa, como conceitua unanimemente a doutrina, constitui um conjunto probatório, ainda que mínimo, mas que comprove a existência do crime.

Depoimentos prestados no âmbito de uma colaboração premiada não têm essa natureza de lastro probatório. Por conseguinte, não se prestam, por si só, para embasar qualquer decisão judicial, seja ela uma sentença condenatória, seja uma medida cautelar, ou mesmo o recebimento de uma denúncia.

Sobre o tema, o decano do STF, Ministro Celso de Mello, recentemente pronunciou-se nesse sentido, afirmando que a colaboração premiada é meio para a obtenção de prova, não prova em si mesmo:

Registro, inicialmente, que o instituto da colaboração premiada, especialmente nos termos em que disciplinado pela Lei nº 12.850/2013 (arts. 4º a 7º), vem sendo reconhecido, por esta Suprema Corte, com apoio no magistério doutrinário (Valdoir Bernardi de Farias, ‘Delação Premiada: constitucionalidade, aplicabilidade e valoração’, p. 135/158, 153, ‘in’ ‘Temas Contemporâneos de Direito’, org. por José Carlos Kraemer Bortoloti e Luciane Drago Amaro, 2009, Méritos Editora, v.g.), como relevante instrumento de obtenção de prova, e não como meio de prova (HC 127.483/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Pleno), refletindo,

em seu tratamento normativo, o que se delineou, no plano das relações internacionais, na Convenção de Palermo (Artigo 26) e na Convenção de Mérida (Artigo 37), ambas subscritas pelo Brasil e formalmente já incorporadas ao sistema de direito positivo interno de nosso País em virtude da promulgação, respectivamente, do Decreto nº 5.015/2004 e do Decreto nº 5.687/2006.

(...)

Registre-se, de outro lado, *por necessário*, que o Estado não poderá utilizar-se da denominada “*corroboração recíproca ou cruzada*”, ou seja, não poderá impor condenação ao réu pelo fato de *contra este* existir *unicamente*, depoimento de agente colaborador que tenha sido confirmado, tão somente, *por outros delatores*, valendo destacar, *quanto a esse aspecto*, a advertência do eminente Professor Gustavo Badaró (“O Valor Probatório da Delação Premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/2013”):

‘A título de conclusão, podem ser formulados os seguintes enunciados: A regra do § 16 do art. 4º da Lei 12.850/13 aplica-se a todo e qualquer regime jurídico que preveja a delação premiada.

O § 16 do art. 4º da Lei 12.850/13, ao não admitir a condenação baseada exclusivamente nas declarações do delator, implica uma limitação ao livre convencimento, como técnica de prova legal negativa.

É insuficiente para o fim de corroboração exigido pelo § 16 do art. 4º da Lei 12.850/13 que o elemento de confirmação de uma delação premiada seja outra delação premiada, de um diverso delator, ainda que ambas tenham conteúdo concordante.

*Caso o juiz fundamente uma condenação apenas com base em declarações do delator, terá sido contrariado o § 16 do art. 4º da Lei 12.850/13 (...).’ (grifei)”.
(PET 5700, STF, Min. Celso de Mello, Decisão em 22/09/2015)*

5. CONCLUSÃO

O instituto da colaboração premiada, como também qualquer outra forma de cooperação no processo penal, pode ser examinado segundo a teoria econômica do crime. Trata-se de incentivo concedido ao acusado para que coopere com a parte acusatória, independente de qualquer espécie de constrição moral, arrependimento ou desejo de comportar-se de forma socialmente reparadora.

Por se tratar de uma decisão informada e assistida pela defesa técnica, pode-se falar que estão presentes os requisitos para que a opção pela colaboração se caracterize como uma escolha racional.

Contudo, a colaboração premiada, da forma como tem sido utilizada na conhecida “Operação Lava Jato”, a partir dos três acordos de colaboração premiada examinados acima, oferece benefícios muito maiores dos que aqueles previstos em lei, desequilibrando o sistema de dissuasão para cooperações falsas ou redundantes.

É certo que a ampliação dos benefícios, ainda que dissociada do aumento dos custos em caso de afirmações inverídicas, não torna o mecanismo de cooperação inválido. No entanto, reforça a percepção de que, tal como na delação premiada, as declarações prestadas pelos acusados colaboradores não devem ser consideradas provas, mas somente meios de investigação.

Juízes deveriam, no ato de homologação, atentar para essas inconformidades legais e suas possíveis consequências, para assegurar a plena eficácia do instituto, dada a potencialidade que incentivos exagerados têm de levar a cooperações falsas ou redundantes. Essa preocupação não opera em abstrato. Os exemplos de acordos examinados, que excedem em muito os benefícios previstos em lei, oferecem incentivos exagerados, cuja legalidade pode até ser questionada e que colocam em perigo a plena eficácia do instituto.

Nesse mesmo sentido de argumentação, os benefícios concedidos àqueles que decidem cooperar com o Estado deveriam ser concedidos somente quando já tivessem sido obtidas provas concretas que tenham resultado dos acordos de colaboração.

Não obstante a lei preveja que o acusado se comprometerá a dizer apenas a verdade, trata-se de disposição que, violada, não acarretará consequências graves aos seus autores quando estes estiverem diante de acusações de crimes com penas altas.

Fica evidenciada, portanto, a natureza da colaboração premiada como meio de investigação, e não como meio de prova, sendo necessário que as declarações de réus colaboradores somente sejam utilizadas como fundamento de uma decisão judicial quando a parte acusatória, pelos meios próprios de investigação e de forma independente, produzir outras provas com existência independente (periciais, documentais e mesmo testemunhais) que corroborem tais declarações.

Especificamente no que tange aos acordos firmados no âmbito da “Operação Lava Jato”, constata-se que os benefícios concedidos extrapolaram, em muito, as hipóteses previstas na lei, sugerindo um desequilíbrio entre os incentivos para cooperação e os desincentivos à falsa cooperação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de, GICO JR, Ivo: **Corrupção e Judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção**. In Bottino, Thiago e MALAN, Diogo (org.): Direito Penal e Economia. Elsevier: Rio de Janeiro, 2012, p. 61.
2. BECKER, Gary: **Crime and punishment – an economic approach**. In Journal of Political Economy vol. 76, 1968, p. 176. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/1830482>. Acesso em 05 de dezembro de 2015.
3. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). 1ª Turma. HC 102.002. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de Julgamento: **22/11/2011**.
4. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). 1ª Turma. HC 103.172. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de Julgamento: 24/09/2013.
5. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). 1ª Turma. HC 108.148. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 1º/7/2011.
6. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). 1ª Turma. HC 113.681. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de Julgamento: **25/06/2013**.
7. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). 1ª Turma. HC 119.671. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de Julgamento: 05/11/2013.
8. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). 1ª Turma. HC 65.286. Relator: Ministro Oscar Correa. Data de Julgamento: 28/08/1987.
9. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). 1ª Turma. HC 82.337. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Data de Julgamento: **25/02/2003**.
10. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). 1ª Turma. HC 84.026. Relator: Ministro Eros Grau. Data de Julgamento: **03/08/2004**.
11. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). 1ª Turma. HC 91.654. Relator: Ministro Ayres Britto. Data de Julgamento: **08/04/2008**.
12. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). 1ª Turma. HC 94.295. Relatora: Ministra Carmen Lucia. Data de Julgamento: **03/06/2008**.
13. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). 1ª Turma. HC 99.436. Relatora: Ministra Carmen Lucia. Data de Julgamento: 26/10/2010.

14. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). 2ª Turma. HC 109.403. Relator: Ministro Teori Zavascki. Data de Julgamento: **10/12/2013**.
15. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). 2ª Turma. HC 109.545. Relator: Ministro Teori Zavascki. Data de Julgamento: 16/12/2014.
16. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). 2ª Turma. HC 115.994. Relatora: Ministra Carmen Lucia. Data de Julgamento: 02/04/2013.
17. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). 2ª Turma. HC 69.048. Relator: Ministro Carlos Velloso. Data de Julgamento: 31/03/1992.
18. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). 2ª Turma. HC 76.938. Relator: Ministro Mauricio Correa. Data de Julgamento: 05/05/1998
19. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). 2ª Turma. HC 91.654. Relator: Ministro Ayres Britto. Data de Julgamento: 04/10/2011.
20. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). 2ª Turma. Inq 3204. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: **23/06/2015**.
21. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Tribunal Pleno. Ação Penal: 470 Minas Gerais, Sétimo Agravo Regimental, Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Data de Julgamento: **18/06/2009**.
22. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Tribunal Pleno. ADI 1570, Relator: Ministro Mauricio Correa. Data de Julgamento: 12/02/2004.
23. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Tribunal Pleno. HC 111.840, Relator: Ministro Dias Toffoli. Data de Julgamento: 27/06/2012.
24. COOTER, Robert e ULEN, Thomas: Direito e Economia. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 491.
25. FERRAJOLI, Luigi: **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002
26. LYRA, Roberto: **Comentários ao Código Penal, Vol. II**. Rio de Janeiro: Forense, 1955
27. MALAN, Diogo: **Ideologia política de Francisco Campos: influência na legislação processual brasileira (1937-1941)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
28. NUCCI, Guilherme de Souza: O valor da confissão como meio de prova no processo penal. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999
29. SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria: **Eficiência e Direito Penal**. Barueri: Manole, 2004, p. 19.

PARTE ESPECIAL

O CANCELAMENTO DO ENUNCIADO 75

O CANCELAMENTO DO VERBETE SUMULAR Nº 75, DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO¹

Alcides da Fonseca Neto²

1) ORIGEM DA SÚMULA.

Desde o seu nascimento, a súmula em questão foi marcada por um **vício** em sua redação, que não foi causado pela má-fé dos ilustres membros do Órgão Especial da época, mas sim determinado pela forma da construção da apontada súmula, que não guardou compatibilidade com a uniformização de jurisprudência que se pretendeu fazer.

Com efeito, no longínquo ano de 2004, a 18ª Câmara Cível, através da relatoria de Sua Excelência, o desembargador Carlos Eduardo da Fonseca Passos, examinava um processo no qual se discutia a cobrança indevida através de remessa de cartas, sem negativação em cadastro restritivo de crédito, de maneira que em um certo trecho de sua fundamentação, assim se manifestou:

A vexata quaestio consiste em verificar se caracteriza dano moral a remessa de cartas de cobrança, sem negativação do consumidor, ou, se ao contrário, a hipótese configura mero inadimplemento, o que não ensejaria desgosto íntimo a justificar o dano imaterial, por se tratar de simples aborrecimento.

¹ O presente artigo se baseou em meu trabalho apresentado em 25 de setembro de 2018, a título de manifestação preambular aos membros do Órgão Especial, quando por ocasião da votação da citada súmula 75 do TJ/RJ.

² Desembargador. Integrante da 24ª Câmara Cível do TJRJ

Ao final de sua exposição, depois de discorrer sobre a necessidade de uniformizar-se a jurisprudência em torno da **mera inadimplência contratual**, Sua Excelência propôs a redação da seguinte súmula:

O simples inadimplemento contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte.

Justificativa: Constitui entendimento deste Tribunal que o mero inadimplemento contratual, à falta de um fato objetivo sério, que o justifique, não caracteriza dano moral, pois se insere, se for o caso, no dano material.

Ressalte-se que a proposição engloba duas teses jurídicas, quais sejam, o mero aborrecimento e o simples inadimplemento contratual não ensejam dano moral, na medida que o mero descumprimento do dever constitui uma forma de pequeno aborrecimento. Assim, foi suscitado o incidente especial de jurisprudência e submetido o julgamento do recurso ao Órgão Especial (Apelação Cível nº 2004.001.01324).

2) DA UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.

A Uniformização de Jurisprudência nº 03/04, teve como relator o culto desembargador Luiz Zveiter, meu amigo, pessoa que admiro muito e com quem conversei pessoalmente antes de apresentar este arrazoado, para que ele compreendesse que de forma alguma as críticas que pretendia apresentar possuíam um cunho pessoal, pois eu jamais *fulanizei* ou *personalizei* esta discussão.

Todos que me conhecem mais de perto sabem que venho fazendo palestras sobre “dano moral x mero aborrecimento” e já fiz mais de trinta por todo o estado. O que me motivou sempre foi e continua sendo a defesa intransigente dos direitos do cidadão. Jamais citei o nome do desembargador Luiz Zveiter. Disse a ele que se tratava de uma questão institucional e que desta forma deveria ser discutida, razão pela qual os reparos que serão feitos a seguir não terão o objetivo de atingi-lo, mas apenas visarão contribuir para que possamos ter um Tribunal mais justo, um Tribunal que distribua mais Justiça, pois

a possibilidade de **uma interpretação ampla e totalmente subjetiva** que esta aludida súmula permite, já a transformou, a meu sentir, num poderoso instrumento de distribuição de Injustiças.

De volta ao processo de Uniformização, o já citado relator adotou os mesmos fundamentos antes esposados pelo culto desembargador Carlos Eduardo Fonseca Passos, para afirmar que o mero inadimplemento contratual não gerava abalo moral indenizável.

Entretanto, Sua Excelência, o relator Zveiter, com a devida vênia, ampliou demasiadamente o objeto de julgamento e conferiu à uniformização de jurisprudência um alcance que ela não poderia ter.

De fato, a pedido da Procuradoria, foi incluído no âmbito de discussão, a expressão “**descumprimento do dever legal**”, que terminou incluída na súmula pelo relator sem qualquer fundamentação sólida e, o que me parece mais grave, sem a juntada de qualquer jurisprudência sobre este assunto. Então há que se indagar: Se a hipótese em comento era a de uniformização de jurisprudência, não deveria o relator ter apresentado jurisprudências que justificassem a relevância da matéria, o interesse público envolto na questão, bem como a necessidade de evitar a multiplicação de demandas análogas, nos termos do artigo 557, do antigo Código de Processo Civil?

Mas não é tudo. Há mais.

Embora tenha ampliado o verbete sugerido, com a inclusão da expressão acima mencionada, o ilustre relator, adotou, quanto ao restante, a sugestão apresentada pelo desembargador Carlos Eduardo da Fonseca Passos. Nestes termos:

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.

A redação final, com a inclusão da expressão “**mero aborrecimento**”, contém justamente o grande problema desta súmula: **Permitir uma interpretação ampla e completamente subjetiva. Muitas vezes contrária à Constituição da República.**

Com efeito, a utilização da locução “mero aborrecimento”, escorada na súmula 75 do TJ, não pode substituir a fundamentação legal exigida pelo Código de Processo Civil (artigo 489, II) e pela própria Constituição da República (artigo 93, IX), principalmente se o objetivo do julgado for negar um direito constitucional, como é o caso do dano moral.

Evidentemente que não estou afirmando que todos os magistrados atuem desta forma, porém as reclamações dos advogados são cada vez maiores, principalmente nos Juizados Especiais, de modo que não é por acaso que a OAB/RJ ingressou com pedido de cancelamento da súmula em destaque.

De outro lado, igualmente não estou sugerindo que magistrados sejam impedidos de usar a apontada expressão.

Todavia, o que desde já começo a propor é que este vocábulo não esteja mais inserido numa súmula. Cada magistrado que trate de fundamentar sua sentença ou seu voto e assuma sua responsabilidade, inclusive quanto à eventual nulidade de seu ato decisório, por falta da devida fundamentação, quando for o caso.

Portanto, a positivação do mero aborrecimento é a Senhora de todos **males**. Ela criou um paradigma atrasado e colocou o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, com todas as vênias, na retaguarda da jurisprudência no que concerne à Responsabilidade Civil e ao Direito das Obrigações. Em outros Tribunais, quando se fala em mero aborrecimento ou simples dissabor, há necessariamente fundamentação, porque não há súmula. A Constituição ainda não foi apresentada à súmula 75.

Por outro lado, a fim de que não parem dúvidas, é claro que não estou aqui afirmando que os desembargadores Carlos Eduardo da Fonseca Passos e Luiz

Zveiter incluíram esta excrecência chamada “mero aborrecimento”, com qualquer dos objetivos negativos por mim mencionados anteriormente. Tenho absoluta convicção de que nenhum dos dois poderia imaginar que esta “tese jurídica” se transformaria num verdadeiro **monstro jurídico**.

3) DA INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DA SÚMULA 75.

A luta contra o “mero aborrecimento” é uma luta a favor da cidadania, isto porque os jurisdicionados muitas vezes batem às portas do Poder Judiciário com o direito que têm e saem de lá com o mero aborrecimento que não têm.

Assim sendo, o Direito das Obrigações, o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil e, principalmente, a Constituição da República, **não podem deixar de ter vigência em razão de uma súmula estadual, que trata de um assunto que não é de sua competência e que é utilizada para negar um direito que vem previsto em lei e na própria Constituição da República (artigo 5º, V e X).**

Com efeito, a apontada súmula 75, que só é empregada quando se pretende negar o dano moral, **não tem competência legal para suprimir um direito** que foi criado pela Constituição da República Federativa do Brasil, qual seja, **o dano moral.**

Por outras palavras, não pode uma súmula estadual servir de **cláusula geral** para negar um direito constitucionalmente assegurado. Em cada caso, deve o magistrado fundamentar se há a violação ou não de algum direito da personalidade, ao invés de simplesmente escorar-se no “mero aborrecimento”, com a simples citação da súmula 75.

4) A FUNÇÃO SOCIAL E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Outro aspecto, também permeado pela Constituição, diz respeito ao fato de que **“a opção pelo mero aborrecimento, isto é, a negação genérica do dano moral, ofende a FUNÇÃO SOCIAL DESEMPENHADA pela própria Responsabilidade Civil.**

Com efeito, o direito subjetivo de exigir uma reparação por um dano sofrido não está assentado apenas no aspecto econômico ou patrimonial, mas também encontra o seu fundamento na **dignidade da pessoa humana**, pois, como salienta o professor Roberto Senise Lisboa:

*A proteção constitucional recai sobre a segurança, a vida e a integridade biopsíquica da vítima, não se limitando, como preconiza a orientação clássica ou moderna, ao aspecto econômico ou patrimonial*³.

Assim, enquanto a Constituição é mais uma vez invocada na defesa do cidadão, garantindo-lhe o direito à indenização em face também do princípio da dignidade da pessoa humana, **a súmula 75 do TJ/RJ caminha em direção oposta, de modo a retirar do jurisdicionado toda a proteção que a Constituição lhe deu.**

O confronto entre a citada súmula 75 e o texto constitucional deixa claro que aquela padece de uma nítida e indiscutível inconstitucionalidade. **Em outras palavras, a opção política e jurídica na adoção da súmula 75, que trata do mero aborrecimento, nega a própria Constituição, no que tange à garantia do dano moral.**

5) TEORIA SUBJETIVISTA.

Desde o início, com todas as vênias às opiniões em contrário, o maior equívoco na formulação da súmula 75, como já asseverado, foi a introdução do “mero aborrecimento”, como tese jurídica, em sua redação.

Isto porque a adoção do “mero aborrecimento” compreende a aceitação da teoria subjetivista do dano moral, hoje completamente ultrapassada, muito embora continue prestigiada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

De fato, este verbete sumular ainda parte do pressuposto de que a lesão extrapatrimonial é composta por elementos anímicos, como a dor, o sofrimento, a humilhação, angústia, etc, o que se apresenta como um equívoco, uma vez que tais elementos negativos podem ser a consequência do dano, mas não são o dano propriamente dito.

Dano moral é a lesão nos direitos ou atributos da personalidade, tais como a vida, a integridade física, a honra (objetiva ou subjetiva), a imagem, a paz, a tranquilidade, a intimidade, etc.

³ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil. Obrigações e Responsabilidade Civil* 3ª. ed. 2004. P.443

E essa ânsia em verificar a dor e o sofrimento é que conduzem, na maioria das vezes, muitos magistrados a negarem a própria ocorrência do dano moral. Com efeito, como não veem a presença dos citados elementos subjetivos, muitos julgadores, quase que automaticamente, pensam em negar o dano moral, pensam no mero aborrecimento, uma vez que este é o outro lado da moeda da grande dor, da relevante angústia e da importante humilhação.

Portanto, a doutrina moderna **não deixa espaço para o “mero aborrecimento”**, uma vez que o dano moral é trabalhado como ofensa a algum dos direitos da personalidade. Trata-se de um conceito que permanece em construção porque os direitos da personalidade constituem uma categoria aberta.

Os **direitos da personalidade** são os bens personalíssimos do homem, como a vida, a integridade física, a liberdade, a saúde, a honra (objetiva e subjetiva), a intimidade, o nome, a vida de relação, ao projeto de vida. Há, também, o direito ao bem-estar, à tranquilidade, ao direito ao sossego, à paz de espírito (danos morais psíquicos).

Mais recentemente, passou-se a falar no chamado **tempo vital, existencial ou produtivo**, enquanto suporte implícito da própria vida, de modo a entender que este tempo vital também é um atributo da personalidade protegido no exemplo exemplificativo dos direitos da personalidade⁴.

Desse modo, afigura-se totalmente inaceitável definir o conceito jurídico de dano moral em conformidade com o estado anímico ou espiritual da pessoa, como a dor (física ou moral), a tristeza, a angústia, a amargura, o sofrimento, o vexame, a humilhação, a vergonha, ou quaisquer outros elementos negativos vivenciados pelo ser humano. Tais impressões psíquicas podem representar, o mais das vezes, apenas a repercussão, a consequência da lesão a um direito da personalidade, isto é, o resultado do dano moral.

De fato, o maior equívoco da concepção subjetiva é justamente vincular a caracterização do dano extrapatrimonial com a presença obrigatória de sentimentos anímicos, uma vez que muitos direitos da personalidade, como a honra objetiva (reputação)

⁴ DESSAUNE, Marcos. *Teoria Aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2ª ed. rev. e ampl. Vitória, ES: 2017. p. 251.

ou a imagem, não precisam estar acompanhados de sentimento de dor para serem reconhecidos.

Como também salienta a professora Maria Celina Bodin de Moraes, *in verbis*:

Não será, portanto, o sofrimento humano ou a situação de tristeza, constrangimento, perturbação, angústia ou transtorno, que ensejará a reparação, mas apenas aquelas situações graves o suficiente para afetarem a dignidade humana pela violação de um ou mais, dentre os substratos referidos”⁵.

Assim também leciona o professor e desembargador André Andrade, em sua obra, *Dano Moral & Indenização Punitiva*:

Dano moral não se confunde com dor, sofrimento, tristeza, aborrecimento, infelicidade, embora, com grande frequência, estes sentimentos resultem dessa espécie de dano (2ªed, atualizada e ampliada. ed. Lúmen Juris. P. 133).

No mesmo sentido se pronuncia o culto professor e querido amigo, Marco Aurélio Bezerra de Melo, cuja obra de *Responsabilidade Civil* já é uma referência em todo o Brasil:

Feitas as considerações e críticas acima, parece-nos que o caminho mais correto para a conceituação do dano moral é único que se harmoniza com o modelo constitucional brasileiro presidido pela proteção à dignidade da pessoa humana é o de compreender essa figura como uma ofensa aos direitos da personalidade em qualquer das suas espécies, como vida, corpo, honra, nome, imagem, intimidade, dentre outros, em razão da cláusula de abertura constitucional contida no parágrafo segundo do artigo 5º, § 2º, da

⁵ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. 2ª Ed. Revista. Rio de Janeiro: Ed. Processo. p. 327.

Constituição Federal: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que República Federativa do Brasil seja parte...

*Trilhando esse mesmo caminho de descolar o dano moral da ocorrência necessária de dor ou sofrimento, na V Jornada de Direito Civil realizada em maio de 2012 pelo Conselho da Justiça Federal, Órgão do Superior Tribunal de Justiça, restou aprovado o Enunciado 445, de proposição do professor gaúcho Felipe Teixeira Neto, que com muita felicidade sustentou que “o dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”. De fato, um homem que indevidamente teve o seu nome negativado em cadastro de restrição do crédito tem o reconhecimento de que sua honra foi atingida apenas por esse fato (dano moral **in re ipsa**) e fará jus a uma compensação em dinheiro, sendo, no mais das vezes, impossível aferir a ocorrência de alguma angústia, vergonha ou tristeza.*

6) ASPECTOS SOCIOECONÔMICOS

O “Instituto jurídico do Mero Aborrecimento”, erigido a esta condição graças à súmula, muito embora não conste em nenhuma Lei, nenhum Código, nenhuma Súmula Federal, tem causado ainda mais prejuízos aos cidadãos na seara dos Juizados Especiais.

Os números e as estatísticas mostram que advogados e jurisdicionados têm procurado, sempre que possível, fugir dos Juizados e buscar as Varas Cíveis, seja através do pedido de gratuidade de Justiça, seja através do pagamento das custas judiciais.

Desta forma acontecem dois fenômenos perversos: desestímulo do jurisdicionado, que a cada dia mais se desinteressa por essa Justiça magnífica; estímulo por parte dos maus empresários e maus fornecedores, em produzir ou vender um péssimo produto, ou ainda em prestar um péssimo serviço, pois é mais cômodo e muito mais barato esperar por um “mero aborrecimento” do que produzir um produto de qualidade ou prestar um bom serviço.

Como decorrência disso, há um grupo de grandes empresas que já há muitos anos está no ranking de fornecedoras mais acionadas nos Juizados Especiais, sem que nada de concreto tenha sido feito para alterar esta situação.

Basta examinar a lista das empresas mais acionadas nos Juizados Especiais, nos últimos cinco anos, de acordo com a informação publicada no site do TJRJ (Top 30 Maiores Litigantes).

Nesta lista, o que chama mais a atenção, a meu sentir, é que as trinta empresas mais acionadas, **são as mesmas trinta empresas nos últimos cinco anos. Como eu já acompanho a citada lista desde o ano retrasado, eu posso afirmar que são as mesmas empresas há no mínimo SETE ANOS, ou seja, elas só mudam a posição no ranking. Mas são as mesmas. Porém nada foi feito de relevante para reverter esta situação. O próprio Tribunal de Justiça, até hoje, nada fez para alterar esta situação que tanto prejudica os consumidores.**

Outro ponto importante, que deveria merecer maior reflexão, é o baixíssimo valor de dano moral que é fixado nos Juizados Especiais Cíveis, quando comparados com as Varas Cíveis, por exemplo.

Isto também contribui para o desestímulo por parte do consumidor, que vem perdendo o interesse em litigar nos Juizados, ao mesmo tempo em que também estimula que muitos fornecedores atuem de forma completamente reprovável, porém de modo totalmente conhecido, isto é, inserem o provável e baixo valor do dano moral em suas **planilhas de custo**, de maneira que fica mais barato para eles pagar o dano moral do que corrigir o defeito do produto ou realizar a prestação ou o fornecimento de serviços de forma correta.

De fato, se o dano moral não receber a importância devida por parte do Poder Judiciário, o custo da condenação será economicamente menor do que a modificação de toda uma forma ilegal de prestação ou fornecimento de serviços ou produto, de modo que o consumidor não será mais do que um **número na planilha dos maus fornecedores** e mais uma vez eu sou obrigado a consignar que o Poder Judiciário tem grande parcela de responsabilidade por esta situação.

Com efeito, muitas vezes quando o dano moral é estabelecido, não é levado em conta a **função punitiva do dano moral**, ou seja, o caráter retributivo-preventivo (retribuir o mal praticado e prevenir que outros atos lesivos não ocorram).

Esta função de prevenção, que visa evitar atos ilícitos futuros, é particularmente importante em razão de um ato lesivo decorrente das **relações de consumo**, de modo a estimular os fornecedores a produzir ou vender um bem de melhor qualidade, ou ainda prestar um serviço de forma mais especializada.

Realmente, como já dito anteriormente, se o dano moral for irrisório, o fornecedor vai preferir pagá-lo, porque será mais barato pagar o preço da indenização do que investir na qualidade de produtos e serviços.

Além disso, as indenizações baixas fazem com que o mau empresário já inclua tais valores em suas **planilhas de custo**, de modo que culmina por relacionar-se com o consumidor como se fosse ele **um mero número contábil**. É isto que o consumidor se torna para os grandes conglomerados financeiros que atuam de forma ilegal: um número contábil!

Entretanto, esta função punitiva não é encontrada com frequência na jurisprudência e quando ela é identificada, sistematicamente não se verifica uma efetiva correspondência entre o aspecto punitivo e a indenização, o que significa dizer que dificilmente será visto o reflexo da função punitiva na fixação do dano moral.

Assim, em que pese a função punitiva do dano moral ser reconhecida por grande parte dos desembargadores do Tribunal de Justiça e também por boa parte dos ministros do Superior Tribunal de Justiça, o valor do dano moral continua irrisório, dependendo da causa.

Assim, se o dano moral não receber a importância devida por parte do Poder Judiciário como um todo, o custo da condenação será economicamente menor do que a modificação de toda uma forma ilícita de prestação ou fornecimento de serviços ou produto, de forma que a norma constitucional que visa garantir a dignidade do consumidor só terá vigência no papel.

Veja-se, portanto, que do **ponto de vista socioeconômico**, é preciso conjugar o grave problema do “mero aborrecimento”, com outro não menos grave e que o

complementa, que vem a ser o **baixíssimo valor do dano moral**, principalmente como vem sendo fixado nos Juizados Especiais Cíveis.

7) DA SUGESTÃO APRESENTADA PELO DESEMBARGADOR CAETANO ERNESTO DA FONSECA COSTA.

Senhor Desembargador Caetano, V. Exa. apresentou sugestão no sentido de que a súmula não fosse cancelada, mas meramente adaptada à doutrina do chamado “desvio produtivo do consumidor”, de modo que bastaria para isso que fosse incluído, ao final do respectivo enunciado, a exceção da reparação moral para as hipóteses concretas de perda excessiva do tempo do consumidor, desde que vinculadas ao ilícito contratual praticado, a exemplo do que já acontece com a “violação da dignidade da parte”.

Entretanto, com todas as vênias ao amigo querido, sua sugestão cria apenas uma exceção à regra geral, mas não resolve o problema, que está centralizado, como procurei demonstrar, justamente na expressão “mero aborrecimento”.

Esta é a expressão que precisa ser imediatamente retirada, diante de sua largueza de interpretação e de sua absoluta subjetividade, de **maneira que encaminho minha manifestação, com todas as vênias ao dileto amigo, no sentido de que sua sugestão seja rejeitada.**

8) DO PEDIDO FORMULADO PELA OAB/RJ

Senhor Desembargador Caetano, de acordo com o artigo 122 § 2º, do Regimento Interno, muito embora tenham os representantes da Ordem dos Advogados restrito por demais o pedido de cancelamento, à teoria do desvio produtivo, que por si só não resolve todos os problemas advindos da súmula 75/TJRJ, indiscutivelmente encaminho minha manifestação, devidamente fundamentada, de forma a que a citada súmula seja totalmente cancelada, a fim de que, doravante, cada magistrado possa decidir, no caso concreto, fundamentando sua sentença ou seu voto, se há ou não dano moral indenizável a ser reconhecido.

Evidentemente, como já consignei alhures, a expressão “mero aborrecimento” ficará por conta de cada magistrado, que poderá usá-la ou não, mas que terá, em qualquer caso, que motivar sua decisão, pois não haverá mais súmula.

Cordialmente,

ALCIDES DA FONSECA NETO
DESEMBARGADOR

A INCONCIABILIDADE DOS DANOS MORAIS NAS HIPÓTESES DE MERO ABORRECIMENTO

Murilo Kieling¹

Nada é permanente, exceto a mudança
(Heráclito).

Em recente decisão, o Augusto Órgão Especial do Tribunal de Justiça Fluminense, através do processo administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000 promoveu o cancelamento de seu verbete sumular nº 75 – *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* – em razão de provocação firmada pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Rio de Janeiro.

No entanto, como alinhado pelo voto condutor, restou assinalado que *“cancelado o verbete sumular, caberá a cada magistrado, diante de cada caso concreto, analisar e definir se o inadimplemento, legal ou contratual, foi capaz de gerar dano – ou não - a quaisquer dos direitos da personalidade do contratante, dentre os quais, o seu tempo útil, apresentando a fundamentação pertinente, não restando afastada a possibilidade de concluir que o inadimplemento causou apenas mero aborrecimento, mas desde que, repita-se, fundamente tal conclusão”*.

¹ Desembargador. Professor e Coordenador da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Presidente do Fórum Permanente de Debates e Diálogos Jurídicos da EMERJ. Ex-Defensor Público e Coordenador do Núcleo de Defesa da Cidadania e do Consumidor do Estado do Rio de Janeiro.

Assim, parece-nos que permanece inconciliável o propósito de se reconhecer alguma verba compensatória a título de danos morais quando, pelo exame concreto do caso, restar evidente uma típica hipótese de um mero aborrecimento.

Como sabido, a atividade cognitiva funciona como um ponto de contato, um elo que permite a ligação entre a realidade do direito material e a de um processo que proponha a realizá-lo o mais plenamente possível. Talvez, se permitida alguma metáfora, melhor seja a ideia de uma pintura para identificar a cognição como elemento integrante do *modus faciendi* dos procedimentos judiciais, uma vez que o fenômeno cognitivo, ao se expressar ritualmente desta ou daquela maneira por meio da regulamentação dos atos do juiz, dará este ou aquele colorido ao procedimento como um todo, tornando-o mais ou menos habilitado para a realização satisfatória da vontade do direito material numa ótica sócio jurídica.

A propósito, o processo judicial, enquanto hospedeiro de sentimentos, há muito recebeu o enfoque metajurídico, acolhendo os invasores ditados pelo realismo social.

Os múltiplos problemas que a vida põe diariamente em frente de cada um de nós reúnem-se também no momento em que o magistrado, sem se despojar de sua condição de homem, examina os fatos, determina o direito aplicável, e extrai a conclusão.

Assim sendo, cediço que a cognição é um ato, em sua essência, de inteligência do juiz, pode-se defini-la, parafraseando o professor KAZUO WATANABE, como o método pelo qual o juiz forma juízo de valor sobre os pressupostos autorizadores do julgamento de mérito e sobre as pretensões apresentadas no processo (oriundas do conflito de interesses), com o fim de decidi-las, utilizando-se, para formação de seu convencimento, da consideração, da valoração e da análise das provas e alegações produzidas pelas partes.

A cognição judicial não se restringe, portanto, aos aspectos jurídicos. Abarca, também, elementos fáticos que, em verdade, representam a maioria das discussões deduzidas em juízo.

O instituto do *dano moral* se presta a resguardar a dor e o sofrimento daquele que realmente é ofendido em sua dignidade e personalidade, de forma a causar-lhe transtorno psicológico de grau relevante ou, no mínimo, abalo que exceda a normalidade, e não de todos aqueles que, devido a uma situação pontual, se sintam abalados

emocionalmente. Em outras palavras, a responsabilidade civil não está a proteger sensibilidades exageradas.

Na escala valorativa resguardada pelo ordenamento jurídico (em especial a tutela civil-constitucional da dignidade e da personalidade) impende que se estabeleçam quais os bens da vida são, efetivamente, passíveis de indenização pecuniária, uma vez violados, por conduta de outrem, os direitos a eles (bens jurídicos) correlacionados.

Assim, para que sejam caracterizados danos no âmbito da extrapatrimonialidade, em razão de fatos na vida de relação e, em especial, nos atos negociais e nas relações jurídicas consumeristas do cotidiano, mostra-se necessário demonstrar a existência de *ingerência lesiva* na integridade psicofísica ou sentimento de estima do indivíduo (porquanto correspondente a valor passível de reparação) ou, ainda, a afetação injusta à honorabilidade da pessoa.

Em outras palavras: a indenização por dano moral não pode restar trivializada para todo e qualquer evento que gere incômodo à vida social, mas apenas em relação àqueles eventos que causem um abalo digno de reprovabilidade e que ostentem magnitude lesiva. Caso contrário, tal indenização configura-se como mera intenção ou obtenção de proveito econômico, equivalente a enriquecimento sem causa.

Não se mostra despiciendo enfatizar, portanto, que os danos morais equivalem a lesões no direito da personalidade; não havendo tal infringência ou atingimento nesse âmbito da esfera jurídica da pessoa (sujeito de direito), não há como conceder tutela jurisdicional condenatória para fins de reparabilidade. Significa dizer: inexistindo lesão a direito da personalidade, o que há é enriquecimento sem causa e não reparação por danos imateriais.

Ademais, a reconhecida finalidade punitiva não pode, por si só, justificar a verba condenatória aludida, porquanto haveria, nesses moldes, desvirtuamento do instituto jurídico sob a justificativa de implementação de apenas uma de suas finalidades subjacentes, que não prepondera perante o fim compensatório ou reparatório.

De fato, para a caracterização da obrigação de indenizar, é preciso, além da ilicitude da conduta, que exsurja como efeito o dano à bem jurídico tutelado, acarretando, efetivamente, prejuízo de cunho patrimonial ou moral. Não é suficiente apenas a prática de

um fato contra legem ou contra jus, ou que contrarie o padrão jurídico das condutas (RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade civil. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 68). Esse também é o entendimento de HUMBERTO THEODORO JUNIOR:

Viver em sociedade, e sob o impacto constante de direitos e deveres, tanto jurídicos como éticos e sociais, provoca, sem dúvida, frequentes e inevitáveis conflitos e aborrecimentos, com evidentes reflexos psicológicos, que, em muitos casos, chegam mesmo a provocar abalos e danos de monta.

Para, no entanto, chegar-se à configuração do dever de indenizar, não será suficiente ao ofendido demonstrar sua dor. Somente ocorrerá a responsabilidade civil se se reunirem todos os seus elementos essenciais: dano, ilicitude e nexa causal (THEODORO JUNIOR, Humberto. Dano moral. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p 8).

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA esclarece:

Como elemento essencial da responsabilidade civil, Henri Lalou, em termos concisos e incisivos, proclama que não há responsabilidade civil onde não existe prejuízo: "Pas de préjudice, pas de responsabilité civile". Ou, como dizem Ruggiero e Maroi, "a obrigação não nasce se falta o dano". Autores como De Page, Mazeaud, Barassi, Planiol, Ripert e Boulanger ilustram a proposição com um exemplo singelo: se um motorista dirige por uma estrada pela contramão, infringe uma norma legal; mas não se configura responsabilidade civil senão no momento em que sua conduta interfere com um bem jurídico alheio. Estará sempre sujeito à penalidade pela infração cometida. Mas a responsabilidade civil somente se caracteriza, obrigando o infrator à reparação, no caso de seu comportamento injurídico infligir a outrem um prejuízo. É neste sentido que Henri de Page define o "dano", dentro da teoria da responsabilidade civil, como um prejuízo resultante de uma lesão a um direito. Enquanto se não relaciona com uma lesão a um direito

alheio, o prejuízo pode-se dizer "platônico". Relacionados ambos, lesão a direito e prejuízo, compõem a responsabilidade civil (PEREIRA, Caio Mário da Silva; atualizador Gustavo Tepedino. Responsabilidade civil. 10ª ed. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012. p. 55).

Vale salientar que a verificação do dano moral não reside exatamente na simples ocorrência do ilícito, de sorte que nem todo ato desconforme ao ordenamento jurídico enseja indenização por dano moral.

O importante é que o ato ilícito seja capaz de irradiar-se para a esfera da dignidade da pessoa, ofendendo-a de maneira relevante. Daí porque doutrina e jurisprudência tem afirmado, de forma uníssona, que o mero inadimplemento contratual – que é um ato ilícito – não se revela, por si só, bastante para gerar dano moral. É certo que determinadas ofensas geram dano moral *in re ipsa* (ínsito à própria ofensa).

Porém, como bem advertem EDUARDO DE OLIVEIRA GOUVÊA, RENATO AYRES MARTINS DE OLIVEIRA e SERGIO LUÍS FUKS, o dano *in re ipsa* deve ser assim compreendido:

Quer-nos parecer que, ainda que tomemos como irreprochável a tese de que o dano deflui in re ipsa, seria imperioso que se demonstrasse não apenas a virtualidade do potencial danoso do fato narrado na causa petendi, mas igualmente que este, com todos os seus lindes no caso em concreto, traz inescapável a conclusão de seu poder ofensivo. Nesse passo, compete ao aspirante à indenização comprovar a eclosão do evento, sem o que tornar-se-á impossível a constatação do que o direito de nossos tribunais convencionou chamar de "dano in re ipsa" (GOUVÊA, Eduardo de Oliveira, DE OLIVEIRA, Renato Ayres Martins, FUKS, Sérgio Luís. Questões controvertidas nas ações indenizatórias Teoria e prática. Rio de Janeiro: Editora Ideia Jurídica, 2003).

No mesmo sentido, ANTONIO JEOVÁ SANTOS ensina:

O que determina o dano moral indenizável é a consequência, o resultado que do ato dimana. Não é o ato em si que dirá se ele é ressarcível, mas os efeitos que o dano provoca" (SANTOS, Antonio Jeová. Dano moral indenizável. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003).

RUI STOCCO também esclarece a questão:

Explica-se: Como o dano moral é, em verdade, um "não dano", não haveria como provar, quantificando, o alcance desse dano, como ressuma óbvio.

Sob esse aspecto, porque o gravame no plano moral não tem expressão matemática, nem se materializa no mundo físico e, portanto, não se indeniza, mas apenas se compensa, é que não se pode falar em prova de um dano que, a rigor, não existe no plano material.

Mas não basta a afirmação da vítima de ter sido atingida moralmente, seja no plano objetivo como no subjetivo, ou seja, em sua honra, imagem, bom nome, intimidade, tradição, personalidade, sentimento interno, humilhação, emoção, angústia, dor, pânico, medo e outros. Impõe-se que se possa extrair do fato efetivamente ocorrido o seu resultado, com a ocorrência de um dos fenômenos acima exemplificados.

É evidente que a prova do dano moral não ocorre tal como se exige para o dano material, nem se há de exigir prova direta. Contudo, embora a dor, a tristeza, a angústia e outros sentimentos internos, - tal como os pensamentos - não possam ser medidos, perscrutados, nem documentados no momento em que se manifesta, para comprovação futura, podem ser inferidos do histórico de vida da pessoa; do seu comportamento; das circunstâncias externas que envolvem o caso e aquele que alega o dano moral e da experiência comum. Mas uma coisa é certa. A doutrina evoluiu no sentido de exigir a prova do dano moral quando não esteja in re ipsa, ainda que essa prova seja presuntiva

e possa ser buscada por outros meios mais dúcteis e não se a exija direta, tal como ocorre com o dano material. Significa dizer, em resumo, que o dano em si, porque imaterial, não depende de prova ou de aferição do quantum.

Mas o fato e os reflexos que irradia, ou seja, a sua potencialidade ofensiva, dependem de comprovação ou pelo menos que esses reflexos decorram da natureza das coisas e levem à presunção segura de que a vítima, em face das circunstâncias, foi atingida em seu patrimônio subjetivo, seja com relação ao seu vultus, seja, ainda, com relação aos seus sentimentos, enfim, naquilo que lhe seja mais caro e importante (STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência, tomo II. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 972-974).

Assim, partindo-se da premissa de que o dano moral seria sempre presumido – *in re ipsa* –, cumpre analisar a situação jurídica controvertida e, a partir dela, afirmar se há ou não dano moral indenizável.

Com efeito, para haver a obrigação de indenizar, não é suficiente a ocorrência de um ilícito.

O aborrecimento, sem consequências graves, por ser inerente à vida em sociedade – notadamente para quem escolheu viver em grandes centros urbanos –, é insuficiente à caracterização do abalo, tendo em vista que este depende da constatação, por meio de exame objetivo e prudente arbítrio do magistrado, da real lesão à personalidade daquele que se diz ofendido. A indenização por dano moral não deve ser banalizada, alimentando o que parte da doutrina e da jurisprudência denomina de "*indústria do dano moral*" ou como capítulo inafastável de qualquer dispositivo condenatório, a traduzir uma espécie de "*sucumbência qualificada*".

É preciso equilíbrio. A propósito, o afeto ou o ódio mudam a face da justiça, já observara BLAISE PASCAL, assim como as paixões cegas ou racionantes.

No sentido de que só se deve reputar como dano moral a dor, o vexame, o sofrimento ou mesmo a humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, chegando a causar-lhe aflição, angústia e

desequilíbrio em seu bem-estar, a precisa lição do mestre SÉRGIO CAVALIERI FILHO, ao asseverar:

O que configura e o que não configura o dano moral? Na falta de critérios objetivos, essa questão vem se tornando tormentosa na doutrina e na jurisprudência, levando o julgador a situação de perplexidade. Ultrapassadas as fases da irreparabilidade do dano moral e da sua inacumulabilidade com o dano material, corremos, agora, o risco de ingressar na fase da sua industrialização, onde o aborrecimento banal ou mera sensibilidade são apresentados como dano moral, em busca de indenizações milionárias.

Este é um dos domínios onde mais necessárias se tornam as regras da boa prudência, do bom-senso prático, da justa medida das coisas, da criteriosa ponderação das realidades da vida. Tenho entendido que, na solução dessa questão, cumpre ao juiz seguir a trilha da lógica do razoável, em busca da concepção ético-jurídica dominante na sociedade.

Deve tomar por paradigma o cidadão que se coloca a igual distância do homem frio, insensível, e o homem de extrema sensibilidade.

“A gravidade do dano - pondera Antunes Varela - há de medir-se por um padrão objetivo (conquanto a apreciação deva ter em linha de conta as circunstâncias de cada caso), e não a luz de fatores subjetivos (de uma sensibilidade particularmente embotada ou especialmente requintada).

Por outro lado, a gravidade apreciar-se-á em função da tutela do direito: o dano deve ser de tal modo grave que justifique a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária do lesado” (Das obrigações em geral, 8ª ed., Almedina, p. 617).

Dissemos linhas atrás que dano moral, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que agressão à dignidade humana. Que consequências podem ser extraídas daí? A primeira diz respeito à própria configuração do dano moral. Se dano moral é agressão à dignidade humana, não basta para configurá-lo qualquer contrariedade.

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.

Dor, vexame, sofrimento e humilhação são consequência e não causa. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, dor, vexame e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por uma causa uma agressão à dignidade de alguém.

Como julgador, há mais de 35 anos, tenho utilizado como critério aferidor do dano moral se, no caso concreto, houve alguma agressão à dignidade daquele que se diz ofendido (dano moral em sentido estrito e, por isso, o mais grave) ou, pelo menos, se houve alguma agressão, mínima que seja, a um bem integrante da sua personalidade (nome, honra, imagem, reputação etc). Sem que isso tenha ocorrido, não haverá que se falar em dano moral, por mais triste e aborrecido que alega estar aquele que pleiteia a indenização (CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 86-87).

Comungando desse mesmo entendimento, CARLOS ROBERTO GONÇALVES
leciona:

O dano moral não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano. (...)

*O direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente. Por exemplo: se vemos alguém atropelar outrem, não estamos legitimados para reclamar indenização, mesmo quando esse fato nos provoque grande dor. Mas, se houver relação de parentesco próximo entre nós e a vítima, seremos lesados indiretos. Logo, os lesados indiretos e a vítima poderão reclamar a reparação pecuniária em razão de dano moral, embora não peçam um preço para a dor que sentem ou sentiram, mas, tão somente, que se lhes outorgue um meio de atenuar, em parte, as consequências da lesão jurídica por eles sofrida (Eduardo Zannoni, *El dano en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1982, p. 234 e 235) (...).*

*Exemplar o art. 496 do Código Civil português, **verbis**: "Na fixação da indenização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam tutela do direito". Assim, somente o dano moral razoavelmente grave deve ser indenizado. "O que se há de exigir como pressuposto comum da reparabilidade do dano não patrimonial, incluído, pois, o moral, é a gravidade, além da ilicitude. Se não teve gravidade o dano, não se há pensar em indenização. De minimis non curat praetor" (Pontes de Miranda, *Tratado*, cit., t. 26, p. 34-5, § 3.108, n. 2). A propósito, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que incômodos ou dissabores limitados à indignação da pessoa e sem qualquer repercussão no mundo exterior não configuram dano moral (GONÇALVES, Carlos Roberto.*

Responsabilidade civil. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 650 652).

Consolidando a tese de que apenas o dissabor não é suficiente para ensejar obrigação de indenizar por danos morais, os seguintes precedentes, dentre outros, do Superior Tribunal de Justiça que se mostram absolutamente harmônicos ao antagonismo existente entre o mero aborrecimento e os danos morais:

RESPONSABILIDADE CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. CONCESSIONÁRIA PRESTADORA DE SERVIÇO DE TELEFONIA. ENVIO DE COBRANÇAS PARA O ENDEREÇO DE HOMÔNIMA, EM VIRTUDE DE A VERDADEIRA CLIENTE TER FORNECIDO COMPROVAÇÃO DE RESIDÊNCIA INVERÍDICA. DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA. REVISÃO DO ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE.

1. É tranquila a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que mero aborrecimento, mágoa ou excesso de sensibilidade por parte de quem afirma dano moral, por serem inerentes à vida em sociedade, são insuficientes à caracterização do abalo, visto que tal depende da constatação, por meio de exame objetivo e prudente arbítrio, da real lesão à personalidade daquele que se diz ofendido.

(...)

5. Recurso especial não provido.

(REsp 944308/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 19/03/2012).

RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - IMÓVEL - DEFEITO DE CONSTRUÇÃO - INFILTRAÇÕES EM APARTAMENTO - POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO - CONSTATAÇÃO, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS - LAMENTÁVEL DISSABOR - DANO MORAL - NÃO CARACTERIZADO - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I - As recentes orientações desta Corte Superior, a qual alinha-se esta Relatoria, caminham no sentido de se afastar indenizações por danos morais nas hipóteses em que há, na realidade, aborrecimento, a que todos estão sujeitos.

II - Na verdade, a vida em sociedade traduz, infelizmente, em certas ocasiões, dissabores que, embora lamentáveis, não podem justificar a reparação civil, por dano moral. Assim, não é possível se considerar meros incômodos como ensejadores de danos morais, sendo certo que só se deve reputar como dano moral a dor, o vexame, o sofrimento ou mesmo a humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, chegando a causar-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem estar.

(...)

IV - Recurso especial improvido.

(REsp 1234549/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 10/02/2012).

O *dano moral* tem em seu cerne a dor íntima, o sofrimento humano, a humilhação, a vergonha; ou como diz o mestre SEVERIANO IGNÁCIO DE ARAGÃO, com a mais simples e precisa definição sobre a temática: “*dano moral é a dor moral*”.

Há muito os Tribunais pátrios já firmaram entendimento de que incomodações ordinárias na vida das pessoas, as vicissitudes cotidianas, não são passíveis de indenização por danos morais.

Vale o registro de lúcida decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que através da Colenda Quarta Turma, por unanimidade, tendo por relator o eminente Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, julgando o Recurso Especial nº 21791600:

A indenização por dano moral não deve ser banalizada. Ele (dano moral) não se destina a confortar meros percalços da vida comum. É razoável obter-se o ressarcimento pelos danos materiais, inclusive pela perda momentânea do uso do automóvel, mas daí a assemelhar esse desconforto a um dano moral, lesivo à vida e personalidade do incomodado, é um excesso.

Danos morais exigem mais do que transtornos e aborrecimentos previsíveis ao cotidiano da vida moderna. Exige ofensa à honra, à dignidade, dor moral de gravidade e consequências nefastas, impossíveis de aferição matemática.

O direito existe para viabilizar a vida, e a vingar a tese generosa do dano moral sempre que houver um contratempo, vai culminar em truncá-la, mercê de uma criação artificiosa. Vamos atingir os namoros desfeitos, as separações, os atrasos nos pagamentos, ou seja, a vida a serviço dos profissionais do direito.

Se a segurança jurídica também é um valor supremo do direito, devemos pôr em prática mecanismo tal que simplifique a vida, sem se estar gerando um estado generalizado de neurose do suspense. A reparação do dano moral, segundo pensamos, deve ser exceção, e, não, transformado em regra, sendo concedida apenas para reparar aquele dano que a reparação do dano material não consiga suprir, para que o conceito não se apegue.

A ação, visando o recebimento de indenização por fatos que trazem transtornos da mesma monta dos ordinários, tem o feitiço da banalização da responsabilidade civil pelos danos morais.

Apercebendo-se desta intransponível realidade e já enxergando os exageros que se tem verificado em casos desta natureza que a realidade já se faz alarmante, pela multiplicação de causas por razões banais e cotidianas.

De fato, a banalização serve de estímulo a demandas pela via pretoriana e, caminhando no sentido inverso de seu escopo de paz social, presta serviço à desagregação social.

Há que se definir, pois, o que seja tolerável e o que seja indenizável, para valorizar-se qualitativamente a atividade judicante e não a esvaziar de seus mais nobres e profundos objetivos, através da multiplicação descontrolada de processos ou de soluções inaceitáveis como a instituição do seguro para cobrir indenizações advindas de dano moral.

A cobrança persistente e judicializada nos pequenos percalços, já se disse, traduzida em litígios generalizados, vai tornar a vida insuportável. Os profissionais exercem o seu mister em estado de suspense. Não é essa a nossa tradição. Há que se promover uma reflexão crítica sobre a hierarquia na seleção da prioridade para termos

critérios sobre os valores que integram o chamado dano moral. A indenização a título de dano moral inegavelmente existe, mas deve sofrer os temperos da lei e da vida. Se o dano causado, injustamente a outrem, integra uma faixa da ruptura das relações sadias, a reparação do mesmo não pode servir de motivo para se gerar mais uma espécie de desagregação social. Há que se dar uma sábia parada para repensarmos o novel instituto para que reine uma sociedade fundada na convivência pacífica e não estimulada por demandas.

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como *dano moral* a dor, vexame, sofrimento ou humilhação, que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições e desequilíbrio em seu bem-estar.

Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada está fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do ofendido.

Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.

Vive-se mesmo o tempo da erosão dos filtros da reparação civil, com a gradual perda de importância dos tradicionais critérios de imputação de responsabilidade, na melhor dicção de ANDERSON SCHREIBER. E, o que é drástico, até mesmo, da *razoabilidade*.

Naquela provocação originária, a entidade postulante, supervenientemente adjetivou a temática do mero aborrecimento com os reflexos do “*desvio produtivo do consumidor*”, cuja essência, pensamos, não guarda vínculo inafastável a substância preconizada pelo extinto verbete sumular. Evidentemente que diante do *caso concreto* e identificada a *qualificada falha* capaz de ensejar um dano em razão do desvio produtivo, da mesma forma, não se olvidará o acolhimento de súplica direcionada a percepção de verba compensatória a título de danos morais.

Não é outra a visão da Corte da Cidadania. Tomemos a título de exemplificação o REsp 1.399.931, de relatoria do ministro SIDNEI BENETI: a jurisprudência do STJ tem

assinalado que os aborrecimentos comuns do dia a dia, “os meros dissabores normais e próprios do convívio social, não são suficientes para originar danos morais indenizáveis”. Para o ilustrado julgador, em princípio, “mero inadimplemento contratual, não dando causa a indenização por danos morais. Apenas excepcionalmente, quando comprovada verdadeira ofensa a direito de personalidade, será possível pleitear indenização a esse título”.

Conforme explicou o ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, relator do REsp 1.269.246, a verificação do dano moral “não reside exatamente na simples ocorrência do ilícito”, pois nem todo ato em desacordo com o ordenamento jurídico possibilita indenização por dano moral, fazendo-nos lembrar da pertinência da Súmula 75, aqui questionada.

Para Sua Excelência, o importante é que “o ato seja capaz de irradiar-se para a esfera da dignidade da pessoa, ofendendo-a de maneira relevante”. Por isso, o Ministro de nossa raiz, diz que a doutrina e a jurisprudência têm afirmado de maneira “uníssona” que o mero inadimplemento contratual não se revela bastante para gerar dano moral.

No REsp 1.234.549, o relator, ministro MASSAMI UYEDA, afirmou que as recentes orientações do STJ caminham no sentido de afastar indenizações por dano moral na hipótese em que há apenas aborrecimentos aos quais todos estão sujeitos, igualmente como pensamos.

Segundo o Ministro UYEDA, “A vida em sociedade traduz, em certas ocasiões, dissabores que, embora lamentáveis, não podem justificar a reparação civil por dano moral”, exatamente como dispõe a irretocável Súmula do Tribunal Fluminense.

Em outro julgamento da Quarta Turma, os ministros decidiram que a aquisição de produto impróprio para o consumo, quando não há ingestão, configura hipótese de mero dissabor vivenciado pelo consumidor, o que afasta qualquer pretensão indenizatória.

A discussão se deu no julgamento do AREsp 489.325, de relatoria do ministro MARCO BUZZI, e tratou do caso de um consumidor que comprou lata de extrato de tomate com odor e consistência alterados. A lata de extrato possuía colônias de fungos. O consumidor não ingeriu o produto, mas pediu indenização por danos morais no valor de R\$ 6 mil e a devolução do valor pago pela lata. O Ministro BUZZI afirmou que o vício constatado no produto autoriza a indenização por dano material, correspondente ao valor efetivamente pago. Entretanto, como não houve ingestão do produto, a condenação do

fabricante em danos morais ficou afastada, *“em razão da inexistência de abalo físico ou psicológico vivenciado pelo consumidor”*.

No REsp 1.444.573, os ministros da Terceira Turma afastaram o dano moral em ação de reparação proposta por policial militar que alegou “constrangimento” ao ficar travado na porta giratória de uma agência do Banco Santander porque estava armado. O TJ/SP reconheceu o dano moral e fixou o valor da indenização em R\$ 33.900. Contudo, o ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA explicou que é obrigação da instituição financeira promover a segurança de seus clientes, sendo exercício regular de direito a utilização de porta giratória com detector de metais.

Segundo o eminente ministro, 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.

De acordo com o Ministro NORONHA, que hoje preside a Corte da Cidadania, a responsabilidade do banco em indenizar surge somente quando praticada conduta *“negligente, discriminatória ou abusiva que provoque situação desproporcional e vexatória”*, o que não ficou constatado no caso.

Em resumo, o *mero aborrecimento* não pode funcionar como geratriz de verba compensatória a título de dano moral. As intercorrências do cotidiano, notadamente aquelas decorrentes das relações consumeristas, igualmente, não podem funcionar como espécie de metamorfose de alguma angústia em estado de euforia, quando a motivação residir, privativamente, em sua valoração pecuniária.

Nesse viés, pensamos que a verba compensatória, cada vez mais, deve guardar correspondência à gravidade do problema vivenciado.

EDWARD LORENZ sabia que um conjunto finito de equações diferenciais parciais poderia ser escrito como um conjunto infinito de equações algébricas. Daí, no estudo da desordem organizada asseverou que o bater das asas de uma borboleta num extremo do globo terrestre, pode provocar uma tormenta no outro extremo no espaço de tempo de semanas.

Não pelos golpes das asas das borboletas, mas vivenciamos uma fragmentação do caos pela avassaladora quantidade de demandas fomentadas pelo chamado valor-moral.

A indenização por dano moral não significa o "*pretium doloris*" (preço da dor), porque essa, verdadeiramente, nenhum dinheiro paga, mas, por outro lado, pode perfeitamente atenuar a manifestação dolorosa e deprimente de que tenha sofrido o trabalhador lesado. Nesse sentido, a indenização em dinheiro, na reparação dos danos morais, pensamos, é meramente compensatória, já que não se pode restituir a coisa ao seu "*status quo ante*", por conseguinte, ao estado primitivo, como se faz na reparação do dano material. Assim, embora represente uma compensação à vítima, a reparação do dano moral passou a ser compreendida, preponderantemente, como uma sanção ao ofensor, especialmente num País capitalista em que vivemos, onde cintilam os interesses econômicos.

Nessa perspectiva, já se faz necessário que sejam dissipadas as ideias apriorísticas de uma "*vilania-generalizada-das-empresas-fornecedoras*", ainda que presente inúmeras práticas questionáveis e, em alguns casos, abusivas. Mais uma vez, como bem acentuado pelo Acórdão que promoveu o cancelamento do verbete, é preciso examinar o conjunto das circunstâncias objetivas do caso concreto e a ele, exatamente, incidir as cores da reprovação ou de sua conformação. E, como objetivamente se depreende, assim que construída a dissidência acerca de alguma questão de natureza contratual, instado, o Poder Judiciário deverá resolver o entrave, mas sem qualquer convicção apriorística de uma reprovação.

Mister que a dissidência cognitiva seja dissipada pelas linhas do Direito e da Justiça, liberta de visões generalizadas ou sob a afirmativa de que a vontade deliberada dos fornecedores é do lesar e prejudicar os cidadãos-consumidores ou integrantes de alguma relação jurídica contratual. Ademais, nos tempos da cibernética, geratriz de facilidades, a silhueta conceitual tracejada pelo Código de Defesa do Consumidor já ganhou alguma outra forma em razão da amplitude das informações, reduzindo aquele amplo espaço pretérito de sua concebida vulnerabilidade.

Quanto à complexa questão de se mensurar a adequada compensação, no território jurídico do dano moral, há de ser a mesma norteada pela cautela e parcimônia, na

análise das particularidades de cada caso concreto, mormente em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

É a objetiva gravidade da situação que deve funcionar como guia condutor desse arbitramento, pensamos.

Vale, pela pertinência e absoluta justeza, colher o dizer de ANDRÉ COMTE-SPONVILLE: “Como a fidelidade ou a coragem a boa-fé tampouco é uma virtude suficiente ou completa. Ela não substitui a justiça nem a generosidade, nem o amor. Mas que seria uma justiça de má-fé? Não seriam justiça, nem amor, nem generosidade, a não ser que corrompidos à força da hipocrisia, de cegueira, de mentira. Nenhuma virtude é verdadeira, ou não é verdadeiramente virtuosa sem essa virtude da verdade. Virtude sem boa-fé é má-fé, não é virtude”.

O traço do realismo trazido à ribalta deve reavivar na alma do cultor do Direito que a boa-fé é a pedra fundamental da conduta humana.

Se a segurança jurídica também é um valor supremo do direito, devemos pôr em prática mecanismo tal que simplifique a vida, sem se estar gerando um estado generalizado de neurose do suspense. A reparação do dano moral, segundo pensamos, deve ser exceção, e, não, transformado em regra, sendo concedida apenas para reparar aquele dano que a reparação do dano material não consiga suprir, para que o conceito não se apequene.

A propósito, “não é o prosaico interesse econômico que enceta o lesado ao processo e, sim, a busca de uma satisfação moral acerca de seu direito” – daí não confundir a natureza dessa satisfação: é moral, mas não necessariamente econômica. Quando um patrão é interpelado pelo empregado em razão de sua disposição de tomar um táxi para substituir o radinho de pilhas junto ao comerciante, o faz para satisfazer o seu direito, ainda que a viagem lhe seja mais custosa economicamente do que ao próprio valor do produto defeituoso, com o qual presenteara o fiel funcionário.

A ação, visando o recebimento de indenização por fatos que trazem transtornos da mesma monta dos ordinários, tem o feitio da banalização da responsabilidade civil pelos danos morais.

Apercebendo-se desta intransponível realidade e já enxergando os exageros que se tem verificado em casos desta natureza que a realidade já se faz alarmante, pela multiplicação de causas por razões banais e cotidianas. De fato, a banalização serve de estímulo a demandas pela via pretoriana e, caminhando no sentido inverso de seu escopo de paz social, presta serviço à desagregação social.

Há que se definir, pois, o que seja tolerável e o que seja indenizável, para valorizar-se qualitativamente a atividade judicante e não a esvaziar de seus mais nobres e profundos objetivos, através da multiplicação descontrolada de processos ou de soluções inaceitáveis como a instituição do seguro para cobrir indenizações advindas de dano moral.

A cobrança persistente e judicializada nos pequenos percalços, traduzida em litígios generalizados, já se disse, irá tornar a vida insuportável. Os profissionais exercem o seu mister em estado de suspense. Não é essa a nossa cultura, bem sabemos. Há que se promover uma reflexão crítica sobre a hierarquia na seleção da prioridade para termos critérios sobre os valores que integram o chamado dano moral. A indenização a título de dano moral inegavelmente existe, mas deve sofrer os temperos da lei e da vida. Se o dano causado, injustamente a outrem, integra uma faixa da ruptura das relações sadias, a reparação do mesmo não pode servir de motivo para se gerar mais uma espécie de desagregação social. Há que se dar uma sábia parada para repensarmos o instituto para que reine uma sociedade fundada na convivência pacífica e não estimulada por demandas.

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação, que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições e desequilíbrio em seu bem-estar.

Para atalhar os inconvenientes que disso resultam, em termos de imprecisão jurídica e arbítrio judicial, temos que *desubjetivizar* esses danos, construindo referenciais de natureza social como parâmetros para sua definição e estimativa.

E, como enfatiza com absoluta propriedade J. J. CALMON DE PASSOS, se pretendermos sair desses limites, estaremos introduzindo no jurídico o que no jurídico é inaceitável – “a tutela do subjetivo não socialmente institucionalizado, a par do arbítrio aleatoriamente controlável do decisor”. Sem esquecer a agravante de que na sociedade atual,

laica, pluralista, hedonista e em que a "*fulguração*" dos acontecimentos não deixa rastros duradouros, tal como acontece com as estrelas cadentes, a moral tornou-se algo extremamente relativo, esgarçado e sem profundidade.

Quanto menos dor realmente se experimenta tanto maior é sua dor oculta para fins de indenização. Não se questiona se aquele que se enche de furor ético porque teve algum problema consumerista, por força disso, forte abalo emocional, ou é simplesmente um viajante arguto na planície de permissividades e tolerância que apelidamos de ousadia empreendedora. Quando a moralidade é posta debaixo do tapete, esse desprezo pode ser trazido para fora no momento em que bem nos convier. E justamente porque a moralidade se fez algo descartável e de mitigada importância no mundo de hoje, em que o relativismo, o pluralismo, o cinismo, o ceticismo, a permissividade e o imediatismo têm papel decisivo, o ressarcimento por danos morais teria que também se objetivar para justificar-se numa sociedade tão eticamente frágil e indiferente. O ético, como enfatizava o saudoso professor CALMON DE PASSOS, deixa de ser algo intersubjetivamente estruturado e institucionalizado, descaracterizando-se como reparação de natureza moral para se traduzir em ressarcimento material, vale dizer, o dano moral é significativo não para reparar a ofensa à honra e a outros valores éticos, sim para acrescer algum numerário ao patrimônio daquele que foi moralmente ofendido.

E, nessa perspectiva, há se realçar que nos tempos da cibernética, geratriz de facilitações, especialmente das informações, não há mais absoluta identidade daquele personagem consumidor idealizado pelo Código das Relações de Consumo com a maior parte dos cidadãos-jurisdicionados que habitam os corredores forenses, enquanto o ser absolutamente desprotegido, desinformado e suscetível das mais diversas transgressões perpetradas pelos fornecedores de produtos e serviços.

O recorte daquela silhueta, já observamos, não lhe empresta mais elegante vestimenta. O modelo está menos desequilibrado.

Assim, a elevação das somas compensatórias não parece, mesmo, representar o caminho mais ajustado. Já se tentou, e a experiência não rendeu os melhores resultados, salvo as gigantescas filas de interessados, ávidos de suas compensações, pelas mais diversas

vicissitudes do cotidiano. Melhor que a solução seja encontrada nas punições de ordem pública.

A propósito, a compensação pela dor moral não deve funcionar como uma espécie de metamorfose entre o estado de angústia para o de euforia. Nesse mesmo sentido, já advertira Platão – o juiz não é nomeado para fazer favores com a justiça, mas para julgar segundo as leis.

Compensar, apenas isso.

Assegurar o voo liberto das borboletas, desde que o oscilar das asas estejam alinhados ao sentimento de Justiça já representará um importante comprometimento da jurisdição.

“VIDA LONGA E PRÓSPERA” AO ENUNCIADO 75 DA SÚMULA DO TJRJ

Leonardo de Castro Gomes¹

Eternizada na figura do personagem Dr. Spock, interpretado pelo genial Leonard Nimoy (1931-2015) em *Jornada nas Estrelas*, a saudação vulcana, *vida longa e próspera*, acompanhada com um gesto pelo qual se estende a palma da mão para a frente, afastando o polegar enquanto os demais dedos se separam no meio, com dois dedos juntos de cada lado, é um dos maiores símbolos do universo *geek*. Na série televisiva, funcionava como uma marca e, na construção do personagem de Nimoy, fazia lembrar de sua origem vulcana, referência ao povo que cultuava a racionalidade e a lógica em contraposição às emoções, próprias dos humanos e que, volta e meia, atordoavam o personagem de orelhas pontiagudas.

Ao melhor estilo vulcano, o Enunciado n° 75 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro buscou imprimir certa racionalidade no reconhecimento do dano moral, com o seguinte texto (doravante, apenas *Súmula n° 75*):

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.

¹ Juiz Titular da 17ª Vara Cível da Capital do Estado do Rio de Janeiro e integrante do quadro de juízes do CEDES.

Por ocasião do julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº. 0034922-29.2004.8.19.0000, que deu origem à Súmula nº 75, constou como justificativa para aquele entendimento (Relator Des. LUIZ ZVEITER; julgamento em 22/11/2004; Órgão Especial):

Reiteradamente, os Órgãos Fracionários deste Tribunal têm decidido no sentido da inexistência de abalo moral indenizável em situações de simples inadimplemento contratual. O reconhecimento do dano moral infere que o julgador tenha, inicialmente, em mente que sua configuração não se justifica diante de meras repercussões na órbita emocional, as quais inobstante sejam desagradáveis, são integrantes de um sistema capitalista, quase selvagem e que se fazem presentes no cotidiano do cidadão, principalmente, nos grandes centros urbanos. Por isso, não é justificado o reconhecimento do dano moral, diante de mero aborrecimento, mágoa, pequenos constrangimentos. O dano moral encontra sua lógica em consequência de ofensa grave possa interferir no comportamento normal do cidadão.

Neste sentido, os arestos a seguir colacionados:

“RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL E MORAL. INADMISSIBILIDADE. O DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO NÃO CONFIGURA, POR-SI-SÓ A OCORRÊNCIA DE DANO MORAL, JÁ QUE SOMENTE NA HIPÓTESE DE LESÃO DE BEM PERSONALÍSSIMO COMO A HONRA E A INTIMIDADE, DECORRENTE, DE DOR, HUMILHAÇÃO, VEXAME PODE-SE CONSIDERAR A EXISTÊNCIA DE FATOR DE REPARAÇÃO DE ORDEM. MORAL. CONDENAÇÃO DO AUTOR NAS CUSTAS E HONORÁRIOS FACE À SUCUMBÊNCIA MÍNIMA DO RÉU. OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ARTIGO 20

PARÁGRAFO 4º DO DIGESTO PROCESSUAL. RECURSO PROVIDO.”
(AC 11.589/03 – Sexta Câmara Cível – Rel. Des. Luiz Zveiter).

“Apelação. Ação de procedimento comum ordinário. Obrigação de fazer. Compra e venda de veículo. Vendedora que não cumpriu a obrigação de efetuar a transferência para o nome da compradora perante o DETRAN, embora houvesse contratado a prestação desse serviço e recebido o respectivo preço. Descumprimento de ordem judicial para o entrega dos documentos. Satisfação de IPVA e de multas que cabia à vendedora. Não há dano moral à falta de lesão a direitos da personalidade. Parcial provimento do recurso. Sucumbência recíproca” (AC 34.767/03 – Segunda Câmara Cível – Rel. Des. Jessé Torres)

“CONTRATO DE FORNECIMENTO DE MÃO DE OBRA TEMPORÁRIA. RELAÇÃO CONTRATUAL ENTRE PRESTADOR E TOMADOR DESTES SERVIÇOS. INADIMPLEMENTO. LUCROS CESSANTES. DANOS MORAIS. A questão em apreço não versa sobre pedido de indenização trabalhista, mas sobre o reembolso de despesas relativas ao contrato de fornecimento de mão de obra especializada temporária, de âmbito exclusivamente civil, sendo evidente a competência da Justiça Comum. Não se discute que a autora, na qualidade de empregadora e prestadora de serviços temporários, tem por obrigação pagar os encargos trabalhistas destes empregados, assim como, é inquestionável que a ré, como tomadora destes serviços, por força do contrato de fornecimento de mão de obra temporária celebrado com a autora, deve ressarcir os valores decorrentes dos salários e indenizações por atos resilitórios destes mesmos empregados, que por intermédio da autora exerceram atividades junto à ré. Assim, deve a ré pagar a autora, os referidos valores, todavia, esta não comprovou, efetivamente, os prejuízos suportados, e decerto, o inadimplemento contratual se insere no risco da atividade por ela desempenhada. E, no que se refere aos alegados danos

morais ou extrapatrimoniais, não há como reconhecê-los pelo simples descumprimento de obrigação contratual, como têm interpretado a doutrina e a jurisprudência. Recursos conhecidos e improvido” (AC 30.882/03 – Décima Primeira Câmara Cível – Rel. Des. Cláudio de Mello Tavares).

Como se vê da motivação que ensejou a elaboração da Súmula nº 75, o dano moral não se configuraria diante de meras repercussões na órbita emocional, senão quando violado direito da personalidade.

Esta nada mais é que a adoção da *teoria objetiva* do dano moral, que surgiu em contraponto à *teoria subjetiva*, a qual identificava o dano moral na alteração do estado interior (psicológico, anímico, etc.) do indivíduo, conectando-o à ideia de dor, sofrimento, angústia e humilhação.

Ocorre que a definição contida na *teoria subjetiva*, além de trazer incongruências intransponíveis, acarreta enorme disparidade entre julgados acerca de situações análogas, prejudicando o viés educador e preventivo da jurisdição que, ao invés de promover a pacificação de conflitos, acaba por fomentá-los ainda mais.

Isto porque a aferição do dano a partir da repercussão da conduta lesiva no estado íntimo da vítima é tarefa inglória para o julgador, que acaba se influenciando mais pelos argumentos redacionais do advogado da parte do que pela efetiva dor ou sofrimento seu. A propósito, eis a angústia compartilhada por ANDERSON SCHREIBER ao se referir ao dano moral à luz da *teoria subjetiva*:²

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.

² 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

Por outro lado, são diversas as hipóteses em que a lesão extrapatrimonial prescinde de dor, sofrimento ou qualquer outra alteração negativa no estado íntimo da vítima. Tal ocorre nos casos em que a vítima do dano moral é pessoa jurídica ou pessoa física sem discernimento ou sem sensibilidade física ou psíquica para a dor. A *teoria subjetiva* se mostrou totalmente inepta para a solução de casos assim.

Mas não é só. Poderá haver casos em que o dano moral coexista com uma extrema felicidade da vítima, sem que isso represente qualquer anomalia jurídica. Imagine uma pessoa que se submeta a uma cirurgia contraceptiva (laqueadura ou vasectomia) cujo sucesso é garantido pelo prestador de serviços médicos. A maternidade ou paternidade posterior, causada pela falha na informação e no serviço, viola inegavelmente o direito personalíssimo ao planejamento familiar, o que implica dano moral **in re ipsa**, ainda que a criança venha a ser fonte de alegria inesgotável.

Neste sentido já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

Civil e processo civil. Recurso especial. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Anticoncepcional Microvlar. Acontecimentos que se notabilizaram como o 'caso das pílulas de farinha'. Cartelas de comprimidos sem princípio ativo, utilizadas para teste de maquinário, que acabaram atingindo consumidoras e não impediram a gravidez indesejada. Análise do material probatório que aponta para a responsabilidade civil do fabricante. Danos morais. Ocorrência. Valor que não pode ser considerado excessivo.

(...)

- O dever de compensar danos morais, na hipótese, não fica afastado com a alegação de que a gravidez resultante da ineficácia do anticoncepcional trouxe, necessariamente, sentimentos positivos pelo surgimento de uma nova vida, porque o objeto dos autos não é discutir o dom da maternidade. Ao contrário, o produto em questão é um anticoncepcional, cuja única utilidade é a de evitar uma gravidez.

A mulher que toma tal medicamento tem a intenção de utilizá-lo como meio a possibilitar sua escolha quanto ao momento de ter filhos, e a falha do remédio, ao frustrar a opção da mulher, dá ensejo à obrigação de compensação pelos danos morais.

(...)

(REsp 1096325/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 03/02/2009)

A *teoria objetiva* do dano moral surge, assim, como alternativa solucionadora dos problemas que a *teoria subjetiva* criava. Por ela, o dano moral se apresenta simplesmente como a lesão a direitos da personalidade (tais como a ofensa à imagem, à honra, ao nome, entre outros direitos inerentes à dignidade humana), que não guarda necessária relação com a dor, aflição, humilhação, ou sentimentos negativos em geral. Tais estados físicos ou psíquicos representariam (eventualmente) mera consequência do dano, mas não o dano em si.

No entanto, na medida em que as lesões a direitos da personalidade costumeiramente geram sofrimentos, angústia e humilhação às suas vítimas, a confusão dos conceitos sempre dificultou a adoção consciente da *teoria objetiva* em sua forma pura e desde sempre houve concessões por parte da jurisprudência à *teoria subjetiva*, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça. Em caso extremo e hermeneuticamente de difícil equação, aquela Corte chega a reconhecer o dano moral pela mera violação aos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da responsabilidade pós-contratual, deslocando a subjetividade do dano moral da pessoa da vítima para a do agente que se comporta de forma censurável e maliciosa.^{3 4}

³ REsp 1255315/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 27/09/2011.

⁴ Sobre o confronto das teorias subjetiva e objetiva do dano moral e evolução doutrinária e jurisprudencial, vide CÔRTEZ; GOMES; ARAÚJO e SCHNEIDER. **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.** In: *Revista de Estudos e Debates do Cedes* - Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Vol. 1, nº 1, jul.-dez. 2015, p. 17-44.

Contudo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem resgatando o cerne da *teoria objetiva*. A tendência se mostrou com força nos casos de atraso em empreendimentos imobiliários. Seguem julgados a respeito:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. DANO MORAL. NÃO CONFIGURADO.

- Ação declaratória cumulada com indenização por danos materiais e compensação por danos morais.

- **O dano moral, na hipótese de atraso na entrega de unidade imobiliária, não se presume, configurando-se apenas quando houver circunstâncias excepcionais que, devidamente comprovadas, importem em significativa e anormal violação a direito da personalidade dos promitentes-compradores**, hipótese que não se verifica no caso vertente. Precedentes.

- Agravo interno não provido.

(EDcl no REsp 1739451/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/08/2018, DJe 06/09/2018)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PARCIAL PROVIMENTO AO RECLAMO DA PARTE RÉ A FIM DE EXCLUIR A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. INSURGÊNCIA RECURSAL DA PARTE AUTORA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que **o simples inadimplemento contratual, em regra, não configura dano moral indenizável**, devendo haver consequências fáticas capazes de ensejar

o sofrimento psicológico. 1.1. No caso sub judice, constata-se que, ainda que o imóvel tenha sido entregue após ultrapassado o prazo de tolerância de 180 dias, **não foi comprovado que o atraso teria afetado, de maneira excepcional, o direito da personalidade do recorrido, não havendo que se falar, portanto, em abalo moral indenizável.**

2. Agravo interno desprovido.

(AgInt no REsp 1763599/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 10/12/2018)

Na mesma linha objetiva e impondo um rigor extremo na apuração do dano moral como consequência da violação a direito da personalidade, aquela Corte Superior chegou, recentemente, a afastá-lo em caso de recusa indevida de cobertura por parte de planos de saúde, invertendo entendimento que outrora parecia já pacificado:

RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA CARDÍACA. NEGATIVA DE COBERTURA DA UTILIZAÇÃO DE STENTS. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUTOR QUE SOMENTE TEVE CONHECIMENTO DA RECUSA PELA OPERADORA DE SAÚDE APÓS ALTA HOSPITALAR. MERO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. AUSÊNCIA DE DANOS MORAIS. RECURSO DESPROVIDO.

1. Cinge-se a controvérsia quanto à ocorrência ou não de dano moral em razão da recusa, considerada indevida pelas instâncias ordinárias, da operadora de plano de saúde em arcar com o pagamento da colocação de stents utilizados em cirurgia cardíaca realizada pelo autor (recorrente).

2. A negativa indevida de cobertura de plano de saúde, por si, não acarreta dano moral, devendo-se verificar, pelas especificidades de cada caso, se a conduta ilícita transbordou o mero inadimplemento

contratual ensejando significativo abalo a direitos da personalidade do segurado. Logo, não se trata de dano moral *in re ipsa* (presumido).

3. Não se pode olvidar, ainda, que "há situações em que existe dúvida jurídica razoável na interpretação de cláusula contratual, não podendo ser reputada ilegítima ou injusta, violadora de direitos imateriais, a conduta de operadora que optar pela restrição de cobertura sem ofender, em contrapartida, os deveres anexos do contrato, tal qual a boa-fé, o que afasta a pretensão de compensação por danos morais" (AgInt no AREsp n. 1.134.706/SC, Relator o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 23/11/2017).

4. Na hipótese, o procedimento cirúrgico foi realizado sem qualquer empecilho por parte da operadora de plano de saúde, sendo que o autor somente tomou conhecimento da negativa de cobertura dos *stents* utilizados quando teve alta hospitalar. Dessa forma, conquanto tenha sido reconhecida pelas instâncias ordinárias a abusividade na respectiva negativa de cobertura do procedimento, tal fato não comprometeu a saúde do recorrente, tampouco acarretou atrasos ou embaraços em seu tratamento, o que afasta a ocorrência de dano moral.

5. Recurso especial desprovido.

(REsp 1800758/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 10/05/2019)

Apesar de todas as evidências de que a Súmula nº 75 estaria a acampar a *teoria objetiva* do dano moral, o Órgão Especial entendeu por cancelá-la no dia 17/12/2018, em processo administrativo instaurado a requerimento do Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – CEDES, mediante provocação da Ordem dos Advogados do Brasil.

Naquele acórdão, a fundamentação se baseou na associação da Súmula nº 75 à *teoria subjetiva* do dano moral (a meu ver bastante equivocada, haja vista a motivação do acórdão que a originou), bem como na desconformidade do enunciado em relação à teoria

da perda do tempo útil e do seu desdobramento na teoria do desvio produtivo do consumidor.

Eis trechos da fundamentação do Órgão Especial no acórdão que cancelou a Súmula n° 75, em 2018:

Por certo, dúvida não há de que, à época, tal verbete foi aprovado com o escopo não só de evitar a banalização do dano moral, de forma a deixar claro que não seria um simples dissabor da vida cotidiana, uma simples vivência desagradável, que geraria dano à esfera extrapatrimonial da pessoa, como também teve por objetivo frear a propositura de demandas indenizatórias totalmente descabidas, verdadeiras aventuras jurídicas, que somente buscavam a obtenção de lucros desmedidos, fundadas na alegação desvirtuada do aludido instituto, assoberbando, cada vez mais, o Judiciário.

No entanto, a expressão “mero aborrecimento”, carregada de subjetivismo, constante do verbete sumular, acabou por gerar a possibilidade de decisões conflitantes diante de um mesmo fato danoso, pois cada magistrado, como ser singular que é, tem um entendimento próprio do que pode ser enquadrado como simples dissabor, ou não, acabando por dar ensejo à violação dos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

E mais, a súmula, como meio de facilitação de julgamento das demandas, autorizou que os magistrados se valessem do seu teor, sem tecer qualquer fundamentação concreta, para julgar improcedentes pretensões compensatórias por dano moral simplesmente afirmando que o descumprimento do contrato não é capaz de gerar mais do que mero aborrecimento da vida cotidiana, em franca afronta ao disposto no art. 93, IX, da CRFB.

E, assim, ao invés do verbete sumular cumprir seus nobres objetivos, acabou por legitimar, indireta e involuntariamente, a conduta omissiva e desidiosa dos fornecedores no mercado de consumo, sobretudo das grandes empresas, no que diz respeito à sua obrigação de prestar serviços e de fornecer

produtos com segurança e qualidade, o que inclui a solução dos problemas daí advindos com rapidez e eficiência.

Consequentemente, o número de ações no Judiciário acabou por aumentar – e não diminuir, como se pretendia –, já que os consumidores constantemente são compelidos a se valer da tutela jurisdicional na tentativa de solução de problemas que não foram por si gerados, mas, sim, pela má atuação dos fornecedores de produtos e de serviços, que, a todo o tempo, violam os termos do contrato, seja descumprindo a obrigação principal, seja desrespeitando as obrigações acessórias, quais sejam, os deveres de informação, de proteção, de lealdade, de assistência, de cooperação, de confiança, dentre outros, advindos da boa-fé objetiva, como parâmetro de conduta que é, já que não fazem o menor esforço em solver as questões em âmbito administrativo, por meio de seus serviços de atendimento ao cliente (SACs), que, como é notório, em regra, são de má qualidade.

Diante de tal cenário, e como forma de combater as injustiças daí advindas, sobretudo, as experimentadas pelos hipossuficientes, doutrina e jurisprudência evoluíram no sentido de que o dano moral pode, sim, advir do inadimplemento contratual ou legal, desde que reste configurada, no caso concreto, lesão a quaisquer dos direitos inerentes à personalidade, sendo despidendo, verificar a presença de elementos de cunho subjetivo, tais como a dor, o sofrimento, a humilhação, etc.

Ou seja, passou-se a defender a teoria objetiva do dano moral, fundada na violação a direito da personalidade, em detrimento da teoria subjetiva, na qual se enquadra o mero aborrecimento tratado pela súmula ora questionada.

(...)

E, como os direitos da personalidade sempre estão em constante evolução de forma a acompanhar as transformações da sociedade, nasceram teorias doutrinárias envolvendo a perda do tempo, como forma de incluí-lo como um dos valores passíveis de proteção jurídica neste rol, que tem natureza

exemplificativa, vez que, contemporaneamente, nos defrontamos com situações inequívocas de ofensa à livre disposição e uso de nosso tempo livre, em favor do interesse econômico ou da mera conveniência negocial de um terceiro.

Com efeito, mesmo que determinado valor essencial ao indivíduo não esteja previsto em lei, sua proteção encontra amparo na cláusula geral de tutela da dignidade humana, elevada a fundamento da República Federativa do Brasil e a valor máximo do ordenamento, nos termos do artigo 1º, III, da Constituição Federal Brasileira.

(...)

Nasceu, assim, a teoria do desvio produtivo do consumidor, de autoria do advogado Marcos Dessaune, também referida como teoria da perda do tempo livre, tratada em sua obra intitulada Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado, citada em outros artigos doutrinários

(...)

Resta demonstrado, portanto, que o verbete sumular n.º 75, diante da evolução do entendimento adotado por este Tribunal de Justiça, seguindo doutrinas modernas e também já adotadas em julgados do Superior Tribunal de Justiça, não tem mais razão de ser.

Afinal, enunciados de súmula não são estáticos, nem estratificados, devendo sempre ser revistos ou mesmo cancelados, de forma a refletir o entendimento atual do Tribunal, caso surjam novos fundamentos aptos a fazer a Corte mudar de posicionamento sobre determinada matéria, de forma que continue a cumprir a sua finalidade de racionalização da atividade judiciária, que deve sempre buscar ser célere, justa, e efetiva para os jurisdicionados.

Com efeito, cancelado o verbete sumular, caberá a cada magistrado, diante de cada caso concreto, analisar e definir se o inadimplemento, legal ou contratual, foi capaz de gerar dano – ou não – a quaisquer dos direitos da personalidade do contratante, dentre os quais, o seu tempo útil, apresentando

a fundamentação pertinente, não restando afastada a possibilidade de concluir que o inadimplemento causou apenas mero aborrecimento, mas desde que, repita-se, fundamente tal conclusão.

(Processo Administrativo Nº 0056716-18.2018.8.19.0000; julgamento em 17/12/2018; Relator Des. MAURO PEREIRA MARTINS; unânime; DJe de 19/12/2018)

A associação que referido julgado faz entre a Súmula nº 75 e a teoria subjetiva do dano moral se mostra desconectada com os motivos que deram sua origem. Conforme trecho anteriormente citado, a jurisprudência dominante na qual se baseou o acórdão de 2004 era expressa no sentido de que *somente na hipótese de lesão de bem personalíssimo como a honra e a intimidade, decorrente, de dor, humilhação, vexame pode-se considerar a existência de fator de reparação de ordem* (AC 11.589/03 – Sexta Câmara Cível – Rel. Des. Luiz Zveiter); *não há dano moral à falta de lesão a direitos da personalidade* (AC 34.767/03 – Segunda Câmara Cível – Rel. Des. Jessé Torres).

Na verdade, leitura atenta do voto condutor do acórdão de 2018 revela que, tal como em 2004, o Órgão Especial ratificou seu entendimento quanto à superioridade hermenêutica da *teoria objetiva* em detrimento da *teoria subjetiva* do dano moral. O diferencial de 2018 está no fato de se elevar, à condição de direito da personalidade, o tempo útil do consumidor, de maneira que, sempre que aquele fosse prejudicado por conduta ilícita do fornecedor, restaria configurado o dano moral, à luz da *teoria objetiva*, sob este novo enquadramento.

Mas, afinal, é possível extrair objetividade da utilidade do tempo?

O próprio acórdão de 2018 reconhece que a lei não outorga ao *tempo útil*, de maneira expressa, a condição de direito da personalidade, senão por via oblíqua (*mesmo que determinado valor essencial ao indivíduo não esteja previsto em lei, sua proteção encontra amparo na cláusula geral de tutela da dignidade humana, citação acima*).

Mais adiante, o voto condutor do acórdão indica que:

... caberá a cada magistrado, diante de cada caso concreto, analisar e definir se o inadimplemento, legal ou contratual, foi capaz de gerar dano – ou não – a quaisquer dos direitos da personalidade do contratante, dentre os quais, o seu tempo útil, apresentando a fundamentação pertinente, não restando afastada a possibilidade de concluir que o inadimplemento causou apenas mero aborrecimento, mas desde que, repita-se, fundamente tal conclusão.

Como se vê, ainda que a teoria do tempo útil (e seu desdobramento no desvio produtivo do consumidor) se valha de argumento desatrelado do estado anímico da vítima, é inegável que o fator de configuração do dano moral é extremamente impreciso, trazendo consigo diversas das incongruências próprias da *teoria subjetiva*. Quão do tempo produtivo do consumidor se faz necessário desviar a fim de se extrapolar a barreira do mero aborrecimento e configurar o dano moral? Outorgar tal definição à avaliação judicial no caso concreto é o mesmo que dispensar todos os benefícios que a teoria objetiva trouxe para a solução da questão.

Existe, ainda, uma outra barreira que inviabiliza a adoção da teoria do tempo útil como juridicamente adequada: a dificuldade de sua compatibilização com a *teoria do dano direto e imediato*.

Com efeito, dentre as várias teorias que visam identificar os limites da causalidade, prevalece entre nós a teoria do dano *direto e imediato*, positivada no artigo 403 do Código Civil (antigo artigo 1060 do Código Civil de 1916), que, apesar da referência ao termo *inexecução* (da obrigação), próprio da *responsabilidade contratual*, aplica-se igualmente aos casos de *responsabilidade extracontratual*.

Diz o citado dispositivo:

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Sobre o tema se ocupou magnificamente AGOSTINHO ALVIM, para o qual, com respaldo em doutrina estrangeira, os termos direto e imediato não traduzem ideias distintas, mas, ao contrário, reforçam o significado de cada qual, fundindo-se no conceito da *necessariedade*. Ou seja, a expressão *direto e imediato* significa o nexo causal *necessário*.

Seguem as conclusões do mestre paulista (*Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*, 5ª edição, São Paulo, Saraiva, 1980, páginas 356-370):

226 – *De tudo o que se vem a dizer, o que se conclui, em síntese, é o seguinte:*

a) *A doutrina de POTHIER, contrapondo embora o dano remoto ou indireto, para o efeito de indenização, não quer, propriamente, excluir o dano indireto, mesmo porque, na fórmula que propõe como síntese de sua doutrina, o que ele exige é o nexo causal necessário, entre a inexecução e o dano, “afastando-se aqueles que podem ter outras causas” (cf. ob. cit., vol. II, nº 167).*

b) *Esta é a doutrina mais em voga entre os civilistas franceses e italianos, explicando seus respectivos Códigos iguais neste ponto.*

c) *Códigos posteriores reportam-se à necessariedade, que não é uma evolução da ideia de dano direto e imediato, mas, a mesma ideia diversamente exprimida, apenas com maior precisão; tanto assim que todos se apoiam em POTHIER, cuja regra e exemplos repetem.*

d) *Finalmente, essa é a interpretação que se deve dar ao art. 1060 do nosso Código, fiel tradução do art. 1.151 do Código Napoleão.*

Quer dizer: os danos indiretos ou remotos não se excluem só por isso; em regra não são indenizáveis, porque deixam de ser efeito necessário pelo aparecimento de concausas.

Suposto não existam estas, aqueles danos são indenizáveis.

Com este enfoque, a distância entre o dano e a causa atribuída ao devedor (inexecução) não afasta a responsabilidade deste. No entanto, o surgimento superveniente de uma *concausa*, sim.

Pois bem. A perda do tempo útil dificilmente ocorrerá sem a ação volitiva superveniente do consumidor ou sem a demora imputável à máquina judiciária.

Partindo do pressuposto que não era a intenção da doutrina a configuração do dano moral em todo inadimplemento contratual que resultasse no exercício do direito de ação por parte do consumidor, é de se concluir que a violação ao tempo útil ocorrerá na medida do retardo excessivo para a resolução do imbróglio consumerista. Ocorre que este retardo só ocorrerá quando o consumidor insistir inutilmente na solução extrajudicial ou quando houver demora do próprio serviço judiciário. Em todo caso, apresenta-se uma *concausa superveniente* que, por não guardar uma relação de necessidade com o ilícito do fornecedor, implica o rompimento do nexo causal.

O aproveitamento útil do tempo que dispomos na terra é tido como um dos códigos para se atingir a felicidade humana. Decifrá-lo, contudo, é paradoxal, pois dispensa esforços que restringem o próprio tempo que dispomos para viver. A organização do tempo é uma busca constante, própria da natureza humana. Sua judicialização é medida inglória e distorce a função jurisdicional efetiva, transformando o Judiciário em Poder paternalista e substituto de agências regulatórias de setores mono ou oligopolizados e das forças de mercado, pelas quais o mau fornecedor não se estabelece a médio prazo.

Na verdade, vejo as teorias da perda do tempo útil e do desvio produtivo do consumidor muito mais como uma reação à *teoria objetiva*, pela qual, em sua concepção original, a conduta ilícita do fornecedor poderia provocar a ira do consumidor sem uma resposta punitiva correspondente, senão na medida das perdas materiais. Buscaram, assim (e, ao meu ver, semanticamente), uma maneira de *objetivar* aquela transformação anímica da vítima, transferindo a configuração do dano para o tempo da relação jurídica contenciosa, fator neutro que sofre interferência em *qualquer* situação, lesiva ou não, e permitindo, assim, uma resposta indenizatória com claro viés punitivo (e não apenas compensatório) a ser aplicada de acordo com as subjetividades do julgador e com a emoção envolvida no litígio.

Nem o Judiciário e nem o direito se prestam para garantir a paz interior do cidadão. Para isso o mercado dispõe de terapias de todos os gostos. Aqueles também não

são garantidores do tempo útil, cuja busca é subjetiva e desafia o homem moderno desde a revolução industrial.

Voltando ao Dr. Spock, os vulcanos não cultuavam a racionalidade e a lógica como mero reflexo de sua natureza. Na verdade, o faziam como uma questão de sobrevivência, pois acreditavam que, cedendo às emoções, retroagiriam à barbárie.

O cancelamento da Súmula nº 75, refletindo o atual posicionamento heterogêneo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, justifica-se como uma concessão jurisprudencial aos apelos emotivos da teoria da perda do tempo útil. É imprescindível, contudo, que a jurisprudência retome o caminho da racionalidade que guia a teoria objetiva, pena de as demandas reparatorias encontrarem soluções aleatórias e imprevisíveis, ambiente que o povo do Dr. Spock buscava evitar em prol de sua sobrevivência.

ANEXOS



ESTAI Div. de Processamento de Acordãos - DIPAR
PODI Processo: 2004.001.01324
Folhas : 040231/040241
Registrado em 17/03/2004

Por: ENY



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL
APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004.001.01324
APELANTES: BANCO PONTUAL S/A EM LIQUIDAÇÃO
EXTRAJUDICIAL e ILZA GOMES DE ALMEIDA
APELADOS: OS MESMOS E GALEÃO VEÍCULOS LTDA.
RELATOR: DES. CARLOS EDUARDO DA FONSECA PASSOS

RELAÇÃO CONSUMERISTA. DANO MORAL. Cobrança indevida através de remessa de cartas, sem negativação em cadastro restritivo de crédito. Verificação se a hipótese configura ou não desgosto íntimo relevante, a despeito da falha na prestação de serviço, ou, se ao contrário, a pretensão apenas denota excesso de suscetibilidade, a afastar o dano moral. Relevante questão de direito, que torna conveniente a suscitação do incidente especial de jurisprudência aludido pelo art. 555, § 1º, do Cód. de Proc. Civil, pois o tema é de interesse público, na medida que evita a multiplicação de demandas análogas, de recursos e agiliza o seu julgamento, na forma do art. 557, do Cód. de Proc. Civil. Acolhimento do incidente, submissão do julgamento do recurso ao Órgão Especial e proposição de inclusão de verbete na Súmula da Jurisprudência Predominante deste Tribunal.

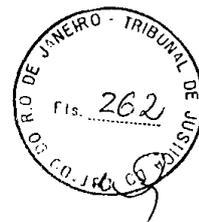
Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 01324/04 em que são Apelantes **BANCO PONTUAL S/A EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL e ILZA GOMES DE ALMEIDA** e Apelados **OS MESMOS e GALEÃO VEÍCULOS LTDA.**

Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos

7535-651-0291



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO



2

ACORDAM os Desembargadores que compõem a Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em **suscitar** o incidente especial de jurisprudência e **submeter** o julgamento do recurso ao Órgão Especial.

Relatório às fls. 257/258.

Como consta dos autos, a relação é consumerista e decorre da suposta responsabilidade da entidade bancária por serviços prestados no mercado de consumo.

A *vexata quaestio* consiste em verificar se caracteriza dano moral a remessa de cartas de cobrança, sem negativação do consumidor, ou, se ao contrário, a hipótese configura mero inadimplemento, o que não ensejaria desgosto íntimo a justificar o dano imaterial, por se tratar de simples aborrecimento.

O julgamento do recurso, dessarte, resume-se a resolver, se o caso concreto se subsume ou não à tese jurídica amplamente consagrada por este Tribunal, segundo a qual o simples inadimplemento contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral.

De acordo com o art. 555, § 1º, do Cód. de Proc. Civil, “ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do Tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso”.

A disposição, como se sabe, constitui uma inovação da Lei nº 10352/01 e forma especial de incidente de uniformização de jurisprudência.

Os pressupostos para a suscitação se dão em torno de conceitos juridicamente indeterminados, nos quais ao julgador atribui-se certa liberdade e flexibilidade na tarefa de concretização, quer ao suscitante, quer ao suscitado, órgão julgador, este no reconhecimento do interesse público.

Na lição de José Carlos Barbosa Moreira, “na fixação dos conceitos juridicamente indeterminados, abre-se ao aplicador da norma, como é intuitivo, certa margem de liberdade. Algo de subjetivo quase sempre

TJ - 18ª C.C.
AP - 01324/2004
Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos

7535-651-0291



3
haverá nessa operação concretizadora, sobretudo quando ela envolva, conforme ocorre com freqüência, a formulação de juízos de valor” (Temas de Direito Processual, Segunda Série, 1980, p. 65).

O primeiro pressuposto do incidente é que seja uma questão de direito, o que, indubitavelmente, se configura, na medida que a matéria é uma tese jurídica e, no caso concreto, exige-se, apenas, que se faça ou não a subsunção da situação dos autos à tese em abstrato.

O segundo pressuposto exigido é a relevância da matéria.

Conforme já se acentuou, a lei utiliza termos vagos, os chamados conceitos indeterminados, daí por que na lição do nosso maior processualista antes citado, “é particularmente importante o papel confiado à prudência do aplicador da norma, a quem não se impõem padrões rígidos de atuação” (ob. citada, p. 66).

Assim, dispõe o suscitante de ampla liberdade, no que deva entender por relevante, da mesma forma que cabe ao suscitado (Órgão Especial), a constatação de se concretizar ou não o interesse público mencionado pela norma.

Claro está que a questão é de grande interesse, dada a repercussão judicial do caso, evitando a multiplicação de demandas análogas.

De outro turno, a súmula hoje constitui poderoso instrumento contra a proliferação de recursos fundados na mesma tese, ou, pelo menos, propicia a rapidez de seus julgamentos, dado que se atribui ao relator, através de decisão monocrática, negar seguimento ou dar provimento ao recurso (art. 557, do Cód. de Proc. Civil).

O tema é, por conseguinte, de interesse público, a impor a assunção da competência pelo Órgão Especial na forma do permissivo legal.

Saliente-se, outrossim, a vantagem deste novel instituto, que na lição de nosso maior processualista, José Carlos Barbosa Moreira, “trata-se de mais um expediente ordenado à uniformização da jurisprudência, que naturalmente se espera seja mais eficiente do que o regulado nas arts. 476 e segs. Pode até supor-se que ele venha a ser preferido na prática judicial, subtraindo ao outro instituto parcela de sua importância já diminuta. Uma vantagem prática decerto se manifesta aqui. O Órgão a que se remete a matéria não se limita a enunciar a solução da *quaestio juris*, mas procede ao

TJ - 18ª C.C.
AP - 01324/2004
Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos



juízo que competia ao outro. Com a ressalva que oportunamente se fará, não há devolução ao órgão de origem: tudo se resolve naquele que recebe o recurso. Evita-se assim o vaivém, causa de maior demora” (Comentários, vol. V, 10ª ed., Forense, p. 648).

Ademais, o fato de inexistir norma regimental expressa não exclui a possibilidade de suscitação do incidente, visto que o Regimento Interno do Tribunal faz alusão ao incidente de uniformização de jurisprudência (art. 3º, II, letra f), o qual alcança este novo instituto segundo interpretação perfeitamente aceitável.

A jurisprudência deste Tribunal já assentou, no sentido de que não se identifica com o dano moral o mero descumprimento de dever contratual, por causar simples aborrecimento, consoante os arestos cujas ementas estão vazadas nos seguintes termos:

“CIVIL. Pretensão à instalação de linha telefônica cumulada com a indenização por danos morais. Se as faturas são remetidas pela empresa, que recebe o pertinente pagamento de habilitação e de assinatura, ainda que serodidamente, formado acha-se o vínculo contratual, o que mais se demonstra pelo fato de a prestadora de serviços haver tentado incluir, erroneamente, no SERASA, o nome da assinante. O simples inadimplemento da empresa não a sujeita à indenização por dano moral, inaplicável a meros transtornos e aborrecimentos, sendo certo que a anotação no SERASA não veio a ocorrer. Confirmação da sentença no capítulo em que condenou a demandada a proceder à reclamada instalação, reformando-se-a na parte concessiva de verba indenizatória por dano moral”. (Ap. Cível nº 07547/03, Rel. Des. Humberto de Mendonça Manes, Julg. Em 20/05/03).

TJ - 18ª C.C.
AP - 01324/2004
Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO



5
"RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. ESTABELECIMENTO BANCÁRIO. POLICIAL RETIDO NA PORTA GIRATÓRIA POR ESTAR PORTANDO ARMA DE FOGO. ATO ILÍCITO INEXISTENTE. ABORRECI-
CIMENTO. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. A instalação de porta giratória com detector de metais, além de obrigatória por parte dos estabelecimentos bancários é necessária, principalmente, para a segurança de todos os clientes e funcionários. O fato do Policial civil armado ser retido na porta giratória, enquanto o vigilante aguardava ordens superiores para permitir o ingresso no estabelecimento, não configura dano moral a indenizar, mas mero aborrecimento. Recurso desprovido". (Ap. Cível nº 03586/03, Rel. Des. Elisabete Filizzola, Julg. Em 16/04/03).

"APELAÇÃO. Concessionária de serviço público. Responsabilidade objetiva. Acidente de consumo não configurado. Consumidor que pretende contratar a cessão de uso de linha telefônica. Recusa da concessionária porque, em seus registros, constava débito atribuído a assinante homônima e com o mesmo CPF. Fato que não gerou dano, posto que o consumidor ainda não contratara os serviços, logo não os teve interrompidos, e a concessionária não lhe remetera o nome ou o CPF a cadastros de inadimplentes, à conta do débito da suposta homônima.

TJ - 18ª C.C.
AP - 01324/2004
Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos

7535-651-0291



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO



6

Mero aborrecimento, que se dissipa com o esclarecimento da situação. Recurso provido para reformar a sentença de procedência”. (Ap. Cível nº 07205/03, Rel. Des. Jessé Torres, Julg. Em 07/05/03).

“**RESPONSABILIDADE CIVIL.** Cartão de Crédito. Fato do Serviço. Defeito Inexistente. Dano Moral. Mero Aborrecimento. Não configuração. No universo dos serviços prestados pelas administradoras de cartão de crédito, não constitui defeito o fato de não ser, eventualmente, autorizada a compra ou despesa por meio do cartão. Ora é a máquina que não funciona, ora o sistema que cai, ora o limite de crédito que estoura etc. Por serem situações conhecidas e esperadas, não surpreendem o consumidor. E, nos termos do art. 14, § 1º do CDC o serviço só é defeituoso quando não oferece a segurança legitimamente esperada. Por outro lado, simples aborrecimento decorrente da não autorização de compra pelo cartão de crédito, não caracteriza dano moral por não ser possível ver nisso uma agressão à dignidade do usuário. Trata-se de fato não ofensivo, que não causa vexame, humilhação, constrangimento, angústia, nem abalo psicológico que foge à normalidade. Desprovimento do Recurso”. (Ap. Cível nº 05563/03, Rel. Des. Sérgio Cavaliere Filho, Julg. Em 21/05/03).

TJ - 18ª C.C.
AP - 01324/2004

Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos

7535-651-0291



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO



7
"SEGURO OBRIGATÓRIO. Recusa do pagamento do DPVAT à mãe de vítima falecida em acidente automobilístico fundada em exigências totalmente descabidas. Valor da indenização equivalente a 40 salários mínimos, conforme art. 30 da lei 8441/92. Taxa de juros fixada em 1% ao mês constitui violação ao art. 1062 do CC, devendo ser determinada segundo orientação do referido artigo. Inidentificação do alegado dano moral em mero descumprimento de dever legal ou contratual causador de dissabores e simples aborrecimentos. Sucumbência recíproca e equivalente. Custas a cargo de ambas as partes, por igual, e compensação dos honorários de advogado. Reforma parcial do julgado (Ap. Cível nº 22875/03, Rel. Des. Nascimento Povoas Vaz, Julg. Em 21/01/03).

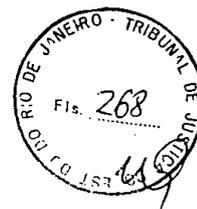
"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. EMPRÉSTIMO PESSOAL. SEGURO PREVIDENCIÁRIO. DESCONTO EM FOLHA. DESLIGAMENTO DA ASSOCIAÇÃO. CONTINUIDADE DOS DESCONTOS. DANO MATERIAL. AUSÊNCIA DE DANO MORAL. MEROS ABORRECI-
MENTOS. Os dissabores, os aborrecimentos, a irritação, resultante de descontos indevidos no contra-cheque, não conferem direito à reparação a título de dano moral. Recurso parcialmente provido. (Ap. Cível nº 10799/03, Rel. Des. Jorge Luiz Habib, Julg. Em 19/08/03).

TJ - 18ª C.C.

AP - 01324/2004

Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos

7635-651-0291



Impedir a multiplicação dessas demandas, ou, que seja, dos recursos, já será um bem que o verbete da súmula, cuidando do tema, trará ao Tribunal, e se nem as alternativas acima ocorrerem, pelo menos, resta a alternativa de permitir a adoção de decisões monocráticas, agilizando os julgamentos por razões óbvias (art. 557 do Cód. de Proc. Civil).

Adite-se que a invocação de enunciado de súmula, para os fins do art. 557, do diploma processual, constitui expediente muito mais singelo, do que a indicação da jurisprudência predominante, inclusive, no julgamento dos agravos internos referidos na disposição, pois o trabalho, na verificação do que é predominante, como é evidente, é muito mais penoso do que a referência ao enunciado, que se constitui como um dado objetivo preciso.

Pelas razões apresentadas, a proposição deve ser submetida ao Órgão Especial para que, acolhido este incidente especial, nos termos do art. 555, § 1º, do Cód. de Proc. Civil c/c os arts. 121 e 122 do Regimento Interno, seja incluída na Súmula do Tribunal de Justiça o seguinte verbete que vai, acompanhado da respectiva justificativa:

“O simples inadimplemento contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte”.

Justificativa: Constitui entendimento deste Tribunal que o mero inadimplemento contratual, à falta de um fato objetivo sério, que o justifique, não caracteriza dano moral, pois se insere, se for o caso, no dano material. Ressalte-se que a proposição engloba duas teses jurídicas, quais sejam, o mero aborrecimento e o simples inadimplemento contratual não ensejam dano moral, na medida que o mero descumprimento do dever constitui uma forma de pequeno aborrecimento.

TJ - 18ª C.C.
AP - 01324/2004
Dex. Carlos Eduardo da Fonseca Passos



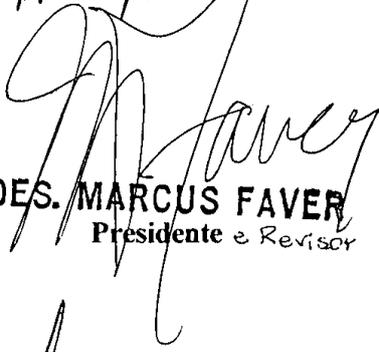
ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO



9
Acrescente-se, por fim, que verbete, quase idêntico, já foi aprovado na Consolidação dos Enunciados Cíveis e Administrativos em vigor dos Juizados Especiais e das Turmas Recursais, publicado no DORJ de 1/8/01.

Ante o exposto, suscita-se o incidente especial de jurisprudência e submete-se o julgamento do recurso ao Órgão Especial.

Rio de Janeiro, 17 de fevereiro de 2004


DES. MARCUS FAVER
Presidente e Revisor


DES. CARLOS EDUARDO DA FONSECA PASSOS
Relator

Participaram também do julgamento os(as)
Desembargadores(as):

Des. Marcus Faver (revisor)
Des. Cássia Medeiros (vogal) 

TJ - 18ª C.C.
AP - 01324/2004
Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos

7535-651-0201



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004.001.01324

RELATÓRIO

Trata-se de ação de rito ordinário proposta por **ILZA GOMES DE ALMEIDA** em face de **GALEÃO VEÍCULOS e BANCO PONTUAL MARTINELLI**. Alega a demandante que adquiriu da primeira demandada um automóvel, mediante o pagamento de sinal no valor de R\$ 1.000,00 e ao retornar para apresentar o fiador, o veículo havia sido vendido à a outro que lhe fez melhor proposta. Aduz que após o fato aceitou trocar o veículo por outro, recebendo dois carnês do segundo demandado, sendo informada pela Galeão Veículos que o primeiro carnê seria anulado, o que não ocorreu, passando a receber cartas de cobrança que acarretaram na inclusão de seu nome no SERASA e SPC, razão pela qual postula verba compensatória pelo dano moral experimentado, além dos danos materiais, uma vez que foi internada em CTI face à cobrança.

Em resposta, aduziu o segundo demandado que o fato de enviar correspondências à demandante constitui mero aborrecimento e que conforme certidão apresentada, o nome da autora não foi incluído nos cadastros de inadimplentes, não havendo o que indenizar.

A primeira demandada alegou não ser parte legítima para figurar no feito, pois o contrato de financiamento foi firmado entre a demandante e o Banco Pontual.

A sentença julgou extinto o processo em relação a primeira demandada e parcialmente procedente a pretensão inicial, para condenar o 2º demandado ao pagamento de R\$ 10.000,00 a título de danos morais.

Inconformados com a sentença, dela recorreram o segundo demandado, pugnando por sua reforma, aduzindo ausência de prova do dano moral supostamente sofrido pela demandante e esta, para que seja

Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos

7535-651-0291



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO



reconhecida a culpa da primeira demandada, excluindo-se condenação aos 2
ônus de sucumbência, para que a 2ª demandada seja incluída na condenação e,
por fim, para que seja majorado o valor arbitrado a título de dano moral.

Contra-razões de ambas as partes, respectivamente, às fls.
244/247 e 249/252.

É o relatório.

À Douta Revisão.

Rio de Janeiro, 11 de fevereiro de 2004.


DES. CARLOS EDUARDO DA FONSECA PASSOS
Relator

*TJ - 18ª C. C.
AP - 01324/04
Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos*

7535-651-0291



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO



ÓRGÃO ESPECIAL
UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA Nº 03/04
REQUERENTE : EGRÉGIA 18ª CÂMARA CÍVEL
INTERESSADO: 1- BANCO PONTUAL S/A EM LIQUIDAÇÃO
EXTRAJUDICIAL
INTERESSADO: 2- ILZA GOMES DE ALMEIDA
INTERESSADO: 3- GALEÃO VEÍCULOS LTDA
RELATOR : DESEMBARGADOR LUIZ ZVEITER

UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.
PROPOSIÇÃO DE VERBETE DE SÚMULA.
INEXISTÊNCIA, EM PRINCÍPIO, DE DANO MORAL EM DECORRÊNCIA DE SIMPLES DESCUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL OU CONTRATUAL.
FARTA JURISPRUDÊNCIA DESTA CÔRTE NESTE SENTIDO.
MATÉRIA DE GRANDE INTERESSE DADA A REPERCUSSÃO JUDICIAL DO CASO, EVITANDO A MULTIPLICAÇÃO DE DEMANDAS ANÁLOGAS, PELO QUE IMPÕE-SE A ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA PELO ÓRGÃO ESPECIAL NA FORMA DO ARTIGO 555, PARÁGRAFO 1º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Div. de Processamento de Acordãos - DIPAR
Processo: 2004.018.00003
Folhas : 000779/000798
Registrado em 01/03/2005
Por: BVT

7535-651-0253



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO



UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA Nº 03/04 2

**Ação indenizatória por dano moral em-
basada em cobrança indevida feita por
intermédio de cartas, sem que houves-
se a negatização do nome da autora
nos cadástrros restritivos, não tem o
condão de gerar humilhação, vexame
ou abalo exacerbado e que extrapole a
normalidade do cotidiano, pelo que
não há falar-se em dano moral.
INCIDENTE ACOLHIDO COM FIXAÇÃO
DE VERBETE MAIS ABRANGENTE.
1º APELO PROVIDO E 2º DESPROVI-
DO.**

Vistos, discutidos e relatados estes autos de Uni-
formização de Jurisprudência nº 03/04, em que é Requerente
EGRÉGIA 18ª CÂMARA CÍVEL e Interessados 1- BANCO PON-
TUAL S/A EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL, 2- ILZA GOMES
DE ALMEIDA, 3- GALEÃO VEÍCULOS LTDA,

A C O R D A M os Desembargadores que
compõem o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de
Janeiro, por unanimidade, em acolher o incidente e asseverar a
inexistência de dano moral em decorrência de simples des-
cumprimento de dever legal ou contratual e, tendo em vista que
o *quorum* alcançou maioria absoluta, fixar o Verbetes da Súmula
com o seguinte teor "*O simples descumprimento de dever legal
ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princí-
pio, não configura dano moral, salvo se da infração advém cir-*

7535-651-0253



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO



UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA Nº 03/04 3

cunstância que atenta contra a dignidade da parte e, com fulcro no artigo 555, parágrafo 1º do Código de Processo Civil, reformar a sentença monocrática para julgar improcedente o pedido e condenar a Autora nas custas e honorários advocatícios, observado o disposto no artigo 12 da Lei 1060/50.

RELATÓRIO

Cuida-se de ação Ordinária proposta por Ilza Gomes de Almeida em face de Galeão Veículos e Banco Pontual Martinelli, que pleiteou a condenação dos Réus no pagamento de indenização pelo dano moral por si sofrido em razão de cobrança indevida feita por intermédio de cartas que acarretaram na inclusão de seu nome no Serasa e SPC.

A sentença (fls.216/221) julgou extinto o feito em relação ao 1º Réu e parcialmente procedente em face do 2º para condená-lo ao pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de dano moral.



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO



UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA Nº 03/04 4

Irresignados apelaram o 2º Réu e a Autora, (fls.226/232 e 236/241), alegando, em síntese, o primeiro ser incabível sua condenação pela ausência de dano moral a ser indenizado. Alega a segunda Apelante que deve ser incluído na condenação o 2º Réu e majorada a verba indenizatória.

A 18ª Câmara Cível, órgão para o qual foram distribuídos os recursos, suscitou o incidente de Uniformização de Jurisprudência com proposição de inclusão de verbete na Súmula da Jurisprudência Predominante suscitado pela Egrégia 18ª Câmara Cível deste Tribunal, acerca da verificação da configuração de dano moral pela remessa de cartas de cobrança, sem negativação do nome do consumidor, ou, se ao contrário, trata-se de mero inadimplemento que não enseja desgosto íntimo a justificar dano imaterial. O julgamento do recurso de apelação perante o Órgão Fracionário suscitante resume-se a resolver se o caso concreto se subsume ou não à tese jurídica consagrada nesta Corte segundo a qual o simples inadimplemento contratual, em princípio, não caracteriza dano moral.

7535-651-0253



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO



UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA Nº 03/04 5

sendo certo que a questão é de grande interesse dada a repercussão judicial do caso, evitando a multiplicação de demandas análogas, pelo que impõe-se a assunção de competência pelo Órgão Especial na forma do artigo 555, parágrafo 1º do Código de Processo Civil.

Assim sugeriu o Órgão Fracionário que fosse incluída na Súmula deste Tribunal, na forma do artigo 122 do Regimento Interno, o seguinte verbete:

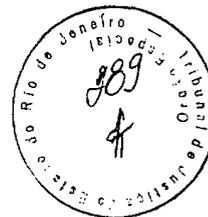
“O simples inadimplemento contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte”.

A Procuradoria de Justiça, às fls. 276/281 opinou pelo acolhimento da proposta da 18ª Câmara Cível, acrescida de ligeira alteração com o objetivo de englobar também o descumprimento de dever legal, com a assunção de competência pelo Órgão Especial na forma do permissivo legal.

7535-651-0253



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO



UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA Nº 03/04 6

É o relatório.

V O T O

Cuida-se de incidente de Uniformização de Jurisprudência com proposta de inclusão na Súmula da Jurisprudência Dominante desta Corte de verbete, com a assunção de competência pelo Órgão Especial, na forma do artigo 555, parágrafo 1º do Código de Processo Civil, em razão da relevância da matéria.

Primeiramente, há que se analisar se se trata de matéria cuja relevância tenha o condão de provocar a assunção da competência do Órgão Fracionário para apreciação do recurso, nos moldes do artigo supra mencionado.

A controvérsia a ser pacificada pelo presente instrumento se refere a discussão acerca da caracterização, ou não, de dano imaterial em decorrência de inadimplemento contratual. Como bem



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO



UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA Nº 03/04 7

ressaltado pelo Órgão Fracionário suscitante, com a uniformização da jurisprudência acerca do tema, e mais, com a edição de verbete da súmula acerca do entendimento, evitar-se à a proliferação de causas análogas pela possibilidade de solução de recursos por decisões monocráticas, agilizando a prestação jurisdicional, pelo que impõe-se a aplicação do disposto no artigo 555, parágrafo 1º do Código de Processo Civil.

Reiteradamente, os Órgão Fracionários deste Tribunal têm decidido no sentido da inexistência de abalo moral indenizável em situações de simples inadimplemento contratual. O reconhecimento do dano moral infere que o julgador tenha, inicialmente, em mente que sua configuração não se justifica diante de meras repercussões na órbita emocional, as quais inobstante sejam desagradáveis, são integrantes de um sistema capitalista, quase selvagem e que se fazem presentes no cotidiano do cidadão, principalmente, nos grandes centros urbanos. Por isso, não se justificando o reconhecimento do dano moral, diante de mero aborrecimento, mágoa, pequenos cons-

7535-651-0253



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO



UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA Nº 03/04 8

trangimentos. O dano moral encontra sua lógica quando em consequência de ofensa grave possa interferir no comportamento normal do cidadão.

Neste sentido, os arestos a seguir colacionados:

"RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL E MORAL.

INADMISSIBILIDADE.

O DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO NÃO CONFIGURA, POR-SI-SÓ, A OCORRÊNCIA DE DANO MORAL, JÁ QUE SOMENTE NA HIPÓTESE DE LESÃO DE BEM PERSONALÍSSIMO COMO A HONRA E A INTIMIDADE, DECORRENTE, DE DOR, HUMILHAÇÃO, VEXAME, PODE-SE CONSIDERAR A EXIS-

7535-651-0253



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO



UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA Nº 03/04 9

**TÊNICA DE FATOR DE REPARAÇÃO DE
ORDEM MORAL.**

**CONDENAÇÃO DO AUTOR NAS CUS-
TAS E HONORÁRIOS FACE À SUCUM-
BÊNCIA MÍNIMA DO RÉU.**

**OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO AR-
TIGO 20 PARÁGRAFO 4º DO DIGESTO
PROCESSUAL.**

**RECURSO PROVIDO.”(AC 11.589/03 –
Sexta Câmara Cível – Rel. Des. Luiz
Zveiter).**

**“Apelação. Ação de procedimento co-
mum ordinário. Obrigação de fazer.
Compra e venda de veículo. Vendedora
que não cumpriu a obrigação de efetuar
a transferência para o nome do compra-
dora perante o DETRAN, embora hou-**

7535-651-0253



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO



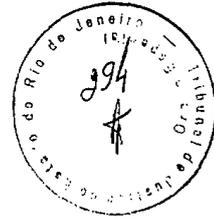
UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA Nº 03/04 10

vesse contratado a prestação desse serviço e recebido o respectivo preço. Descumprimento de ordem judicial para o entrega dos documentos. Satisfação de IPVA e de multas que cabia à vendedora. Não há dano moral à falta de lesão a direitos do personalidade. Parcial provimento do recurso. Sucumbência recíproca.” (AC34767/03 – Segunda Câmara Cível – Rel. Des. Jessé Torres)

“CONTRATO DE FORNECIMENTO DE MÃO DE OBRA TEMPORÁRIA. RELAÇÃO CONTRATUAL ENTRE PRESTADOR E TOMADOR DESTES SERVIÇOS. INADIMPLENTO. LUCROS CESANTES. DANOS MORAIS. A questão em apreço não versa sobre pedido de



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO



UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA Nº 03/04 11

indenização trabalhista, mas sobre o reembolso de despesas relativas ao contrato de fornecimento de mão de obra especializada temporária, de âmbito exclusivamente civil, sendo evidente a competência da Justiça Comum. Não se discute que a autora, na qualidade de empregadora e prestadora de serviços temporários, tem por obrigação pagar os encargos trabalhistas destes empregados, assim como, é inquestionável que a ré, como tomadora destes serviços, por força do contrato de fornecimento de mão de obra temporária celebrado com a autora, deve ressarcir os valores decorrentes dos salários e indenizações por atos

7535-651-0253



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO



UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA Nº 03/04 12

resilitórios destes mesmos empregados, que por intermédio da autora exerceram atividades junto à ré. Assim, deve a ré pagar a autora, os referidos valores, todavia, esta não comprovou, efetivamente, os prejuízos suportados, e decerto, o inadimplemento contratual se insere no risco da atividade por ela desempenhada. E, no que se refere aos alegados danos morais ou extrapatrimoniais, não há como reconhecê-los pelo simples descumprimento de obrigação contratual, como têm interpretado a doutrina e a jurisprudência. Recursos conhecidos e improvidos.”
(AC 30882/04 – Décima Primeira Câmara)



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO



UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA Nº 03/04 13

*ra Cível – Rel. Des. Cláudio de Mello
Tavares).*

Por outro lado, deve ser acolhida a manifestação da douta Procuradoria de Justiça, no sentido de tornar o verbete mais abrangente pois, também, o mero descumprimento do dever legal não configura o dano moral.

Assim, em decorrência da aplicação do entendimento supra citado, é de se dar provimento ao 1º apelo, para julgar-se improcedente o pedido autoral de indenização pelo dano moral, eis que se trata de cobrança indevida efetuada por meio de remessa de cartas sem negativação em cadastro restritivo de crédito, conforme se verifica do conteúdo do documento de fls. 111.

Pelo exposto, acolhe-se o incidente para asseverar-se a inexistência de dano moral em decorrência de simples descumprimento de dever legal ou contratual e, tendo em vista que o *quorum* alcançou maioria absoluta, fixa-se a o Verbetes da Súmula com o seguinte teor "*O simples descumprimento de dever legal ou*

7535-651-0253



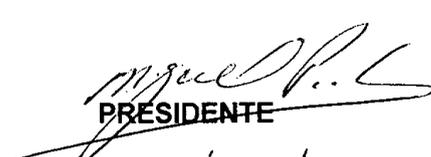
ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO



UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA Nº 03/04 14

contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte” e, com fulcro no artigo 555, parágrafo 1º do Código de Processo Civil, reforma-se a sentença monocrática para julgar improcedente o pedido e condena-se a Autora nas custas e honorários advocatícios, observado o disposto no artigo 12 da Lei 1060/50.

Rio de Janeiro, 22/11/04


PRESIDENTE


DESEMBARGADOR LUIZ ZVEITER

RELATOR

Ciente em: 07/11/2004.


Talma Prado Castello Branco Junior
Procurador de Justiça Assessor Cível
Por delegação do Procurador-Geral de Justiça



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



**PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA Nº 03/2004
SUSCITANTE: ILZA GOMES DE ALMEIDA, GALEÃO VEÍCULOS
E BANCO PONTUAL (EM LIQUIDAÇÃO
EXTRAJUDICIAL)**

“O inadimplemento contratual ou o descumprimento de obrigação legal, por si só, não configuram dano moral, salvo se da infração advém, circunstância que atenta contra a dignidade da pessoa.

Parecer de que seja provida a Apelação para julgar improcedente a ação, nos termos do art. 555, § 1º, do CPC, e por que seja aprovada a proposta de inclusão do verbete acima na Súmula da Jurisprudência Predominante do Tribunal, conforme o art. 122 do Regimento Interno.”

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

1. Ilza Gomes de Almeida alega que comprou um automóvel da Galeão Veículos, com financiamento do Banco Pontual. Embora estivesse em dia com as parcelas de amortização do empréstimo recebeu diversas cartas de cobrança do Banco, ainda que seu nome não tenha sido incluído nos cadastros do SPC ou SERASA.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



2. Em primeiro grau, a sentença julgou procedente o pedido apenas quanto ao Banco Pontual, que foi condenado a pagar a autora R\$ 10.000,00 a título de danos morais.

3. Apelou a autora, pedindo uma indenização maior e insistindo também na condenação das Galeão Veículos, cuja ilegitimidade passiva fora reconhecida na sentença. Outrossim, recorreu o Banco Pontual, alegando não se ter caracterizado o dano moral.

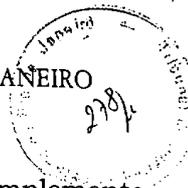
4. A 18ª Câmara Cível, pelo voto condutor do Desembargador **CARLOS EDUARDO FONSECA PASSOS**, suscitou a uniformização de jurisprudência, com base no art. 555, § 1º, do Código de Processo Civil, do teor seguinte:

“Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre as Câmaras ou turmas do Tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso.”

5. Preliminarmente, cabe decidir se a matéria comporta o interesse público de compor a jurisprudência do Tribunal, de modo a prevenir divergências entre os seus diversos órgãos fracionários. Desde logo, cumpre adiantar que o parecer do Ministério Público é no sentido de que o Órgão Especial assumira a competência de julgar a Apelação com o objetivo de uniformizar a jurisprudência, nos termos do aludido art. 555, § 1º do CPC, visto que a matéria concerne a um dos temas que mais se repetem na tarefa diuturna do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



6. O que se discute é se o inadimplemento contratual ou o descumprimento do dever legal, por si só, geram dano moral.

7. Nas inúmeras vezes em que se viu diante do problema, este Órgão do Ministério Público sempre partiu de uma premissa que se lhe afigura inequívoca: o inadimplemento contratual e o descumprimento do dever legal sempre, necessariamente, trazem à parte lesada um aborrecimento ou dissabor. Ninguém duvida de que ficarei aborrecido se o meu inquilino não pagar o aluguel em dia ou se alguém abalroar o meu automóvel, causando-lhe avarias.

8. O que resta saber é se, nesses casos, o aborrecimento qualifica dano moral indenizável. A resposta a esta indagação passa pela perquirição da **origem** do dissabor: se ele decorre **tão-somente** do prejuízo material, a sua recomposição se fará plenamente com a reparação material, não se podendo cogitar de dano moral indenizável.

9. A lógica dessa conclusão parece irretorquível: quando o aborrecimento é provocado única e exclusivamente pelo prejuízo, o desconforto psíquico será afastado com a recomposição desse prejuízo, isto é pela reposição do *status quo ante* ensejada com a indenização dos danos materiais.

10. Decerto, uma vez reparado o prejuízo, necessariamente desaparece o dissabor em razão desse mesmo prejuízo, salvo se o evento danoso traz circunstâncias outras que provocam dor moral independente e autônoma do dano material.

11. Para melhor explicar cumpre exemplificar. No homicídio culposo de um pai de família há duas espécies independentes e autônomas de prejuízo:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Processo nº 11.111/11
27/11

a) dano material pela perda do arrimo de família, responsável pelo sustento econômico do grupo familiar,

b) dano moral, decorrente da perda do ente querido.

12. No exemplo dado, se o pai de família não ajudava na sustentação econômica da entidade familiar, por ser inválido ou qualquer outro motivo, ainda assim persistirá, com autonomia, o sofrimento de seus parentes próximos, em virtude da perda do ente querido.

13. Nas relações contratuais pode-se fornecer exemplo semelhante. Se o inquilino não paga o aluguel pontualmente, o aborrecimento derivado desse fato desaparecerá no momento em que o devedor cumprir a sua obrigação contratual, com os consectários cabíveis, tais como a pena convencional e os juros de mora. Entretanto, se o locatário, ao não pagar o aluguel, proclama publicamente que não o faz porque o senhorio vive de extorquir valores indevidos de seus inquilinos, do inadimplemento advém uma **circunstância autônoma, que atenta contra a dignidade da pessoa.**

14. Na visão do Ministério Público, o que determina a incidência do dano moral em casos de inadimplemento contratual e/ou descumprimento do dever legal não é a pequena monta do aborrecimento, mas sim a **autonomia do sofrimento psíquico.** Conclusivamente, pode-se esquematizar a solução da polêmica da forma seguinte:

a) se o dissabor decorre, exclusivamente, do prejuízo material causado pelo inadimplemento contratual ou pelo descumprimento do dever legal, não há dano moral indenizável;



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

280/1

b) se, além do prejuízo material, o autor do inadimplemento contratual ou do descumprimento do dever legal, concorre para um sofrimento moral autônomo da parte lesada, há dano moral a indenizar.

15. No primeiro caso, o descabimento da reparação moral justifica-se pelo simples fato de que a indenização material, por si só, faz desaparecer o abalo psíquico do lesado, na medida em que este decorria unicamente, do prejuízo material.

16. Na segunda hipótese, a reparação moral é irrecusável, porque a indenização dos danos materiais não basta para recompor o sofrimento mental do lesado, visto que este último não foi causado apenas pelo inadimplemento da obrigação legal ou contratual, mas também de circunstância autônoma, expressa na conduta do inadimplente, que atenta contra a dignidade ou a integridade moral da pessoa humana.

17. Ora, no caso concreto, a cobrança indevida realizada pelo Banco Pontual nenhuma dor moral autônoma propiciou à autora, eis que o seu nome não foi remetido aos cadastros de devedores, como SPC e SERASA. Daí que, no tocante aos julgamentos dos recursos (art. 555, § 1º, do CPC), o parecer é de provimento da Apelação do Banco Pontual para julgar improcedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência, bem como de improvimento da Apelação da autora.

18. No concernente à uniformização de jurisprudência, o Ministério Público opina pelo acolhimento da proposta da 18ª Câmara Cível, acrescida de ligeira alteração com o objetivo de englobar também o descumprimento de dever legal, na forma da redação adiante sugerida:

5



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

28/5/04

“O inadimplemento contratual ou o descumprimento do dever legal, por si só, não configuram dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atente contra a dignidade da pessoa.”

Rio de Janeiro, 18 de maio de 2004.

Luiz Otávio de Freitas
Luiz Otávio de Freitas
Procurador de Justiça

De acordo

Décio Luiz Gomes
Décio Luiz Gomes
Procurador de Justiça
Assessor Cível

Aprovo

Antônio Vicente da Costa Junior
Antônio Vicente da Costa Junior
Procurador Geral de Justiça

CELSO FERNANDO DE BARROS
Subprocurador - Geral de Justiça
de Assuntos Jurídicos



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.1

Requerente: DESEMBARGADOR DIRETOR GERAL DO CENTRO DE ESTUDOS E DEBATES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – CEDES

Relator: Des. Mauro Pereira Martins

ACÓRDÃO

PROCESSO ADMINISTRATIVO INSTAURADO A REQUERIMENTO DO CENTRO DE ESTUDOS E DEBATES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – CEDES, MEDIANTE PROVOCAÇÃO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO (OAB/RJ). PROPOSIÇÃO DE CANCELAMENTO DO VERBETE SUMULAR Nº 75, DESTES TRIBUNAL DE JUSTIÇA, TENDO EM VISTA A EXISTÊNCIA DE JULGADOS DESTA CORTE, E TAMBÉM DO STJ, NO SENTIDO DE QUE O INADIMPLEMENTO CONTRATUAL É, SIM, CAPAZ DE GERAR DANO MORAL, DESDE QUE HAJA LESÃO A ALGUM DOS DIREITOS INERENTES À PERSONALIDADE, ADOTANDO-SE A TEORIA OBJETIVA, EM DETRIMENTO DA TEORIA



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.2

SUBJETIVA A QUE ALUDE O ENUNCIADO DE SÚMULA, QUANDO FAZ REFERÊNCIA AO MERO ABORRECIMENTO, EXPRESSÃO DEMASIADAMENTE AMPLA E CAPAZ DE GERAR AS MAIS DIVERSAS E VARIADAS INTERPRETAÇÕES, POR PARTE DE CADA MAGISTRADO, DIANTE DE CASOS CONCRETOS FUNDADOS EM UM MESMO FATO DANOSO, COM VIOLAÇÃO, ASSIM, DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA SEGURANÇA JURÍDICA. JULGADOS DESTA CORTE DE JUSTIÇA QUE, DESDE OS IDOS DE 2009, TRAZEM DENTRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE O TEMPO DO CONTRATANTE, QUE NÃO PODE SER DESPERDIÇADO INUTILMENTE, TOMANDO POR BASE A MODERNA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR. SÚMULA QUE NÃO MAIS SE COADUNA COM O ENTENDIMENTO ADOTADO POR ESTE SODALÍCIO, E, QUE ACABA POR SERVIR DE AMPARO PARA QUE GRANDES EMPRESAS, EM FRANCA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA, CONTINUEM A LESAR OS DIREITOS DOS CONTRATANTES, SOB O AMPARO DE QUE O INADIMPLEMENTO





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.3

CONTRATUAL NÃO É CAPAZ DE GERAR MAIS
DO QUE MERO ABORRECIMENTO.

**ACOLHIMENTO DA PROPOSTA DE
CANCELAMENTO DO ENUNCIADO Nº 75, DA
SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE
DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Processo Administrativo n.º **0056716-18.2018.8.19.0000**, em que é Requerente o **DESEMBARGADOR DIRETOR GERAL DO CENTRO DE ESTUDOS E DEBATES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - CEDES;**

A C O R D A M os Desembargadores que compõem o ÓRGÃO ESPECIAL do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em acolher a proposta de cancelamento do Enunciado nº 75 da Súmula de Jurisprudência Predominante do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Rio de Janeiro, 17 de dezembro de 2018.

**MAURO PEREIRA MARTINS Desembargador
Relator**





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.4

RELATÓRIO

Trata-se de Processo Administrativo instaurado a requerimento do Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - CEDES, na forma do artigo 122 e parágrafos do Regimento Interno desta Corte, a fim de que seja apreciada por este Órgão Especial a proposta de cancelamento do verbete sumular n.º 75 apresentada pela Ordem dos Advogados do Brasil — Seção do Estado do Rio de Janeiro (OAB/RJ), cujo teor ora se transcreve:

75) "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."

Sustenta a OAB/RJ, em sua peça de ingresso, que tal enunciado merece ser cancelado, haja vista estar em dissonância com diversos precedentes do STJ e desta Corte de Justiça, que, com base na teoria do desvio produtivo do consumidor e na perda do tempo útil, reconhecem danos morais





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.5

pelo tempo livre que o cliente desperdiça para solucionar problemas que não foram gerados por si, mas por maus fornecedores. Afinal, não faz o menor sentido que o consumidor perca seu tempo – já escasso – para tentar resolver problemas decorrentes de bens e serviços concebidos exatamente com o objetivo de lhe poupar tempo.

Aduz, ainda, que o enunciado em questão, ao enquadrar o inadimplemento contratual como mero aborrecimento, incapaz de gerar dano moral passível de compensação, acaba por ir de encontro à Constituição da República, segundo a qual basta que se demonstre a violação a direito da personalidade para que surja o dano de ordem moral, sendo despidendo, portanto, que se comprove a dor, o vexame ou o sofrimento advindo do descumprimento do contrato, meras consequências do dano moral, que podem vir a existir, ou não.

E mais, coloca que a expressão “mero aborrecimento” é expressão demasiadamente subjetiva, o que acaba por dar ensejo a decisões judiciais díspares em casos exatamente iguais, com violação, assim, dos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

À pasta 000125, foram indicados os precedentes desta Corte de Justiça, na linha de julgados do STJ, que apontam a existência de “tese uniformemente adotada” contrária àquela versada no enunciado que se pretende cancelar.





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.6

À pasta 000140, o Des. Caetano Ernesto da Fonseca Costa, determinou fosse dada vista aos Desembargadores, sobre a postulação de cancelamento do Enunciado 75, na forma regimental, acrescentando, ainda, que, sob a sua ótica, não haveria necessidade de cancelamento do verbete, sendo possível a sua adaptação à doutrina do chamado "desvio produtivo do consumidor", bastando para tanto que se incluísse, ao final do respectivo enunciado, a exceção da reparação moral para as hipóteses concretas de perda excessiva do tempo do consumidor, desde que vinculadas ao ilícito contratual praticado, a exemplo do que já acontece com a "violação da dignidade da parte".

À pasta 000143, o Desembargador Murilo Kieling manifestou-se no sentido de que, sob a sua ótica, a súmula merecia ser mantida integralmente, já que não impede a indenização por danos morais quando o inadimplemento contratual ultrapassa a esfera do mero aborrecimento no caso concreto.

À pasta 000160, o Desembargador Alcides da Fonseca Neto teceu considerações acerca da necessidade de cancelamento da súmula, sobretudo, por conta da expressão “mero aborrecimento”, que, além de ensejar uma interpretação ampla e subjetiva de cada julgador, acaba por dispensar uma fundamentação concreta em cada caso específico dos motivos pelos quais o inadimplemento contratual gerou apenas mero dissabor, e não efetivamente dano moral, contrariando, assim, o teor da CRFB, em seu art. 93,





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.7

IX.

À pasta 000176, o Desembargador José Acir Lessa Giordani, também se posicionou no sentido do cancelamento da súmula.

Por sua vez, a Desembargadora Lucia Helena do Passo, à pasta 000179, também afirmou que a súmula merecia ser cancelada, inclusive, chamando a atenção para o fato de que, apesar de o verbete ter utilizado o termo "mero aborrecimento" como forma de valorizar os pedidos de dano moral, evitando-se, de tal modo, um exagero na judicialização da vida em sociedade, não obteve êxito, segundo a experiência diária estaria a demonstrar. E mais, asseverou que a súmula acabou dando origem a uma tolerância do Poder Judiciário à omissão das grandes empresas em oferecer mecanismos próprios para solucionar problemas referentes às falhas de seus serviços ou produtos relatados pelos consumidores.

À pasta 000195, a d. Procuradoria de Justiça oficiou pela adequação do Verbetes nº 75 da Súmula de Jurisprudência Predominante do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos termos da proposta do Exmo. Diretor-Geral do CEDES, Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa, no sentido de que se incluísse, ao final do respectivo enunciado, a exceção da reparação moral para as hipóteses concretas de perda excessiva do tempo do consumidor.





**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Órgão Especial**

**Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000
É o breve relatório. Passo ao VOTO.**

FLS.8

Como bem sabido, e agora expressamente previsto no novo estatuto processual civil, aos Tribunais cabe a uniformização de sua jurisprudência, de forma a mantê-la estável, íntegra e coerente, por meio da edição de enunciados de súmula, conforme regulado em seu Regimento Interno, devendo as Cortes de Justiça sempre se aterem às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a sua criação.

Veja-se:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.9

Afinal, súmula da jurisprudência dominante é o enunciado pelo qual o tribunal inscreve o seu entendimento sobre questões que apresentem controvérsias na jurisprudência e sobre as quais chegou a uma posição firme em face da sua composição contemporânea. É o pensamento dominante do tribunal em determinada época. É um método que visa simplificar os julgados do egrégio Tribunal e divulgar a sua jurisprudência.

Nessa linha, dispõe o art. 120 do Regimento Interno desta Corte que a uniformização de jurisprudência também se dá por intermédio de procedimento de inclusão, revisão ou cancelamento de enunciado sumular, regulado nos artigos 121 até 123 do mesmo diploma.

Aliás, reza o art. 121 do Regimento que " Será objeto de inclusão, revisão ou cancelamento de enunciado sumular a tese uniformemente adotada, na interpretação de norma jurídica, por decisões reiteradas dos Órgãos do Tribunal de Justiça no mesmo sentido".

In casu, o presente processo administrativo de cancelamento do verbete sumular n.º 75 foi instaurado a requerimento do Centro Estudos e Debates do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – CEDES, acatando sugestão da OAB/RJ, que trouxe aos autos diversos precedentes desta Corte, pautados em decisões do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o inadimplemento contratual ou legal é fato capaz de ensejar mais do que mero aborrecimento, sendo, portanto, capaz de gerar dano de ordem moral,





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.10

sobretudo, na hipótese em que o contratante desperdiça seu tempo útil para resolver problema que não foi por ele causado, mas sim, exclusivamente,



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.11

pela má atuação dos fornecedores no mercado de consumo, na forma do que pregam as teorias da perda do tempo útil e do desvio produtivo do consumidor.

O verbete sumular n.º 75, redigido pelo Des. Luiz Zveiter, nasceu do acolhimento do incidente de uniformização de jurisprudência n.º 0034922-29.2004.8.19.0000, suscitado pela E. 18ª Câmara Cível, nos autos do recurso de apelação cível n.º 0185982-56.1998.8.19.0001, da relatoria do Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos, em que se discutia se a cobrança indevida através de remessa de cartas, sem negativação em cadastro restritivo de crédito, era capaz de gerar dano moral, ou se era caracterizadora de mero inadimplemento, causador de simples aborrecimento.

Na fundamentação do incidente restou consignado que a jurisprudência desta Corte, até aquele ano de 2004, havia se consolidado no sentido de que “não se identifica com o dano moral o mero descumprimento de dever contratual, por causar simples aborrecimento”.

Ao final, foi proposta a seguinte redação de súmula:

"O simples inadimplemento contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte”.





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.12

Justificativa: Constitui entendimento deste Tribunal que o mero inadimplemento contratual, à falta de um fato objetivo sério, que o justifique, não caracteriza dano moral, pois se insere, se for o caso, no dano material. Ressalte-se que a proposição engloba duas teses jurídicas, quais sejam, o mero aborrecimento e o simples inadimplemento contratual não ensejam dano moral, na medida que o mero descumprimento do dever constitui uma forma de pequeno aborrecimento.

O incidente, como dito, foi acolhido, tendo a proposta de súmula sua redação ampliada, por sugestão da Procuradoria de Justiça, para incluir o descumprimento do dever legal ao lado do dever contratual, e, assim, em 22/11/2004, foi aprovada, por unanimidade, pelos integrantes do Órgão Especial, a súmula n.º 75 desta Corte, conforme se infere da leitura da ementa a seguir transcrita:

0034922-29.2004.8.19.0000 - INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

1ª Ementa

Des(a). LUIZ ZVEITER - Julgamento: 22/11/2004 - OE - SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000
ORGAO ESPECIAL

FLS.13

DESCUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL

DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO

MERO ABORRECIMENTO

DANO MORAL

INEXISTÊNCIA

SÚMULA 75, DO T.J.E.R.J.

Uniformização de Jurisprudência. Proposição de verbete de sumula. Inexistência, em princípio, de dano moral em decorrência de simples descumprimento de dever legal ou contratual. Farta jurisprudência desta corte neste sentido. Matéria de grande interesse dada a repercussão judicial do caso, evitando a multiplicação de demandas análogas, pelo que impõe-se a assunção de competência pelo Órgão Especial na forma do artigo 555, parágrafo 1. do Código de Processo Civil. Ação indenizatória por dano moral embasada em cobrança indevida feita por intermédio de cartas, sem que houvesse a negatização do nome da autora nos cadastros restritivos, não tem o condão de gerar humilhação, vexame ou abalo exacerbado e que extrapole a normalidade do cotidiano, pelo que não há falar-se em dano moral. Incidente acolhido com fixação de verbete mais abrangente. Primeiro apelo provido e segundo desprovido. **SUMULA: "O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por**



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.14

caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstancia que atenta contra a dignidade da parte". Precedentes citados: TJERJ AC 11589/2003, Rel. Des. Luiz Zveiter, julgado em 29/07/2003; AC 34767/2003, Rel. Des. Jesse Torres, julgado em 05/02/2004 e AC 30882/2003, Rel. Des. Claudio de Mello Tavares, julgado em 10/12/2003. (grifou-se).

Por certo, dúvida não há de que, à época, tal verbete foi aprovado com o escopo não só de evitar a banalização do dano moral, de forma a deixar claro que não seria um simples dissabor da vida cotidiana, uma simples vivência desagradável, que geraria dano à esfera extrapatrimonial da pessoa, como também teve por objetivo frear a propositura de demandas indenizatórias totalmente descabidas, verdadeiras aventuras jurídicas, que somente buscavam a obtenção de lucros desmedidos, fundadas na alegação desvirtuada do aludido instituto, assoberbando, cada vez mais, o Judiciário.

No entanto, a expressão “mero aborrecimento”, carregada de subjetivismo, constante do verbete sumular, acabou por gerar a possibilidade de decisões conflitantes diante de um mesmo fato danoso, pois cada magistrado, como ser singular que é, tem um entendimento próprio do que pode ser enquadrado como simples dissabor, ou não, acabando por dar ensejo à violação dos princípios da isonomia e da segurança jurídica.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.15

E mais, a súmula, como meio de facilitação de julgamento das demandas, autorizou que os magistrados se valessem do seu teor, sem tecer qualquer fundamentação concreta, para julgar improcedentes pretensões compensatórias por dano moral simplesmente afirmando que o descumprimento do contrato não é capaz de gerar mais do que mero aborrecimento da vida cotidiana, em franca afronta ao disposto no art. 93, IX, da CRFB.

E, assim, ao invés do verbete sumular cumprir seus nobres objetivos, acabou por legitimar, indireta e involuntariamente, a conduta omissiva e desidiosa dos fornecedores no mercado de consumo, sobretudo das grandes empresas, no que diz respeito à sua obrigação de prestar serviços e de fornecer produtos com segurança e qualidade, o que inclui a solução dos problemas daí advindos com rapidez e eficiência.

Consequentemente, o número de ações no Judiciário acabou por aumentar – e não diminuir, como se pretendia -, já que os consumidores constantemente são compelidos a se valer da tutela jurisdicional na tentativa de solução de problemas que não foram por si gerados, mas, sim, pela má atuação dos fornecedores de produtos e de serviços, que, a todo o tempo, violam os termos do contrato, seja descumprindo a obrigação principal, seja desrespeitando as obrigações acessórias, quais sejam, os deveres de informação, de proteção, de lealdade, de assistência, de cooperação, de confiança, dentre outros, advindos da boa-fé objetiva, como parâmetro de conduta que é, já que não fazem o menor esforço em solver as questões em



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.16

âmbito administrativo, por meio de seus serviços de atendimento ao cliente (SACs), que, como é notório, em regra, são de má qualidade.

Diante de tal cenário, e como forma de combater as injustiças daí advindas, sobretudo, as experimentadas pelos hipossuficientes, doutrina e jurisprudência evoluíram no sentido de que o dano moral pode, sim, advir do inadimplemento contratual ou legal, desde que reste configurada, no caso concreto, lesão a quaisquer dos direitos inerentes à personalidade, sendo despidendo, verificar a presença de elementos de cunho subjetivo, tais como a dor, o sofrimento, a humilhação, etc.

Ou seja, passou-se a defender a teoria objetiva do dano moral, fundada na violação a direito da personalidade, em detrimento da teoria subjetiva, na qual se enquadra o mero aborrecimento tratado pela súmula ora questionada.

Esclarecedoras são as palavras da doutrina:

Atualmente, percebe-se uma aproximação pertinente entre o dano moral e os direitos da personalidade, ao ponto de muitos doutrinadores afirmarem que não há dano moral fora do âmbito desses direitos. O conceito





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.17

de dano moral traz, hoje, um conteúdo técnico, qual seja a violação de um direito da personalidade. Assim, verifica-se que o mesmo deixou de se relacionar a uma compreensão negativa e subjetiva, passando a ser qualificado de forma técnica e objetiva.

Assim, basta a prova de violação de um direito da personalidade, que reproduza gravidade maior que meros dissabores, para restar configurado o dano moral. As circunstâncias subjetivas acima elencadas podem influenciar na quantificação do dano, não podendo, contudo, serem determinantes para a averiguação da ocorrência do mesmo.

A referência frequente à "dor" moral ou psicológica não se coaduna com o conceito moderno de dano moral e deixa o julgador sem parâmetros seguros de verificação da ocorrência deste. A dor é uma consequência, não é o direito violado. O que concerne à esfera psíquica ou íntima da pessoa, seus sentimentos, sua consciência, suas afeições, sua apreensão, correspondem a dos aspectos essenciais da honra, da reputação, da integridade psíquica ou de outros direitos da personalidade. Em razão de sua visceral interdependência com os direitos da personalidade, os danos morais nunca se apresentam como reparação, pois a lesão ao direito da



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.18

personalidade não pode ser mensurada economicamente, como se dá com os demais direitos subjetivos. Por isso, a indenização tem função compensatória, que não pode ser simbólica, para que a compensação seja efetiva e produza impacto negativo no lesante, nem demasiada, para não conduzir ao enriquecimento sem causa do lesado.

(<http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/conteudo/odano-moral-e-os-direitos-da-personalidade>).

Ocorre que o dano moral nada tem a ver com a dor, mágoa ou sofrimento da vítima ou de seus familiares. O pesar e consternação daqueles que sofrem um dano extrapatrimonial não passam de sensações subjetivas, ou seja, sentimentos e vivências eminentemente pessoais e intransferíveis, pois cada ser humano recebe os golpes da vida de forma única, conforme o seu temperamento e condicionamentos. (BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de;

ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: teoria geral da responsabilidade civil / responsabilidade civil em espécie. Salvador: Juspodivm, 2014, 3v. p. 332).





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.19

De igual forma, o Enunciado nº 445 da V Jornada de Direito Civil, referindo-se ao artigo 927 do Código Civil, preconiza que o “dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”.

Na mesma direção, alguns julgados:

0378709-56.2009.8.19.0001 – APELAÇÃO - 1ª
Ementa - Des(a). DENISE LEVY TREDLER -
Julgamento: 16/12/2011 - DÉCIMA NONA CÂMARA
CÍVEL

APELAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA. PRÓTESE ORTOPÉDICA. RELAÇÃO JURÍDICA CONTINUADA. DANO MORAL. Acidente ferroviário no ano de 1972, que vitimou a autora, causando-lhe lesões, a par de acarretar a amputação do terço superior de sua perna direita. Precedente ação indenizatória por danos materiais e morais ajuizada pela autora, na qual foi a ré condenada a custear a metade do valor de manutenção e de troca da prótese





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.20

necessária à locomoção da demandante, observada a expectativa de vida fixada pelo perito em 34 (trinta e quatro) anos. Autora, que ultrapassou a sobrevida antes estimada. Existência de relação jurídica continuativa. Modificação do estado de fato, que fundamentou a aludida condenação.

Possibilidade de nova decisão, sem afronta à coisa julgada, acorde à norma do inciso I, do artigo 471, do Código de Processo Civil. **Violação dos direitos da personalidade da autora. Dano moral configurado.**

Verba indenizatória ora fixada, com a observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, além das circunstâncias do caso em apreço. Recurso ao qual se dá provimento na forma do §1º-A, do artigo 557, do CPC.

0014623-44.2008.8.19.0209 – APELAÇÃO - 1ª
Ementa - Des(a). MYRIAM MEDEIROS DA
FONSECA COSTA - Julgamento: 14/12/2011 -
QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO PRELIMINAR DE
PROMESSA DE CESSÃO DE DIREITOS





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.21

AQUISITIVOS DE FRAÇÃO IDEAL DE TERRENO. NEGÓCIO JURÍDICO INEXISTENTE, HAJA VISTA IMPOSSIBILIDADE DA DEMONSTRAÇÃO DO PODER DE DISPOSIÇÃO SOBRE A COISA. AJUSTE CELEBRADO COM PRETENSOS CESSIONÁRIOS DE TERRENOS EM QUE SE INSTALARIA CONDOMÍNIO. CONTEXTO PROBATÓRIO QUE EVIDENCIA A INEXISTÊNCIA DE QUALQUER INICIATIVA DE REGULARIZAÇÃO, TAMPOUCO A RESPEITO DA REGULARIDADE DO TÍTULO QUE, EM TESE, CONFERE SUPORTE A DECLARAÇÃO DE VONTADE. AUSÊNCIA DE LEGITIMAÇÃO DOS ALIENANTES, CONSISTENTE NA INAPTIDÃO DESTES PARA A CELEBRAÇÃO DO NEGÓCIO. NULIDADE DE PLENO DIREITO DA AVENÇA PRODUZINDO EFEITOS RETROOPERANTES, NA FORMA DO ARTIGO 182, DO CÓDIGO CIVIL. DANOS MORAIS. **CONFIGURAÇÃO DE LESÃO A DIREITOS DA PERSONALIDADE QUE SUPERAM MEROS ABORRECIMENTOS CONTRATUAIS, PORQUANTO ILAQUEADO O DEMANDANTE EM SUA BOA-FÉ,** POIS INVESTIRA EM NEGÓCIO JURÍDICO FADADO AO INSUCESSO. VALOR DE





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.22

R\$ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS) FIXADO A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS QUE SE REVELA DESARRAZOADO E DESPROPORCIONAL AO AGRAVO SOFRIDO,

RAZÃO PELA QUAL DEVE SER REDUZIDO PARA R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

0067660-13.2017.8.19.0001 – APELAÇÃO - 1ª
Ementa - Des(a). ALCIDES DA FONSECA NETO -
Julgamento: 14/11/2018 - VIGÉSIMA CÂMARA
CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. LABORATÓRIO. DEMORA INJUSTIFICADA NA REALIZAÇÃO DE EXAMES EMERGENCIAIS. SISTEMA ON LINE SEM FUNCIONAMENTO. AUSÊNCIA DE ALTERNATIVAS PARA O ATENDIMENTO. MENOR DE UM ANO E SEIS MESES EM DELICADO ESTADO DE SAÚDE. **DESRESPEITO AO DIREITO DO CONSUMIDOR. VIOLAÇÃO DO SOSSEGO E DA PAZ DE ESPÍRITO. DANO MORAL CONFIGURADO. AFRONTA A DIREITO DA**



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.23

PERSONALIDADE. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA DE AMBOS OS FORNECEDORES DE SERVIÇOS. QUANTUM REPARATÓRIO MANTIDO. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO EQUITATIVO PELO JUIZ. MÉTODO BIFÁSICO. Operadora de plano de saúde que se insurgiu em face da sentença que a condenou, solidariamente com laboratório conveniado, ao pagamento da quantia de R\$5.000,00 em favor do usuário dos serviços, tendo em conta a demora injustificada no atendimento. Pretensão recursal direcionada à reforma da sentença para o reconhecimento da improcedência do pedido inicial, ao argumento de que não resultou demonstrada, no decorrer da instrução probatória, qualquer falha na prestação do serviço, mas, ao contrário, findou que o apelado realizou, dentro de razoável tempo de espera, todos os exames que lhe foram prescritos pelo médico assistente. Insurgência não acolhida. Conjunto das provas produzidas no processo que demonstraram, de maneira suficiente, a demora injustificada no atendimento do apelado nas dependências do Laboratório Sérgio Franco no dia 20.01.2017, a despeito de sua frágil condição de saúde naquele momento, sobretudo por se tratar de uma criança de um ano e seis meses de idade, que



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.24

apresentava febre alta e persistente por dias, e de se encontrar adimplente com as obrigações contratuais, inclusive financeiras. Fornecedores de serviços que não se desincumbiram de afastar os fatos alegados pelo usuário do plano de saúde, ora apelado, no sentido de que houve atendimento normal no dia mencionado na inicial e que o tempo de espera foi razoável. Laboratório Sérgio Franco que, apesar de devidamente citado, não se manifestou no processo e, por conseguinte, não logrou desconstituir as alegações autorais no sentido da recusa injustificada de atendimento e da desídia na solução do problema relacionado à ausência do sistema on line para o cadastro dos usuários da Unimed Rio. Operadora do plano de saúde, a seu turno, que, igualmente, não foi capaz de demonstrar o funcionamento adequado de seu sistema on line e a existência de uma forma alternativa de cadastro e autorização do atendimento aos usuários do plano de saúde no Laboratório Sergio Franco, de maneira a afastar a falha na prestação de seu serviço. Demora injustificada no atendimento e desídia dos fornecedores em apresentar uma solução rápida e eficiente para o problema relacionado à falta de sistema on line, a despeito de possuir o usuário cobertura contratual e de se encontrar em dia com



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.25

todas as suas obrigações, inclusive financeiras, que configuraram, inequivocamente, desrespeito ao direito do consumidor e causaram-lhe lesão extrapatrimonial pela violação de sua integridade psíquica, o que justifica o reconhecimento do dano moral. De outro lado, evidenciado o defeito grave na prestação do serviço, de modo a causar dano moral ao consumidor, iniludível o reconhecimento da responsabilidade civil solidária dos fornecedores de serviços e o dever de indenizar os prejuízos acarretados. Quantum da reparação que deve ser mantido no patamar de R\$5.000,00, tal como estabelecido na sentença, de acordo com a apuração pela utilização do critério bifásico. Valorização, na primeira fase, do interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria(grupo de casos), o que impôs o arbitramento do valor básico em R\$4.000,00. Destaque na segunda fase da circunstância relacionada à capacidade econômica dos ofensores, o que determinou a elevação do valor da reparação ao patamar de R\$5.000,00, perfeitamente adequado ao postulado da razoabilidade. Sentença que solucionou adequadamente a demanda e deve ser integralmente mantida. CONHECIMENTO E





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.26

DESPROVIMENTO DO RECURSO. 0036491-12.2016.8.19.0205 – APELAÇÃO - 1ª Ementa - Des(a). LUIZ FELIPE MIRANDA DE MEDEIROS FRANCISCO - Julgamento: 13/11/2018
- NONA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. EMISSÃO DE CHEQUES EM NOME DA AUTORA. RELAÇÃO JURÍDICA COM O BANCO-RÉU NÃO RECONHECIDA. NEGATIVAÇÃO DO NOME DA AUTORA. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FRAUDE. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE NÃO COMPROVADA. FORTUITO INTERNO. **DANO MORAL IN RE IPSA. LESÃO A DIREITOS DA PERSONALIDADE, COMO AO NOME, AO CRÉDITO E À INTEGRIDADE PSÍQUICA.** VALOR ARBITRADO QUE SE MOSTRA ADEQUADO AO CASO, ESTANDO DENTRO DOS PARÂMETROS FIXADOS NESTE TRIBUNAL. ACERTO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DO RECURSO

E, como os direitos da personalidade sempre estão em





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.27

constante evolução de forma a acompanhar as transformações da sociedade, nasceram teorias doutrinárias envolvendo a perda do tempo, como forma de incluí-lo como um dos valores passíveis de proteção jurídica neste rol, que tem natureza exemplificativa, vez que, contemporaneamente, nos defrontamos com situações inequívocas de ofensa à livre disposição e uso de nosso tempo livre, em favor do interesse econômico ou da mera conveniência negocial de um terceiro.

Com efeito, mesmo que determinado valor essencial ao indivíduo não esteja previsto em lei, sua proteção encontra amparo na cláusula geral de tutela da dignidade humana, elevada a fundamento da República Federativa do Brasil e a valor máximo do ordenamento, nos termos do artigo 1º, III, da Constituição Federal Brasileira.

Nesta linha, sustenta Maria Celina Bodin de Moraes:

No direito brasileiro, a previsão do inciso III do art. 1º da Constituição, ao considerar a dignidade humana como valor sobre o qual se funda a República, representa uma verdadeira cláusula geral de tutela de todos os direitos que da personalidade irradiam. Assim, em nosso ordenamento, o princípio da dignidade da pessoa humana atua como uma cláusula geral de tutela e de promoção da personalidade em suas mais diversas manifestações



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.28

(MORAES, Celina Maria Bodin de. Na Medida da

Pessoa Humana. Estudos de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.128).

Dispõe, outrossim, o Enunciado n. 274 do CJF, aprovado na IV Jornada de Direito Civil:

Art. 11: Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana) [...].

Nasceu, assim, a teoria do desvio produtivo do consumidor, de autoria do advogado Marcos Dessaune, também referida como teoria da perda do tempo livre, tratada em sua obra intitulada Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado, citada em outros artigos doutrinários (Pablo Stolze Gagliano: Responsabilidade civil pela perda do tempo. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23925/responsabilidade-civil-pela-perda-do-tempo>; de Vitor Guglinski: Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade. Disponível em:





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.29

<http://atualidadesdodireito.com.br/vitorguglinski/2012/05/10/danos-morais-pelaperda-do-tempo-util-u...>; de Rizzato Nunes: A sociedade contemporânea é ladra de tempo; é ladra de vida. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/ABCdoCDC/92,MI174621,101048A+sociedade+contemporanea+e+ladra+de+tempo+e+...>), e acatada em julgados desta Corte de Justiça, desde os idos de 2009, de modo a deixar claro que é possível falar em dano temporal como espécie de dano à esfera extrapatrimonial da pessoa.

Acerca do tema, esclarece o professor Marcus Dessaune, in Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor, 2ª ed.rev.e ampliada – Vitória, ES, 2017, p.32-33:

“O problema sobre o qual me debrucei é o seguinte: na atual sociedade de consumo brasileira, o consumidor tem sido corriqueiramente levado a despendar o seu tempo e a se desviar das suas atividades cotidianas para enfrentar problemas de consumo potencial ou efetivamente danosos, que são criados pelos próprios fornecedores.

Para responder ao problema, a primeira hipótese que formulei respalda-se em um reação natural e previsível da pessoa consumidora: o fornecedor, ao atender mal, gera um problema de consumo potencial ou efetivamente danoso e se furtar à responsabilidade



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.30

de solucioná-lo tempestivamente, induz o consumidor em estado de carência e condição de vulnerabilidade a despende uma parcela do seu tempo, a adiar ou suprimir algumas das atividades cotidianas, a desviar as suas competências dessas atividades e, muitas vezes, a assumir deveres e custos do fornecedor para enfrentar o problema lesivo.

A segunda hipótese (complementar) apoia-se em dois fenômenos imutáveis: a lesão ao tempo e às atividades cotidianas do consumidor, que se verifica nessas situações em análise, representa um prejuízo efetivo de cunho existencial porque o tempo é um recurso produtivo limitado que não pode ser acumulado nem recuperado ao longo da vida da pessoa, bem como porque ninguém pode realizar, simultaneamente, duas ou mais atividades de natureza incompatível ou fisicamente excludentes, do que resulta que uma atividade preterida no presente, em regra, só poderá ser realizada no futuro suprimindo-se outra atividade.

A terceira hipótese (complementar) ampara-se em três fatos observáveis e verificáveis: o dano extrapatrimonial suportado pelo consumidor, que se





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.31

constata nessas situações em estudo, é ressarcível porque a lesão ao tempo às atividades cotidianas da pessoa consumidora [e real e efetiva, ou seja, há um dano certo; porque esse prejuízo de índole existencial é consequência direta e imediata de um ato desleal e não cooperativo do fornecer, que leva o consumidor carente e vulnerável a um evento de desvio produtivo, isto é, há um dano imediato, e porque a ofensa ao tempo e as atividades cotidianas da pessoa consumidora, que são respectivamente bem e interesses existenciais juridicamente relevantes e tutelados, é indevida, ou seja, há um dano injusto.”

Igualmente pertinentes são as colocações feitas pelo Desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade, em artigo publicado no sítio deste Tribunal:

Intoleráveis, também, são situações em que os consumidores se vêem compelidos a sair de sua rotina e perder seu “tempo livre” para solucionar problemas causados por atos ilícitos ou condutas abusivas de fornecedores, muitos dos quais não disponibilizam meios adequados para receber reclamações ou prestar informações. Quando está



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.32

diretamente em jogo um interesse econômico, o tempo desempenha um papel fundamental, como se percebe pela previsão dos juros de mora, da cláusula penal moratória ou, ainda, da possibilidade de indenização por lucros cessantes. No plano dos direitos não patrimoniais, porém, ainda há grande resistência em admitir que a perda do tempo em si possa caracterizar dano moral. Esquece-se, porém, que o tempo, pela sua escassez, é um bem precioso para o indivíduo, tendo um valor que extrapola sua possibilidade de a demora no pagamento de seguro gerar dano moral também foi reconhecida pelo

Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RESP 551976. Com a expressão “tempo livre” pretende-se fazer referência não necessariamente ao tempo ocioso ou que seria empregado no lazer, mas ao tempo pessoal, ou seja, àquele que poderia ser dedicado a qualquer atividade, mesmo ao trabalho ou a outras tarefas. O que define o tempo livre é que esse constitua, fundamentalmente, uma escolha pessoal do indivíduo. É o tempo pessoal e vivido de que fala Bodil Jönsson: “O tempo pessoal, em compensação, é precisamente o seu tempo, tanto na maneira como você lida com ele, como na maneira de encará-lo –





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.33

seja em seus pensamentos, seja nos sentimentos. É esse tempo pessoal e vivido que queremos em abundância (...) O tempo vivido e pessoal é o que há de mais importante para o indivíduo” (JÖNSSON, Bodil. Dez considerações sobre o tempo, p. 36). dimensão econômica. A menor fração de tempo perdido de nossas vidas constitui um bem irrecuperável. Por isso, afigura-se razoável que a perda desse bem, ainda que não implique prejuízo econômico ou material, dê ensejo a uma indenização. A ampliação do conceito de dano moral, para englobar situações nas quais um contratante se vê obrigado a perder o seu tempo livre em razão da conduta abusiva do outro, não deve ser vista como indício de uma sociedade intolerante, mas como manifestação de uma sociedade que não está disposta a suportar abusos. Disponível em: et_file?uuid=a2768f6d-cc2b-4bc6bc84-d02365e35763.> Dano Moral em caso de descumprimento de Obrigação Contratual. André Gustavo Corrêa de Andrade.

Aliás, no artigo de autoria de Vitor Guglinski, já referido linhas acima, consta a informação de que em 2012 já havia cerca de 40 julgados oriundos deste Tribunal de Justiça reconhecendo tal teoria como fundamento





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.34

apto a afastar o teor da Súmula n.º 75, ou seja, acatando a perda do tempo útil do consumidor como sendo hipótese capaz de abalar direito inerente à personalidade, causando, sim, mais do que mero aborrecimento ao contratante. Vejam-se alguns:

0016722-25.2010.8.19.0206 – APELAÇÃO - 1ª
Ementa - Des(a). EDUARDO GUSMÃO ALVES DE BRITO NETO - Julgamento: 08/11/2011 - DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL

Apelação Cível. Direito do consumidor. TV por assinatura. Suspensão do serviço por suposto inadimplemento. Quitação comprovada da fatura questionada. Cobrança e suspensão indevidas. Dano moral configurado. Verba indenizatória fixada em R\$ 5.000,00. **Embora não seja o serviço de TV por assinatura essencial e não tenha havido negatificação, constitui a resistência da ré em desbloquear o serviço regularmente quitado causa suficiente para a imposição de danos morais, fixados aqui, ademais, para a compensação pelo tempo livre e tranquilidade subtraídos ao consumidor.** Quantum indenizatório fixado que, ante as peculiaridades do caso concreto,





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.35

mormente os prejuízos de ordem pessoal, atende aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Recurso ao qual se nega seguimento monocraticamente.

0258402-73.2009.8.19.0001 – APELAÇÃO - 1ª
Ementa - Des(a). LUIZ FERNANDO RIBEIRO DE CARVALHO - Julgamento: 16/11/2011 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTES DE APRESENTAÇÃO DE DEFEITOS NO PRODUTO. TELEFONE CELULAR. PRODUTO ENVIADO PARA A ASSISTÊNCIA TÉCNICA POR DUAS VEZES, FICANDO SEM DEVULUÇÃO NA SEGUNDA ENTREGA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL. APELO DO AUTOR PRETENDENDO A MAJORAÇÃO DA CONDENAÇÃO PELA COMPENSAÇÃO PELOS DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR POR VÍCIO DE QUALIDADE DO PRODUTO. INCIDÊNCIA DO ART. 18 DO CDC.





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.36

CONFIRMAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA JÁ RECONHECIDA NA SENTENÇA. **CONSIDERAÇÃO DA PERDA DO TEMPO LIVRE E DO CARÁTER PUNITIVO NO ARBITRAMENTO DA REPARAÇÃO MORAL**, IMPONDO-SE A OBSERVÂNCIA DOS PARÂMETROS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. DANO MORAL IN RE IPSA. MAJORAÇÃO PARA R\$ 8.000,00. PROVIMENTO DO APELO.

0316445-03.2009.8.19.0001 – APELAÇÃO - 1ª
Ementa - Des(a). ALEXANDRE ANTÔNIO FRANCO FREITAS CÂMARA - Julgamento: 19/10/2010 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Direito do Consumidor. Demanda indenizatória. Seguro descontado de conta corrente sem autorização do correntista. Descontos indevidos. Cancelamento das cobranças que se impõe. **Comprovação de inúmeras tentativas de resolução do problema, durante mais de três anos, sem que fosse solucionado. Falha na prestação do serviço. Perda do tempo livre. Dano moral configurado.** Valor da compensação que se fixa em R\$ 2.000,00. Recurso parcialmente provido.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.37

0193990-36.2009.8.19.0001 – APELAÇÃO - 1ª
Ementa - Des(a). HELENA CANDIDA LISBOA
GAEDE - Julgamento: 13/10/2010 - TERCEIRA
CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C INDENIZATÓRIA. MOTOCICLETA ZERO QUILOMETRO. VÍCIOS DO PRODUTO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CONCESSIONÁRIA RÉ. COMERCIANTE QUE RESPONDE POR VÍCIOS. ART.18 DO CDC. DESNECESSIDADE DE INCLUSÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA NO PÓLO PASSIVO. RESCISÃO TÃO SOMENTE DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA. CONTRATO DE FINANCIAMENTO QUE NÃO FOI RESCINDIDO, DETERMINADO-SE APENAS À RÉ QUE ARCASSE COM OS ÔNUS DO FINANCIAMENTO A TÍTULO DE PERDAS E DANOS, NOS TERMOS DO ART.18, §1º DO CDC. AUTORA QUE PROVOU A AQUISIÇÃO DA MOTO E SUA ENTREGA À RÉ PARA CONSERTO. MOTOCICLETA QUE APÓS UM ANO NÃO HAVIA SIDO DEVOLVIDA PARA A



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.38

CONSUMIDORA. FATO ADMITIDO PELA RÉ. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART.6, VIII DO CDC. NÃO DEMONSTRADA A INEXISTÊNCIA DOS VÍCIOS, CORRETA A SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. AUTORA QUE FICOU PRIVADA MAIS DE UM ANO DO BEM, O QUAL HAVIA USUFRUÍDO SOMENTE POR DOIS MESES. **FATOS QUE ULTRAPASSAM OS DESDOBRAMENTOS NORMAIS DO DIA A DIA. OFENSA À INTEGRIDADE PSÍQUICA. PERDA DO TEMPO LIVRE.** REDUÇÃO DA VERBA ARBITRADA A TÍTULO DE RESSARCIMENTO POR DANOS MORAIS. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, RAZOABILIDADE E VEDAÇÃO DE ENRIQUECIMENTO INDEVIDO. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

0215258-83.2008.8.19.0001 – APELAÇÃO - 1ª
Ementa - Des(a). ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA DE ANDRADE - Julgamento: 28/10/2009 - SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

DIREITO DO CONSUMIDOR. CARTÃO DE





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.39

CRÉDITO NÃO SOLICITADO. ENVIO DE FATURAS COBRANDO O SEGURO DO CARTÃO. **CONDUTA ABUSIVA. DANO MORAL CONFIGURADO. TEORIA DA PERDA DO TEMPO LIVRE.** RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

E não é diferente, na atualidade, o entendimento adotado por este Sodalício, que, inclusive faz referência a julgados do Superior Tribunal de Justiça, que, igualmente, se fundam na teoria da perda do tempo livre ou do desvio do tempo produtivo, para reconhecer o dano temporal como espécie de dano moral. É o que se extrai da leitura de algumas ementas de recursos apreciados neste ano de 2018:

APELAÇÃO CÍVEL. RELAÇÃO DE CONSUMO. FORNECIMENTO DE ENERGIA. INDENIZATÓRIA C/C DESCONSTITUTIVA DE DÉBITO. LAVRATURA DE OCORRÊNCIA DE IRREGULARIDADE. INTERRUPTÃO DO SERVIÇO. INOBSERVÂNCIA PELA CONCESSIONÁRIA DA ORIENTAÇÃO REGULAMENTAR. AUSÊNCIA DE ANÁLISE TÉCNICA E COMPROVAÇÃO DA IRREGULARIDADE. DESCUMPRIMENTO DO ART. 129, I, DA RESOLUÇÃO NORMATIVA ANEEL Nº 479/2012. DANOS MORAIS CONFIGURADOS.





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.40

DESVIO DE TEMPO ÚTIL DO CONSUMIDOR QUE NECESSITOU BUSCAR A VIA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL PARA COMPROVAR A ILEGALIDADE DA MEDIDA. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. 1- “Na ocorrência de indício de procedimento irregular, a distribuidora deve adotar as providências necessárias para sua fiel caracterização e apuração do consumo não faturado ou faturado a menor. § 1º A distribuidora deve compor conjunto de evidências para a caracterização de eventual irregularidade por meio dos seguintes procedimentos: I – emitir o Termo de Ocorrência e Inspeção – TOI, em formulário próprio, elaborado conforme Anexo V desta Resolução ; I – solicitar perícia técnica, a seu critério, ou quando requerida pelo consumidor ou por seu representante legal; III – elaborar relatório de avaliação técnica, quando constatada a violação do medidor ou demais equipamentos de medição, exceto quando for solicitada a perícia técnica de que trata o inciso II”; (

ART. 129 da Resolução Normativa Aneel 479/2012)

2- Uma cópia do TOI deve ser entregue ao consumidor ou àquele que acompanhar a inspeção, no ato da sua emissão, mediante recibo. § 3º Quando





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.41

da recusa do consumidor em receber a cópia do TOI, esta deve ser enviada em até 15 (quinze) dias por qualquer modalidade que permita a comprovação do recebimento. “ (Art. 129, §2º e 3º da Resolução Normativa 479/2012) 3- “O termo de ocorrência de irregularidade, emanado de concessionária, não ostenta o atributo da presunção de legitimidade, ainda que subscrito pelo usuário”. (Enunciado Sumular nº 256). 4- “ O ônus da prova incumbe ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”. (Art. 373,II, do CPC). 5- “A indevida interrupção na prestação de serviços essenciais de água, energia elétrica, telefone e gás configura dano moral.” “ 6- Na hipótese em tela, a autora pleiteia a nulidade do TOI lavrado pela Concessionária e a desconstituição dos valores cobrados a título de recuperação de energia. 7- Ausência de análise técnica ou prova pericial a confirmar a irregularidade apontada pela Concessionária. 8- Apelante que não logrou êxito em desconstituir o direito pleiteado pela autora. 9- Interrupção do serviço em razão do inadimplemento do parcelamento dos valores de energia recuperada, registradas na fatura de consumo. 10- A autora necessitou buscar a via administrativa e judicial para



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.42

comprovar a ilegalidade da medida, tendo seu tempo furtado por quem deveria facilitar o convívio na relação de consumo. Decerto que o fornecedor deve oferecer um serviço eficiente, um produto de qualidade, satisfazendo com isso a parte vulnerável da situação, o que não ocorreu no caso em tela. 11- **Necessário conceder ao consumidor, reparação a situações de agressão inequívoca à livre disposição e uso do seu tempo livre, justificando a condenação da ré em danos morais, em observância estrita ao princípio da função social que rege a relação entre as partes.** 12- Danos morais arbitrados que merecem pequena redução a fim de adequar-se ao critério bifásico. 13- Recurso de apelação conhecido e provido parcialmente para reduzir o quantum indenizatório para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

0108741-39.2017.8.19.0001 – APELAÇÃO – 1ª
Ementa – Des(a). GUARACI DE CAMPOS VIANNA –
Julgamento: 04/09/2018 – DÉCIMA NONA
CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. LIGHT. RELAÇÃO DE
CONSUMO. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR DE COISA





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.43

JULGADA. JULGAMENTO DE TURMA RECURSAL QUE JULGOU O PROCESSO EXTINTO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. MEDIDOR INSTALADO QUE GEROU COBRANÇAS INDEVIDAS. DIVERSAS RECLAMAÇÕES. TROCA DO MEDIDOR REALIZADA SOMENTE APÓS AJUIZAMENTO DA DEMANDA. **NÃO**

ATENDIMENTO DAS LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS DO CONSUMIDOR. PERDA DE TEMPO LIVRE.

CORTE NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA DO VERBETE SUMULAR Nº 192 DO TJRJ. INSERÇÃO DO NOME DO AUTOR NOS CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO. APLICAÇÃO DO VERBETE DA SÚMULA Nº 89 TJRJ. DANO MORAL CONFIGURADO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. VERBA COMPENSATÓRIA EM HARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. INCIDÊNCIA DO VERBETE DA SÚMULA 343 TJRJ. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão
Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.44

0370540-12.2011.8.19.0001 – APELAÇÃO – 1ª
Ementa –Des(a). ANTONIO CARLOS DOS SANTOS
BITENCOURT – Julgamento: 22/08/2018 –
VIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR.
CONTRATO DE SEGURO PESSOAL EM GRUPO.

VALIDADE DO LAUDO PERICIAL OFICIAL DO
INSS QUE VINCULA POR ADMINISTRATIVIZAÇÃO
AS DEMAIS HIPÓTESES SECURITÁRIAS.
CLÁUSULA CONTRATUAL AMBÍGUA QUE
ASSEGURA VANTAGEM INDEVIDA, **LOGO,**
ABUSIVA AO PRESTADOR DO SERVIÇO,
VIOLAÇÃO DOS DEVERES ANEXOS DE BOA-FÉ
OBJETIVA, COOPERAÇÃO, TRANSPARÊNCIA E
PRINCIPALMENTE INFORMACIONAL QUE
COMPREENDE OS ASPECTOS LINGUÍSTICOS,
JURÍDICOS, TÉCNICOS, ÉTICOS, MORAIS AQUI
TRATADOS COM DESCASO PARA NEGAR A
INDENIZAÇÃO DEVIDA. FRANCA VIOLAÇÃO DO
ART. 6, IV E 51, IV DO CDC. **DANO MORAL**
PRESENTE PORQUE ALÉM DO MERO





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão
Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.45

**ABORRECIMENTO, EXPRESSÃO CONFUSA QUE
JÁ DEVERIA TER SIDO BANIDA DA
JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE, PELA
ABERTURA INTERPRETATIVA PERNICIOSA AO
CONSUMIDOR MAIS VULNERÁVEL.**

PAGAMENTO DO PRÊMIO DESDE A DATA DA
CONSTATAÇÃO DO SINISTRO E DAÍ CORRIGIDO
PELOS CRITÉRIOS DA CORREGEDORIA DESTA
CORTE. DANO MORAL FIXADO EM R\$ 10.000,00,
**AÍ CONSIDERADO TAMBÉM O DESVIO DO
TEMPO PRODUTIVO OU DO TEMPO LIVRE E ÚTIL
PELA NECESSIDADE DA DEMANDA, IMPOSTA
PELA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO,
COMO MEIO COMPOSITIVO DE INTERESSE.**

APELAÇÃO DA AUTORA
CONHECIDA E PROVIDA.

0083527-77.2016.8.19.0002 – APELAÇÃO – 1ª
Ementa – Des(a). MARCOS ALCINO DE AZEVEDO
TORRES – Julgamento: 15/08/2018 – VIGÉSIMA
SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO. RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO.
AÇÃO INDENIZATÓRIA. CANCELAMENTO DO





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.46

CONTRATO. RETOMADA DA
CONTRAPRESTAÇÃO. DANO MORAL
CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE MERO
ABORRECIMENTO. ACOLHIMENTO DA TEORIA
DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR.
PRECEDENTES DO STJ. O objeto do recurso
limitase a analisar quanto à pretensão da recorrente
de ver-se indenizada, em virtude da conduta abusiva
do prestador do serviço de cancelar unilateralmente o
contrato, após a retomada do pagamento. Mesmo
após a recorrente ter retomado o pagamento das
faturas em atraso, a conduta da ré de continuar
enviando os boletos e ter realizado o cancelamento
do contrato vários meses após recepcionado o
pagamento, caracterizando como um fato
contraditório (venire contra factum próprio) foge ao
liames do mero aborrecimento. Não pode ser
considerado como tal a situação fática ocorrida no
curso ou em razão da prestação de serviço de
consumo, a qual o fornecedor não soluciona a
reclamação, levando o consumidor a contratar
advogado ou servir-se da assistência judiciária do
Estado para demandar pela solução judicial de algo
que administrativamente facilmente seria solucionado
quando pelo crivo Juiz ou Tribunal se reconhece a





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.47

falha do fornecedor. Tal conduta estimula o crescimento desnecessário do número de demandas, onerando a sociedade e o Tribunal. Ao contrário, o mero aborrecimento é aquele resultante de situação em que o fornecedor soluciona o problema em tempo razoável e sem maiores consequências para o consumidor. 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. **O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já adotou a teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, para indenizar ao consumidor todo tempo desperdiçado para a solução de problemas gerados por maus fornecedores.** Para o Ministro Marco Aurélio Bellizze, relator do AREsp 1.260.458/SP na 3ª Turma, configura o ato ilícito e a consequente responsabilidade de indenizar, por ser absolutamente injustificável, no caso ali objeto de apreciação, a conduta da instituição financeira em insistir na cobrança de encargos contestados pela consumidora. Muito embora haja controvérsia a respeito do efeito punitivo atribuído aos danos morais, adota-se aqui a corrente de pensamento no sentido de que, além do caráter principal que subjaz da





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.48

reparação do dano, admite-se o caráter acessório contido no viés punitivo da indenização, com vistas a desestimular a reiteração das condutas ilícitas. O Brasil adotou o sistema livre (arbitramento) dos danos morais, em desabono ao sistema de tarifamento legal, afastado, inclusive, pelo Superior Tribunal de Justiça no Enunciado n. 281, in verbis: a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa. Mas isso não quer dizer que a jurisprudência admita certos padrões de fixação, com efeito de amenizar o subjetivismo dos critérios adotados no arbitramento e de funcionalizar a responsabilidade civil, tendo inclusive o Superior Tribunal de Justiça utilizado o método bifásico para quantificação do dano moral. Assim, à luz dos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, em vista de casos análogos e observância ao seu aspecto compensador, o valor indenizatório de ser fixado em R\$3.000,00.

Provimento ao recurso.

0185269-51.2016.8.19.0001 – APELAÇÃO – 1ª
Ementa – Des(a). ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA DE
ANDRADE – Julgamento: 08/08/2018 – SÉTIMA
CÂMARA CÍVEL



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.49

RESPONSABILIDADE CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. DEMORA NO RESTABELECIMENTO DO SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA NA RESIDÊNCIA DA AUTORA, POR INADIMPLEMENTO. DANO MORAL. INSURGÊNCIA DA AUTORA QUANTO À INDENIZAÇÃO ARBITRADA NA SENTENÇA.

PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO DESSA VERBA. CABIMENTO. **DESÍDIA DA FORNECEDORA TAMBÉM NO ATENDIMENTO À CONSUMIDORA, QUE BUSCOU OS SEUS SERVIÇOS DE ATENDIMENTO INÚMERAS VEZES, INUTILMENTE.** MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO **COM BASE NA TEORIA DA PERDA DO TEMPO LIVRE.** MAJORAÇÃO TAMBÉM DO PERCENTUAL RELATIVO AOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.50

0016307-81.2015.8.19.0007 – APELAÇÃO – 1ª
Ementa – Des(a). ALCIDES DA FONSECA NETO –
Julgamento: 24/10/2018 – VIGÉSIMA CÂMARA
CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. COBRANÇA INDEVIDA APÓS
CANCELAMENTO DE SERVIÇO DE TELEFONIA
MÓVEL POR SEIS MESES. DIVERSAS
TENTATIVAS DE SOLUCIONAR
EXTRAJUDICIALMENTE O PROBLEMA. DANO
TEMPORAL OU DESVIO PRODUTIVO DO

CONSUMIDOR CARACTERIZADO. DANO MORAL.
PEQUENO REPARO NA DECISÃO ATACADA. A
sentença atacada acatou a tese de que o faturamento
indevido não é suficiente para caracterizar dano moral
passível de indenização, razão pela qual julgou
procedente em parte o pedido apenas para declarar a
nulidade das cobranças irregulares. Apelo do autor.
Faturamento por serviço cancelado que perdurou seis
meses. Período de tempo excessivo e irrecuperável
gasto nos três atendimentos telefônicos, a fim de
solucionar administrativamente o equívoco na
cobrança. Consumidor que gastou o seu tempo vital,
atributo da personalidade, em razão da prática





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.51

abusiva do fornecedor e do evento danoso dela resultante. De fato, o tempo na vida de uma pessoa constitui um bem extremamente valioso, cujo desperdício se afigura irrecuperável, de modo que se torna completamente descabido falar-se em “mero aborrecimento”, indicativo de algo simples, desimportante, suportável. No caso concreto, ao contrário, as práticas abusivas perpetradas pelo apelado, de modo reiterado, **violaram o direito da personalidade do apelante, relacionado ao seu tempo vital, existencial ou produtivo, enquanto suporte da própria vida, e lhe causaram indiscutível dano moral, como consequência da perda irreversível de uma parte de sua vida.** Quantum reparatório. Utilização do método bifásico para arbitramento do dano. Valorização do interesse jurídico lesado e das circunstâncias do caso concreto. Fixação da indenização em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Precedentes. PROVIMENTO DO RECURSO.

Resta demonstrado, portanto, que o verbete sumular n.º 75, diante da evolução do entendimento adotado por este Tribunal de Justiça, seguindo doutrinas modernas e também já adotadas em julgados do Superior Tribunal de Justiça, não tem mais razão de ser.





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000

FLS.52

Afinal, enunciados de súmula não são estáticos, nem estratificados, devendo sempre ser revistos ou mesmo cancelados, de forma a refletir o entendimento atual do Tribunal, caso surjam novos fundamentos aptos a fazer a Corte mudar de posicionamento sobre determinada matéria, de forma que continue a cumprir a sua finalidade de racionalização da atividade judiciária, que deve sempre buscar ser célere, justa, e efetiva para os jurisdicionados.

Com efeito, cancelado o verbete sumular, caberá a cada magistrado, diante de cada caso concreto, analisar e definir se o inadimplemento, legal ou contratual, foi capaz de gerar dano – ou não - a quaisquer dos direitos da personalidade do contratante, dentre os quais, o seu tempo útil, apresentando a fundamentação pertinente, não restando afastada a possibilidade de concluir que o inadimplemento causou apenas mero aborrecimento, mas desde que, repita-se, fundamente tal conclusão.

Por esses motivos, **VOTO** no sentido de **CANCELAR** o Enunciado nº 75 da Súmula de Jurisprudência Predominante do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Rio de Janeiro, 17 de dezembro de 2018.





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

**Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000
MAURO PEREIRA MARTINS
Desembargador Relator**

FLS.53

Diálogos com o
Primeiro Grau de
Jurisdição

DIÁLOGOS COM O PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO

I-EXAME PROPEDEÚTICO

1-Ética e compromissos do Juiz com:

1.1-O sistema e a organização judiciais:

Nº 287: “Na criação de novos juízos, não se aplica o princípio da perpetuação da jurisdição na hipótese de incompetência absoluta, salvo se prevista expressamente na lei de organização judiciária ou em resolução do Órgão Especial”.

Nº 31: “Competem às Varas Cíveis Regionais de Santa Cruz e Ilha do Governador o processo e julgamento da matéria orfanológica prevista no artigo 108 do Código de Organização Judiciária do Estado”.

Nº 16: “A referência a ESTADO, constante do art. 120 do Código de Organização e Divisão Judiciárias, é restrita ao Estado do Rio de Janeiro”.

1.2-Colegas e associações de Magistrados:

1.3-Advogados e membros da Defensoria Pública:

Nº 322: “Não cabe a condenação, nem a execução, de autarquias estaduais ou fundações autárquicas estaduais a pagar honorários advocatícios em favor do Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro”.

Nº 279: “Os honorários advocatícios não incidem sobre a medida coercitiva de multa”.

Nº 278: “É ineficaz a comunicação feita nos autos, por advogado, acerca da renúncia do mandato, antes da efetiva notificação do mandante”.

Nº 270: “O prazo do art. 523, do CPC, conta-se da ciência do advogado do executado acerca do demonstrativo discriminado e atualizado do crédito, apresentado pelo credor em execução definitiva”. **VERBETE SUMULAR REVISADO. Redação anterior:** “O prazo do art. 475-J, do CPC, conta-se da ciência do advogado do executado acerca da memória discriminada do cálculo exequendo, apresentada pelo credor em execução definitiva”.

Nº 265: “Cabível a penhora *on line*, nas execuções fiscais, dos honorários advocatícios, da taxa judiciária e das custas processuais”.

Nº 262: “O direito de vista e de cópia de autos de processos judiciais ou administrativos, que não estejam sob sigilo, deve ser assegurado a todos os advogados, independentemente da apresentação de procuração”.

Nº 221: “Os municípios e as fundações autárquicas municipais respondem pela verba honorária devida ao Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública, em caso de sucumbência”.

Nº 182: “Nas ações que versem sobre a prestação unificada de saúde, a verba honorária arbitrada em favor do Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública não deve exceder ao valor correspondente a meio salário mínimo nacional”. **VERBETE SUMULAR CANCELADO.**

Nº 154: “Incide verba honorária no cumprimento da sentença a partir do decurso do prazo previsto no art. 475-J, do CPC”. **VERBETE SUMULAR CANCELADO.**

Nº 135: “Os honorários advocatícios de sucumbência constituem verba autônoma, de natureza alimentar, podendo ser objeto de requisição específica e independente de requisitório correspondente à condenação devida à parte”.

Nº 80: “A Defensoria Pública é órgão do Estado do Rio de Janeiro. Logo, a este não pode impor condenação nos honorários em favor daquele Centro de Estudos, conforme jurisprudência iterativa do STJ”.

Nº 40: “Não é obrigatória a atuação da Defensoria Pública em favor do beneficiário da gratuidade de Justiça, facultada a escolha de advogado particular para representá-lo em Juízo, sem a obrigação de firmar declaração de que não cobra honorários”.

1.4-Membros do Ministério Público:

Nº 261: “A carta de execução de sentença provisória deve ser expedida mesmo na pendência de recurso interposto pelo Ministério Público”.

1.5-Serventuários e terceirizados:

Nº 300: “Em respeito ao princípio constitucional da isonomia, os serventuários que não integraram o polo ativo da Ação Ordinária nº. 002420-36.1988.8.19.0000 fazem jus, a exemplo dos autores da referida ação, ao reajuste de 24% em seus vencimentos, bem como à percepção das diferenças, a serem pagas de uma única vez, devidamente corrigidas desde a data do pagamento efetuado àqueles, compensando-se os valores já quitados, por força do Processo Administrativo nº 2010.259214, observada a prescrição quinquenal, a contar da propositura de cada demanda, bem como as condições pessoais e funcionais de cada serventuário, incidente Imposto de Renda e verbas previdenciárias por se tratarem de diferenças vencimentais”.

1.6-Fisco:

Nº 276: “O crédito tributário prefere ao condominial e este ao hipotecário”.

1.7-Comunidade:

1.8-Meios de comunicação:

II-MATÉRIA CÍVEL

2-Temas recorrentes na jurisdição de família

2.1-Alimentos:

Nº. 371: “Em execução de alimentos, podem ser objeto de penhora os valores referentes ao FGTS do alimentante”.

Nº 250: “O percentual correspondente à pensão alimentícia deve incidir sobre a verba denominada participação nos lucros e resultados percebida pelo alimentante”.

Nº 249: “O recurso interposto contra sentença que modifica alimentos é recebido, em regra, sem efeito suspensivo”.

Nº 188: “O adicional de férias e o 13º salário integram a base de cálculo da pensão alimentícia, quando fixada em percentual de remuneração do alimentante”.

Nº 187: “É cabível a retenção da parcela do FGTS devido ao alimentante, no percentual correspondente ao pensionamento, para garantia da execução da prestação alimentícia”.

Nº 186: “Insere-se entre os poderes instrutórios do juiz a expedição de ofícios à Receita Federal e às instituições financeiras para exame das possibilidades do alimentante”.

Nº 120: “A competência para conhecer de execução de alimentos é do juízo que os fixou, salvo nos casos de alteração de domicílio do exeqüente”. **VERBETE SUMULAR CANCELADO.**

Nº 111: “Competência para a execução de alimentos. A regra é a da competência do juízo da ação salvo quando este não for mais o foro do domiciliado”.

Nº 14: “A sentença proferida em ações de divórcio e de separação, quando condenar a pagar alimentos, terá efeito somente devolutivo”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*). **VERBETE SUMULAR REVISADO. Redação anterior:** “É apenas devolutivo o efeito da apelação interposta de sentença que, em ação de modificação de cláusula de separação judicial, condenar a prestação de alimentos”.

2.2-Divórcio:

Nº 14: “A sentença proferida em ações de divórcio e de separação, quando condenar a pagar alimentos, terá efeito somente devolutivo”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*). **VERBETE SUMULAR REVISADO. Redação anterior:** “É apenas devolutivo o efeito da apelação interposta de sentença que, em ação de modificação de cláusula de separação judicial, condenar a prestação de alimentos”.

Nº 11: “Divórcio. Art. 40 da Lei 6.515. A separação de fato anterior a 28 de junho de 1977, data da Emenda Constitucional nº. 9, pode computar-se para o decreto de divórcio, ainda que o transcurso dos cinco anos se complete em data ulterior”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*) **VERBETE SUMULAR CANCELADO.**

2.3-Guarda de filhos:

2.4-Partilha de bens:

Nº 189: “A partilha de bens decorrente da dissolução da união estável deve observar a lei de regência da época da extinção do vínculo”.

Nº 66: “Em partilha de bens decorrente da separação consensual, em que haja diferença de quinhões sem indício de reposição, compensação pecuniária ou qualquer onerosidade, incidirá o imposto estadual de transmissão sobre doações”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

Nº 26: “É recorrível o despacho de deliberação da partilha no inventário”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

2.5-União estável:

Nº. 370: “Compete ao juízo de família o julgamento de demanda que verse sobre o reconhecimento e dissolução da união estável, *post mortem*, dirimindo a questão atinente à divisão de bens”.

Nº 274: “A competência para conhecer e julgar pedido indenizatório de dano moral decorrente de casamento, união estável ou filiação é do juízo de família”.

Nº 189: “A partilha de bens decorrente da dissolução da união estável deve observar a lei de regência da época da extinção do vínculo”.

Nº 122: “É inadmissível o reconhecimento de uniões estáveis concomitantes”.

2.6-Vistitação:

Nº 185: “Na regulamentação de visita de criança, ainda em fase de amamentação, deve ser evitado o pernoite”.

2.7-Investigação de paternidade:

Nº 275: “É cabível a relativização da coisa julgada em ação de investigação de paternidade, anteriormente proposta quando ainda não era tecnicamente possível o exame de DNA, desde que a improcedência do pedido tenha se dado por ausência de provas”.

2.8-Alienação parental:

3-Temas recorrentes na jurisdição fazendária

3.1-Abuso de poder e seu controle:

3.2-Aposentadoria e pensões de servidores públicos:

Nº. 378: “Incabível a cobrança de contribuição previdenciária sobre verba que não integrará a base de cálculo dos proventos de aposentadoria”.

Nº. 325: “A pensão deferida a filha solteira pela lei estadual nº 285/79 deverá ser regida pela Lei vigente ao tempo do óbito do segurado”.

Nº 222: “Nas ações mandamentais em que se postula revisão de pensão previdenciária, não são autoridades coatoras Governador de Estado, Secretário de Estado, Prefeitos e Secretários Municipais”.

Nº 138: “O cumprimento da obrigação de fazer pela Administração, especialmente na hipótese de implantação de benefício pecuniário a servidor ou pensionista, conta-se da data da intimação da ordem judicial ou daquela fixada pelo Juízo; o cumprimento tardio gera o dever de pagamento, em valor atualizado monetariamente, em folha suplementar”.

Nº 68: “A fixação do benefício da pensão por morte será igual ao valor dos proventos do servidor em atividade na data do seu falecimento, conforme disposto na Emenda Constitucional nº. 20/98, que modificou a redação do art. 40, parágrafo 7º, Constituição da República, observado o disposto no par. 3º”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

Nº 30: “Direitos consolidados já incorporados ao patrimônio funcional não podem ser inconsiderados no cálculo dos proventos do funcionário que se aposenta, ainda que revogada a lei que os concedera”.

Nº 29: “A pensão previdenciária é de 80% incidindo sobre o vencimento base do servidor”.
(*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

3.3-Concessões e permissões de serviços públicos:

Nº. 349: “O fato causado por terceiro, estranho ao contrato de transporte de passageiros, constitui excludente de responsabilidade da empresa transportadora”.

Nº. 315*: “Incumbe às empresas delegatárias de serviços de abastecimento de água e esgotamento a instalação de aparelhos medidores ou limitadores do consumo, sem ônus para os usuários”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

Nº 256: “O termo de ocorrência de irregularidade, emanado de concessionária, não ostenta o atributo da presunção de legitimidade, ainda que subscrito pelo usuário”.

Nº 255: “Incabível a cobrança de tarifa pela simples captação e transporte do esgoto sanitário”.
VERBETE SUMULAR CANCELADO.

Nº 254: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica contraída entre usuário e concessionária”.

Nº 198: “Configura prática abusiva a inclusão de parcela atinente a débito pretérito na fatura mensal de serviço prestado por concessionária”.

Nº 197: A alegação de concessionária, destituída de prova de que a área é de risco, não a exime de reparar serviço essencial, sendo cabível a antecipação da tutela para restabelecê-lo ou a conversão em perdas e danos em favor do usuário”.

Nº 195: “A cobrança desproporcional e abusiva da tarifa relativa a serviços essenciais autoriza a antecipação da tutela para o pagamento por consignação nos próprios autos pelo valor médio dos últimos seis meses anteriores ao período reclamado”.

Nº 196: “O débito tarifário não pode ser transferido ao novo usuário do serviço essencial”.

Nº 194: “Incabível a interrupção de serviço público essencial em razão de débito pretérito, ainda que o usuário seja previamente notificado”.

Nº 193: “Breve interrupção na prestação dos serviços essenciais de água, energia elétrica, telefone e gás por deficiência operacional não constitui dano moral”.

Nº 192: “A indevida interrupção na prestação de serviços essenciais de água, energia elétrica, telefone e gás configura dano moral”.

Nº 191: “Na prestação do serviço de água e esgoto é incabível a aplicação da tarifa mínima multiplicada pelo número de unidades autônomas do condomínio”.

Nº 175: “A cobrança de tarifa mínima de água e esgoto, multiplicada pelo número de unidades autônomas (economias) de um condomínio, sujeita a concessionária à devolução em dobro do valor comprovadamente pago”.

Nº 152: “A cobrança pelo fornecimento de água, na falta de hidrômetro ou defeito no seu funcionamento, deve ser feita pela tarifa mínima, sendo vedada a cobrança por estimativa”. *(Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973)*

Nº 140: “A competência para apreciar matéria relativa a Contratos de Participação Financeira em Investimento de Serviço Telefônico é dos Juízos das Varas Empresariais, segundo o disposto no artigo 91 do CODJERJ combinado com o artigo 101 do mesmo diploma legal”. *(Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973)*

Nº 130: “O fornecimento de água limpa e potável é serviço essencial, sendo ilegal a cobrança do ICMS por parte das empresas concessionárias”. *(Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973)*

Nº 110: “Com fundamento no art. 5º, XXXII, da Lei Maior, e art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor, somente a partir de 1º de janeiro de 2006, a empresa de telefonia fixa estará obrigada a instalar aparelho medidor de pulsos telefônicos, discriminando nas faturas o número chamado, a duração, o valor, a data e a hora chamada”.

Nº 85*: “Incabível a devolução em dobro pelo fornecedor e pela concessionária, se a cobrança por eles realizada estiver prevista em regulamento, havendo repetição simples do indébito”.

Nº 84*: “É legal a cobrança do valor correspondente ao consumo registrado no medidor, com relação à prestação dos serviços de fornecimento de água e luz, salvo se inferior ao valor da tarifa mínima, cobrada pelo custo de disponibilização do serviço, vedada qualquer outra forma de exação”.

Nº 83*: “É lícita a interrupção do serviço pela concessionária, em caso de inadimplemento do usuário, após prévio aviso, na forma da lei”.

Nº 82*: “É legítima a cobrança de tarifa diferenciada ou progressiva no fornecimento de água, por se tratar de preço público”.

Nº 50: “Em ação de indenização ajuizada em face de pessoa jurídica de Direito Público, não se admite a denúncia da lide ao seu agente ou a terceiro (art. 37, § 6º, CF/88)”.

Nº 38: “A privatização do serviço de transporte ferroviário acarretou o efeito imediato de extinguir o ato administrativo negocial de permissão de uso e engendrar, em face da

subsistência da situação de ocupação mediante remuneração periódica, relação jurídica nova, de natureza locatícia, sujeita ao direito privado, em especial à legislação própria”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

Nº 7: “Constitui obrigação da concessionária dos serviços de eletricidade custear os renovelamentos de tampões de seus eletrodutos subterrâneos, em vias públicas, em virtude do recapeamento asfáltico”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

3.4-Concursos públicos:

Nº 385: “Por força dos princípios da boa-fé administrativa, da confiança legítima e da razoabilidade, candidato aprovado em concurso público para a UERJ, já nomeado antes da edição do Decreto Estadual n. 45.682, de 08 de junho de 2016, por ter direito subjetivo líquido e certo à posse, não pode ser afetado pela aplicação retroativa daquele ato normativo”.

Nº 377: “O candidato inabilitado em exame psicotécnico de concurso público tem direito a conhecer a motivação de sua reprovação”.

Nº 248: “Atendem ao princípio da razoabilidade as exigências previstas no edital de concurso público relativas à idade e altura mínimas, como condição de acesso ao cargo público de militar, excluídos os cargos do Quadro de Oficiais de Saúde da corporação”.

Nº 24: “Não é possível alterar a norma do concurso público, depois de realizadas as provas previstas no respectivo edital, para exigir nova condição”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

Nº 22: “É legítima a exigência do exame psicotécnico em concurso público para ingresso nos cargos da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, como previsto no Dec. Lei nº. 218/75 e na Lei nº. 699/83”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

Nº 12: “Poderão concorrer à prova escrita de classificação as professoras primárias municipais que hajam exercido o magistério das quinta à oitava séries e tenham habilitação legal específica”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

3.5-Contratos públicos e licitações:

Nº 38: “A privatização do serviço de transporte ferroviário acarretou o efeito imediato de extinguir o ato administrativo negocial de permissão de uso e engendrar, em face da subsistência da situação de ocupação mediante remuneração periódica, relação jurídica nova, de natureza locatícia, sujeita ao direito privado, em especial à legislação própria”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

3.6-Execuções fiscais:

Nº. 368: “A execução fiscal pode ser redirecionada aos sócios-gerentes e diretores de pessoa jurídica executada falida na hipótese de se comprovar que houve dissolução irregular em data anterior à da decretação da falência”.

Nº. 367: “O deferimento de recuperação judicial não suspende as execuções fiscais em curso contra a sociedade em recuperação, ficando os atos que importem em constrição ou alienação do patrimônio da recuperanda submetidos ao juízo universal”.

Nº 299: “Nas hipóteses em que as multas impostas pelo Tribunal de Contas possuam a natureza jurídica de imputação de débito por infringência de normas da Administração Financeira e Orçamentária, decorrente de seu Poder Sancionador, a legitimidade para cobrar os créditos é da Fazenda que mantém o referido Órgão, enquanto as sanções objetivando o ressarcimento ao erário são de competência do ente público cujo patrimônio foi atingido”.
(Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973)

Nº 289: “As autarquias municipais estão dispensadas do prévio recolhimento da taxa judiciária nas execuções fiscais”.

Nº 265*: “Cabível a penhora *on line*, nas execuções fiscais, dos honorários advocatícios, da taxa judiciária e das custas processuais”.

Nº 264: “A prescrição da execução fiscal ajuizada até a vigência da Lei Complementar nº 118/05 e ocorrida entre a distribuição e a citação não é intercorrente”.

Nº 244: “Não há nulidade nas sentenças extintivas de execução fiscal, prolatadas em bloco e lançadas no sistema, fundadas em pagamento do débito ou no cancelamento da certidão de dívida ativa”.

Nº 243: “O artigo 2º, parágrafo 3º, da Lei nº 6.830/80, não se aplica ao crédito tributário”.

Nº 146: “O valor do ICMS pago na entrada de energia elétrica usada por supermercado em panificação, restaurante, açougue, peixaria e laticínios, porque descaracterizado o processo de industrialização, não se transforma em crédito fiscal compensável na operação posterior”.
(Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973)

Nº 126: “Incabível a extinção da execução fiscal, de ofício ou a requerimento do devedor, em razão de critério fundado em pequeno valor cobrado”.

Nº 125: “Na execução fiscal não se exigirá prova da exata indicação do endereço do devedor, cópia do procedimento administrativo e da prova da entrega ao contribuinte da notificação do tributo, requisitos previstos na Lei nº. 6830/80”.

3.7-Improbidade administrativa:

3.8-Licenciamentos ambientais:

3.9-Responsabilidade civil do Estado:

Nº. 323: “Não cabe a condenação do DETRAN à indenização de danos morais quando os transtornos sofridos pelo autor decorrerem do descumprimento do disposto no artigo 134 do Código de Trânsito Brasileiro por parte do próprio demandante”.

3.10-Verbas remuneratórias e indenizatórias:

Nº. 379: “Os servidores subsumidos à Lei 2.008, de 21 de julho de 1993, do Município do Rio de Janeiro, têm direito ao pagamento de triênios retroativamente à sua vigência, respeitado o prazo prescricional de cinco anos e ressalvadas prestações posteriores a tal título”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

Nº. 366: “Ainda que regularmente pago de forma indiscriminada e no valor máximo, o adicional de produtividade dos destinatários indicado no art. 1º. da Lei nº. 05/2003 do Município de São Gonçalo não tem natureza jurídica de salário, razão pela qual não pode ser incorporado ao vencimento-base dos servidores sem que haja expressa disposição legal nesse sentido”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

Nº. 359: “A gratificação denominada Nova Escola, instituída pelo Decreto Estadual n. 25.959/2000, concedida aos servidores da rede pública estadual de educação no período anterior à edição da Lei n. 5.539/2009, possuía natureza genérica, devendo ser incluída na base de cálculo da contribuição previdenciária bem como incorporada aos proventos dos servidores inativos”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

Nº. 344: “É assegurada aos policiais militares e bombeiros militares, a assistência médico-hospitalar, de natureza remuneratória e alimentar, na forma do art. 46, caput, e parágrafos 1º e 2º, da Lei Estadual nº 279/79, estendido igual direito aos dependentes que se encontrarem nas condições do art. 79, I, II e III, do referido diploma legal, sendo, no entanto, legítima a fixação de indenização, em regime de coparticipação, a ser aportada pelos destinatários que optarem, voluntariamente, como condição de acesso aos demais serviços especializados prestados pelo nosocômio, para si e seus dependentes, em relação aos atendimentos não abrangidos pela gratuidade.” (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

Nº. 342: “Os servidores públicos que ostentem a patente de coronel após a publicação do processo administrativo E-12/790/94, sejam ativos ou inativos, fazem jus à GEE concedida no referido ato administrativo”. **VERBETE SUMULAR CANCELADO.** (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

Nº 246: “Compete à Justiça Estadual o julgamento de demandas relativas ao auxílio cesta-alimentação, de natureza indenizatória, deflagradas por funcionários inativos do Banco do Brasil”. **VERBETE SUMULAR REVISADO. Redação anterior:** “Compete à Justiça Estadual o julgamento de ações relativas ao auxílio cesta básica, de natureza remuneratória, a ser paga pela PREVI aos funcionários inativos do Banco do Brasil”.)

Nº 225: “A gratificação de habilitação profissional do art. 11, inciso I, da Lei Estadual nº 3586/01, integra a base de cálculo dos proventos e da pensão previdenciária, desde a posse do servidor, dependendo os demais percentuais da realização de cursos com aproveitamento”.

Nº 150: “As gratificações concedidas aos servidores em atividade do PRODERJ, através dos processos administrativos Nº. E-01/60.150/2001 e E-01/60.258/2002, devem ser estendidas aos servidores inativos, em razão do seu caráter geral, que caracteriza, sob a capa de suposta Gratificação de Encargos Especiais, verdadeiro reajuste remuneratório, não se incluindo, outrossim, no referido caráter geral, a Gratificação Extraordinária criada pela Lei 3.834/2002, em razão de sua natureza específica e transitória, de feição *pro labore faciendo*”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

Nº 148: “A Indenização de Auxílio Moradia criada pela Lei estadual nº 958/1983 e paga aos policiais militares e bombeiros militares da ativa do Estado do Rio de Janeiro tem caráter indenizatório e por isso não pode ser incorporada aos vencimentos do beneficiado que passa para a inatividade”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

Nº 81: “O decreto regulamentador de gratificação por bravura estatui que a premiação pode ser suprida, se o agraciado praticar conduta inadequada, de modo que, somente por ato individual, motivado e vinculado, pode ela ser retirada, conforme jurisprudência consolidada deste Tribunal”.

Nº 78: “A gratificação de encargos especiais concedida aos coronéis da ativa da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro, por ato administrativo do Chefe do Poder Executivo, exarado no Processo Administrativo n.º E – 12/790/94, não se estende aos demais militares das referidas corporações, ativos ou inativos”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

Nº 37: “O programa de Cesta Básica de Alimentos, instituído pelo Município, não gera direito adquirido e não adere aos vencimentos de servidor público municipal”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

Nº 32: “Sendo a Caixa Beneficente da Polícia Militar do Estado uma instituição privada com caráter de associação, não há obrigatoriedade e sim facultatividade de seus associados a ela se filiarem ou permanecerem filiados como contribuintes (art. 5º, XX, Constituição Federal)”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

Nº 30: “Direitos consolidados já incorporados ao patrimônio funcional não podem ser inconsiderados no cálculo dos proventos do funcionário que se aposenta, ainda que revogada a lei que os concedera”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

Nº 17: “Até o advento do Dec.-Lei nº. 100, de 1969, os triênios incorporavam-se aos vencimentos”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

3.11-Direito à saúde:

Nº 241: “Cabe ao ente público o ônus de demonstrar o atendimento à reserva do possível nas demandas que versem sobre efetivação de políticas públicas estabelecidas pela Constituição”.

Nº 184: “A obrigação estatal de saúde compreende o fornecimento de serviços, tais como a realização de exames e cirurgias, assim indicados por médico”.

Nº 183: “O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à saúde asseguram a concessão de passe- livre ao necessitado, com custeio por ente público, desde que demonstradas a doença e o tratamento através de laudo médico”.

Nº 182: “Nas ações que versem sobre a prestação unificada de saúde, a verba honorária arbitrada em favor do Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública não deve exceder ao valor correspondente a meio salário mínimo nacional”. **VERBETE SUMULAR CANCELADO.**

Nº 181: “Presente o interesse processual na ação proposta em face de entes estatais com vistas à obtenção de prestação unificada de saúde”.

Nº 180: “A obrigação dos entes públicos de fornecer medicamentos não padronizados, desde que reconhecidos pela ANVISA e por recomendação médica, compreende-se no dever de prestação unificada de saúde e não afronta o princípio da reserva do possível”.

Nº 179: “Compreende-se na prestação unificada de saúde a obrigação de ente público de fornecer produtos complementares ou acessórios aos medicamentos, como os alimentícios e higiênicos, desde que diretamente relacionados ao tratamento da moléstia, assim declarado por médico que assista o paciente”.

Nº 178: “Para o cumprimento da tutela específica de prestação unificada de saúde, insere-se entre as medidas de apoio, desde que ineficaz outro meio coercitivo, a apreensão de quantia suficiente à aquisição de medicamentos junto à conta bancária por onde transitem receitas públicas de ente devedor, com a imediata entrega ao necessitado e posterior prestação de contas”.

Nº 116: “Na condenação do ente público à entrega de medicamento necessário ao tratamento de doença, a sua substituição não infringe o princípio da correlação, desde que relativa à mesma moléstia”.

Nº 115: “A solidariedade dos entes públicos, no dever de assegurar o direito à saúde, não implica na admissão do chamamento do processo”.

Nº 65: “Deriva-se dos mandamentos dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº. 8080/90, a responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios, garantindo o fundamental direito à saúde e conseqüente antecipação da respectiva tutela”.

3.12-CTB:

Nº. 321: “É cabível a liberação de veículo apreendido sem o pagamento da multa ainda não exigível ou com a exigibilidade suspensa”.

Nº. 320: “É desnecessária a notificação prevista no artigo 281, parágrafo único, II, da Lei Federal nº 9.503/1997, quando a infração houver sido autuada em flagrante e o proprietário do veículo for o condutor infrator”.

Nº. 319: “É admissível o condicionamento da devolução de veículo apreendido ao pagamento de custas de reboque, diárias (limitadas a trinta dias e sem prejuízo da manutenção do veículo apreendido em depósito após o período mencionado) e multas vencidas pendentes”.

Nº. 318: “É admissível, por força das Leis Estaduais nº. 3.756/2002 e nº. 4.291/2004, a apreensão de veículo utilizado em transporte irregular”.

Nº 223: “Comprovada a anterior expedição da carteira nacional de habilitação, é cabível a antecipação da tutela para permitir a deflagração do processo administrativo de renovação”.

3.12-Taxas e tarifas:

Nº 269: “Não incide taxa judiciária específica no cumprimento de sentença, sem prejuízo no disposto no artigo 135, do Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro”.

Nº 237: “Nos termos dos artigos 3º, 8º, I e 61, da Lei 3.273/2001, do Município do Rio de Janeiro, desde que comprovado que o respectivo gerador assumiu o encargo dos serviços de manuseio, coleta, transporte, valorização, tratamento e disposição final de lixo extraordinário, não tem incidência a TCDL”.

Nº 123: “Indevidas, com efeitos EX TUNC, as cobranças do IPTU progressivo e de taxa de coleta de lixo e limpeza pública, antes da vigência dos diplomas legais que se adequaram ao sistema constitucional em vigor, podendo ser alegado inclusive em exceção de Pré-executividade”.

Nº 76: “A taxa judiciária é devida por todas as autarquias federais e municipais ao Fundo Especial do Tribunal de Justiça, excluídas as estaduais por força da isenção prevista no artigo 115 e parágrafo único do Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro, competindo-lhes antecipar o pagamento do tributo se agirem na condição de parte autora e, ao final, caso sucumbentes”. **VERBETE SUMULAR REVISADO. Redação anterior:** “A taxa judiciária é devida por todas as autarquias, notadamente o INSS, ao Fundo Especial do Tribunal de Justiça, competindo-lhes antecipar o pagamento do tributo se agirem na condição de parte autora e, ao final caso sucumbentes”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

4-Temas recorrentes na jurisdição orfanológica

4.1-Declaração de bens inventariáveis:

4.2-Incidência tributária no inventário:

Nº 297: “O beneficiário da gratuidade de justiça não tem direito à isenção do imposto de transmissão causa mortis ou doação, sem que se preencham os demais requisitos da lei específica”.

Nº 9: “É devido o imposto de transmissão "causa mortis", quando o quinhão hereditário for menor do que o limite fixado no art. 75, nº. XI, do Dec. Lei nº. 5, de 15 de março de 1975, se o seu fato gerador ocorreu antes, mesmo em face do art. 21 do Dec. nº. 27/1975 (revogado pelo Dec. nº. 910, de 27 de setembro de 1976) e durante a sua vigência”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

4.3-Limites da competência do juízo:

Nº. 370: “Compete ao juízo de família o julgamento de demanda que verse sobre o reconhecimento e dissolução da união estável, *post mortem*, dirimindo a questão atinente à divisão de bens”.

Nº 31: “Competem às Varas Cíveis Regionais de Santa Cruz e Ilha do Governador o processo e julgamento da matéria orfanológica prevista no artigo 108 do Código de Organização Judiciária do Estado”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

4.4-Nomeação e remoção de inventariante:

Nº 296: “No procedimento de inventário, a inércia do inventariante não enseja a extinção do processo, mas a sua substituição, salvo na hipótese da sucessão poder ser realizada na seara extrajudicial”.

4.5-Leituras sugestivas:

5-Temas recorrentes na jurisdição sobre relações contratuais privadas

5.1-Alienação fiduciária e arrendamento mercantil:

Nº. 334*: "Na hipótese da Lei nº 9514/97, a concessão de liminar de reintegração de posse em favor do credor fiduciário, seus sucessores ou adquirentes independe do tempo da posse do fiduciante".

Nº. 324: "As multas por infrações cometidas por adquirente de veículo devidamente identificado, ainda que não efetivada a comunicação, não podem ser imputadas ao alienante".

Nº 298: "É de 5 (cinco) anos o prazo de prescrição da Ação de Busca e Apreensão fundada em contrato de alienação fiduciária em garantia, aplicando-se no caso o disposto no art. 206, § 5º, I, do CCB". (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

Nº 283*: "A comprovação da mora é condição específica da ação de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente".

Nº 282*: "O pedido de busca e apreensão fundado no Decreto-Lei nº 911/69 independe do registro do contrato em Cartório de Títulos e Documentos". **VERBETE SUMULAR SUSPENSO ATÉ PROVIMENTO JURISDICIONAL DO STF A RESPEITO (ÓRGÃO ESPECIAL Nº 0032046-57.2011.8.19.0000). JULGAMENTO EM 21/01/2013.**

Nº 277: "No contrato de arrendamento mercantil, a mora é comprovada através da notificação realizada pelo Cartório de Títulos e Documentos". **VERBETE SUMULAR CANCELADO.**

Nº 153: "Nos contratos de alienação fiduciária em garantia, a teor do art. 2º, § 2º, do DL nº 911/69, a notificação extrajudicial do devedor será realizada por Ofício de Títulos e Documentos do seu domicílio, em consonância com o Princípio da Territorialidade". **VERBETE SUMULAR CANCELADO.**

Nº 103: "Nas ações fundadas em contratos de arrendamento mercantil, basta a carta dirigida ao devedor, com aviso de recebimento, entregue no endereço constante do contrato, para comprovar a mora e justificar a concessão de liminar".

Nº 67: "A cobrança antecipada do valor residual (VRG) pelo arrendador, não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil (LEASING), podendo, para a solução do litígio, ser utilizada tanto a ação reintegratória específica com possível liminar, como a ação ordinária, com eventual antecipação de tutela, se preenchidos os requisitos da tutela provisória". **VERBETE SUMULAR REVISADO. Redação anterior:** "A cobrança antecipada do valor residual (VRG) pelo arrendador, não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil (LEASING), podendo, para a solução do litígio, ser utilizada tanto a ação reintegratória específica com

possível liminar, como a ação ordinária, com eventual antecipação de tutela, se preenchidos os requisitos do art. 273, I e II do Código de Processo Civil". (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

Nº 55*: "Na ação de busca e apreensão, fundada em alienação fiduciária, basta a carta dirigida ao devedor com aviso de recebimento entregue no endereço constante do contrato, para comprovar a mora, e justificar a concessão de liminar".

5.2-Empréstimos e financiamentos:

Nº. 358: "No caso de pagamento antecipado das parcelas vincendas, constitui direito do consumidor a dedução do valor devido referente aos juros incorporados às prestações mensais".

Nº. 356: "É incabível a cobrança de despesas atinentes à emissão de carnê e de abertura de crédito em contratos bancários, celebrados a partir de 30/04/2008".

Nº. 351: "O pagamento de despesas com decoração das áreas comuns, em incorporações imobiliárias, é de responsabilidade do incorporador, vedada sua transferência ao adquirente".

Nº. 350: "Nos contratos de promessa de compra e venda decorrentes de incorporação imobiliária, é válida a cláusula de tolerância de prorrogação de 180 dias para a entrega do imóvel, pactuada expressamente pelas partes".

Nº. 336*: "As taxas de deslocamento ou interveniência sobre o repasse do financiamento são de responsabilidade do incorporador e construtor, vedada a sua transferência ao adquirente, mesmo que prevista contratualmente".

Nº. 335*: "Revela-se abusiva a prática de se estipular penalidade exclusivamente ao consumidor, para as hipóteses de mora ou de inadimplemento contratual, sem igual imposição ao fornecedor em situações de análogo descumprimento da avença".

Nº 301: "A previsão de parcelas prefixadas não afasta a possibilidade de cobrança de juros remuneratórios capitalizados nos contratos de mútuo, devendo eventual abusividade ser demonstrada à luz da prova pericial e do direito do consumidor à informação clara e adequada sobre as cláusulas contratuais". (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*).
VERBETE SUMULAR CANCELADO.

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".

Nº 288: "Não se presume juridicamente necessitado o demandante que deduz pretensão revisional de cláusulas de contrato de financiamento de veículo, cuja parcela mensal seja incompatível com a condição de hipossuficiente".

Nº 205: “A limitação judicial de descontos decorrentes de mútuo bancário realizados por instituição financeira em conta-corrente, no índice de 30%, não enseja ao correntista o direito à devolução do que lhe foi antes cobrado acima do percentual, nem a conduta configura dano moral”.

Nº 204: “A inscrição em cadastro restritivo de crédito de devedor solidário de conta bancária conjunta, por dívida contraída isoladamente pelo outro correntista, configura dano moral”.

Nº 203*: “Nos contratos de empréstimo bancário e de utilização de cartão de crédito é inaplicável a taxa SELIC como percentual de juros remuneratórios”.

Nº 202: “Nas obrigações periódicas inadimplidas, as instituições financeiras não estão vinculadas à taxa de juros fixada na lei de usura, vedada, no entanto, a prática da capitalização mensal”. **VERBETE SUMULAR CANCELADO.**

Nº 201*: “Em obrigações periódicas não se configura o anatocismo, se o pagamento da parcela anterior abranger a totalidade dos juros”.

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 77*: “A cláusula-mandato inserida nos contratos de emissão de cartão de crédito é válida e não viola o dever de informar do fornecedor”.

Nº 49: “Não constituem títulos executivos extrajudiciais os contratos bancários de abertura de crédito ou de crédito rotativo. (Súmula 233 do STJ) ”.

5.3-Locações:

Nº. 376: “Desnecessária a caução para a execução provisória de sentença de despejo por falta de pagamento dos alugueres”.

Nº. 365: “A validade da locação prescinde da propriedade do bem pelo locador, bastando que ele garanta o exercício da posse direta, desembaraçada, pelo locatário, salvo com relação à comprovação para legitimidade da propositura da ação de despejo, quando deverão ser observadas as exceções legais”.

Nº. 333*: "Nas demandas em que se discute atraso na entrega das chaves, não configura "bis in idem" a condenação de multa contratual cumulada com indenização por danos morais, verbas de origem e natureza jurídicas distintas".

Nº 134*: "Nos contratos de locação responde o fiador pelas obrigações futuras após a prorrogação do contrato por prazo indeterminado se assim o anuiu expressamente e não se exonerou na forma da lei". (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

Nº 63*: "Cabe a incidência de penhora sobre imóvel único do fiador de contrato de locação, Lei nº. 8009/90 (art. 3º, VII) e Lei nº. 8245/91".

Nº 62: "Cabível, em face do locatário e do fiador, a cumulação do pedido de despejo por falta de pagamento com a cobrança dos aluguéis e encargos, na forma especial prevista na lei de locações, atendendo ao princípio da economia processual".

Nº 61*: "É válida, e não abusiva, a cláusula inserida em contrato de locação de imóvel urbano, que comina multa até o limite máximo de 10% sobre o débito locativo, não se aplicando a redução para 2%, prevista na Lei nº. 8078/90 (CPDC)".

Nº 8: "A cláusula genérica de obrigar herdeiros e sucessores, não basta para a oponibilidade prevista no art. 1.197 do Código Civil". (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

Nº 2: "É admissível a purgação de mora em locações regidas pelo Decreto nº. 24.150, de 20 de abril de 1934". (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

5.4-Seguros:

Nº. 375: "Em atenção ao Princípio da Fungibilidade, a denúncia da lide da seguradora poderá ser convolada em chamamento ao processo".

Nº 234: "Não exclui a indenização securitária a informação errônea prestada pelo segurado que não importe em agravamento do risco".

Nº 233: "O percentual da perda, apurado mediante prova idônea, determinará o grau de invalidez permanente do segurado e o valor da indenização prevista na Lei nº 6194/74".

Nº 232: "É incabível a cobrança judicial da cobertura do seguro DPVAT no prazo legal de regulação do sinistro".

Nº 220: "Documento expedido pelo Sistema Megadata Computações não comprova o pagamento do seguro DPVAT".

Nº 219: “Nas ações fundadas em cobrança de seguro obrigatório, ocorrida liquidação extrajudicial ou falência da seguradora acionada, responde pelo pagamento a Seguradora Líder, que o representa, cuja integração no pólo passivo se admite, ainda que em fase de cumprimento de sentença”.

Nº 213: “Os contratos de seguro de vida, ininterruptos e de longa duração, configuram-se como cativos, renovando-se automaticamente, sem reajuste do valor do prêmio em razão de idade e sem modificação do capital segurado ressalvada a atualização monetária”.

Nº 212: “A rescisão do contrato de seguro, por mora do segurado, depende de prévia notificação, permitida a dedução do prêmio não pago do montante indenizatório”.

Nº 163: “O valor da causa na denúncia da lide, fundada em contrato de seguro, corresponde à extensão do exercício do direito de regresso, não podendo, em qualquer hipótese, exceder o valor da apólice”.

Nº 143: “Nas Ações de Cobrança de Seguro Obrigatório – DPVAT, envolvendo questão de ordem pública, o Juiz pode, de ofício, declinar da competência, aplicando-se a regra do art. 100, parágrafo único, do CPC e o espírito do CDC”. *Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*

Nº 88: “A indenização securitária prevista na Lei nº. 6.194, de 19 de dezembro de 1974, é mero parâmetro e não contrasta com o disposto no art. 7º, IV da Constituição Federal, desde que a condenação seja estabelecida pela sentença em moeda corrente”.

Nº 87: “A mera recusa ao pagamento de indenização decorrente de seguro obrigatório não configura dano moral”.

Nº 86: “A quitação passada pelo beneficiário da indenização, prevista na Lei nº. 8441, de 13.07.02, cujo caráter social autoriza sua aplicação a fatos a ela anteriores, somente alcança os valores recebidos”.

5.5-Planos e Seguro Saúde:

Nº. 357: “É nula cláusula inserida em contrato de plano ou de seguro-saúde, que limita o tempo de cobertura de internação, inclusive para tratamento psiquiátrico ou dependência química”.

Nº. 354: “No caso de aposentadoria do segurado, é abusivo o cancelamento ou suspensão do plano de saúde custeado integralmente pela empresa estipulante, na qual laborava o beneficiário”.

Nº. 353: “Constitui cláusula abusiva a que recusa cobertura de procedimento cirúrgico complexo relacionado à doença e à lesão preexistente, se delas o beneficiário não tinha conhecimento ou não foi submetido a prévio exame médico”.

Nº. 352: “É abusiva a cláusula contratual que exclui internação domiciliar e sua recusa configura dano moral”.

Nº. 341*: “É abusiva a recusa pelo plano de saúde, ressalvadas hipóteses de procedimentos eminentemente estéticos, ao fornecimento de próteses penianas e mamárias imprescindíveis ao efetivo sucesso do tratamento médico coberto”.

Nº. 340*: “Ainda que admitida a possibilidade de o contrato de plano de saúde conter cláusulas limitativas dos direitos do consumidor, revela-se abusiva a que exclui o custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento da doença coberta pelo plano”.

Nº. 339: “A recusa indevida ou injustificada, pela operadora de plano de saúde, de autorizar a cobertura financeira de tratamento médico enseja reparação a título de dano moral”.

Nº. 338*: “É abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento domiciliar quando essencial para garantir a saúde e a vida do segurado”.

Nº. 337*: “A recusa indevida, pela operadora de planos de saúde, de internação em estado de emergência/urgência gera dano moral *in re ipsa*”.

Nº 293*: “A operadora de plano de saúde responde solidariamente em razão de dano causado por profissional por ela credenciado”.

Nº 286*: “A formação de conglomerado econômico, através de cooperativas prestadoras de serviço de seguro saúde, não exclui a solidariedade entre as pessoas jurídicas cooperativadas pelo atendimento ao consumidor titular do contrato de plano de saúde”.

Nº 258*: “A cirurgia plástica, para retirada do excesso de tecido epitelial, posterior ao procedimento bariátrico, constitui etapa do tratamento da obesidade mórbida e tem caráter reparador”.

Nº 214: “A vedação do reajuste de seguro saúde, em razão de alteração de faixa etária, aplica-se aos contratos anteriores ao Estatuto do Idoso”.

Nº 211: “Havendo divergência entre o seguro saúde contratado e o profissional responsável pelo procedimento cirúrgico, quanto à técnica e ao material a serem empregados, a escolha cabe ao médico incumbido de sua realização”.

Nº 210*: “Para o deferimento da antecipação da tutela contra seguro saúde, com vistas a autorizar internação, procedimento cirúrgico ou tratamento, permitidos pelo contrato, basta indicação médica, por escrito, de sua necessidade”.

Nº 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”.

Nº 112: “É nula, por abusiva, a cláusula que exclui de cobertura a órtese que integre, necessariamente, cirurgia ou procedimento coberto por plano ou seguro de saúde, tais como “stent” e marcapasso”.

5.6-Responsabilidade civil:

Nº. 383: “A aquisição de gênero alimentício impróprio para consumo não importa, por si só, dano moral”.

Nº. 374: “O abuso do direito de demandar gera o direito à indenização”.

Nº. 373: “Para a configuração da responsabilidade por danos morais à pessoa jurídica é imprescindível que a conduta do agente viole sua honra objetiva”.

Nº. 355: “O descumprimento do contrato de transporte em virtude de excesso de reservas configura dano moral *in re ipsa*”.

Nº. 352: “É abusiva a cláusula contratual que exclui internação domiciliar e sua recusa configura dano moral”.

Nº. 349: “O fato causado por terceiro, estranho ao contrato de transporte de passageiros, constitui excludente de responsabilidade da empresa transportadora”.

Nº. 348: “Descumprido o prazo para entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda, é cabível, além da indenização correspondente à cláusula penal de natureza moratória, o pagamento de indenização por lucros cessantes”.

Nº. 343*: “A verba indenizatória do dano moral somente será modificada se não atendidos pela sentença os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na fixação do valor da condenação”.

Nº. 339*: “A recusa indevida ou injustificada, pela operadora de plano de saúde, de autorizar a cobertura financeira de tratamento médico enseja reparação a título de dano moral”.

Nº. 337: “A recusa indevida, pela operadora de planos de saúde, de internação em estado de emergência/urgência gera dano moral *in re ipsa*”.

Nº. 333: “Nas demandas em que se discute atraso na entrega das chaves, não configura “bis in idem” a condenação de multa contratual cumulada com indenização por danos morais, verbas de origem e natureza jurídicas distintas”.

Nº. 323: “Não cabe a condenação do DETRAN à indenização de danos morais quando os transtornos sofridos pelo autor decorrerem do descumprimento do disposto no artigo 134 do Código de Trânsito Brasileiro por parte do próprio demandante”.

Nº 294*: “É indevido e enseja dano moral inscrever em cadastro restritivo de crédito o não pagamento de tarifa bancária incidente sobre conta inativa”.

Nº 285*: “Qualquer interrupção de prestação de serviço essencial decorrente de ligação clandestina não configura dano moral”.

Nº 280*: “O simples disparo do alarme antifurto em estabelecimentos comerciais, só por si, não caracteriza lesão extrapatrimonial, ressalvados os episódios de desnecessária e inconveniente exposição ou grosseira abordagem da pessoa, a serem aferidos caso a caso”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

Nº 274: “A competência para conhecer e julgar pedido indenizatório de dano moral decorrente de casamento, união estável ou filiação é do juízo de família”.

Nº 240*: “Inadmissível a denúncia da lide fundada na imputação de responsabilidade a terceiro pelo evento danoso”.

Nº 230: “Cobrança feita através de missivas, desacompanhada de inscrição em cadastro restritivo de crédito, não configura dano moral, nem rende ensejo à devolução em dobro”.

Nº 228: “O simples aviso encaminhado por órgão restritivo de crédito, desacompanhado de posterior inscrição, não configura dano moral”.

Nº 217*: “Na ação fundada em responsabilidade civil, o décimo terceiro salário e as férias não integram a base de cálculo da indenização, se a vítima não possuía vínculo empregatício antes do evento danoso”.

Nº 216*: “A tenra idade, a doença mental e outros estados limitadores da consciência de agressão não excluem a incidência do dano moral”.

Nº 215*: “A falta de prova da renda auferida pela vítima antes do evento danoso não impede o reconhecimento do direito a pensionamento, adotando-se como parâmetro um salário mínimo mensal”.

Nº 207*: “A pretensão indenizatória decorrente de dano moral, deduzida com base em relação de consumo, ainda que fundada no vício do serviço, se sujeita ao prazo de prescrição quinquenal”.

Nº 206*: “A pretensão fundada em responsabilidade civil, decorrente de contrato de transporte de pessoas, prescreve em cinco anos”.

Nº 205*: “A limitação judicial de descontos decorrentes de mútuo bancário realizados por instituição financeira em conta-corrente, no índice de 30%, não enseja ao correntista o direito à devolução do que lhe foi antes cobrado acima do percentual, nem a conduta configura dano moral”.

Nº 204*: “A inscrição em cadastro restritivo de crédito de devedor solidário de conta bancária conjunta, por dívida contraída isoladamente pelo outro correntista, configura dano moral”.

Nº 199*: “Não configura dano moral o simples aviso, ainda que sem amparo legal, de interrupção de serviço essencial, salvo em caso de comprovada repercussão externa”.

Nº 193: “Breve interrupção na prestação dos serviços essenciais de água, energia elétrica, telefone e gás por deficiência operacional não constitui dano moral”.

Nº 192: “A indevida interrupção na prestação de serviços essenciais de água, energia elétrica, telefone e gás configura dano moral”.

Nº 174*: “Caracteriza dano moral a indevida apropriação pelo advogado de valores pertencentes ao mandante”.

Nº 160: “Na prestação alimentícia decorrente de responsabilidade civil, a constituição de capital configura medida preferencial em relação às empresas de direito privado, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista”.

Nº 149: “Nas ações indenizatórias decorrentes da contratação do “Cartão Megabônus”, os danos morais não podem ser considerados *in re ipsa*, cumprindo ao consumidor demonstrar a ofensa à honra, vergonha ou humilhação, decorrentes da frustração da expectativa de sua utilização como cartão de crédito”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

Nº 128*: “Imputação ofensiva, coletiva, não configura dano moral”.

Nº 105: “A indenização por dano moral, fixada em valor inferior ao requerido, não implica, necessariamente, em sucumbência recíproca”. **VERBETE SUMULAR CANCELADO**

Nº 97*: “A correção monetária da verba indenizatória de dano moral, sempre arbitrada em moeda corrente, somente deve fluir do julgado que a fixar”.

Nº 96: “As verbas relativas às indenizações por dano moral e dano estético são acumuláveis”.

Nº 94: “Cuidando-se de fortuito interno, o fato de terceiro não exclui o dever do fornecedor de indenizar”.

Nº 89*: “A inscrição indevida de nome do consumidor em cadastro restritivo de crédito configura dano moral, devendo a verba indenizatória ser fixada de acordo com as

especificidades do caso concreto, observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade”. **VERBETE SUMULAR REVISADO. Redação anterior:** “Razoável, em princípio, a fixação de verba compensatória no patamar de até 40 (quarenta) salários mínimos, em moeda corrente, fundada exclusivamente na indevida negativação do nome do consumidor em cadastro restritivo de crédito”.

Nº 87: “A mera recusa ao pagamento de indenização decorrente de seguro obrigatório não configura dano moral”.

Nº 75*: “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”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*) **VERBETE SUMULAR CANCELADO**

Nº 57: “Não se admite a indenização tarifada, prevista na Lei de Imprensa, dispensando-se o depósito do valor da condenação como requisito para interpor a apelação”. **VERBETE SUMULAR CANCELADO.**

Nº 45*: “É devida indenização por dano moral sofrido pelo passageiro, em decorrência do extravio de bagagem, nos casos de transporte aéreo”.

Nº 44: “Não se aplica o prazo decadencial previsto na Lei de Imprensa, quando se tratar de dano moral e a pretensão indenizatória estiver fundada na Constituição Federal”. **VERBETE SUMULAR CANCELADO.**

5.7-Condôminio:

Nº. 372: “Nas dívidas relativas a cotas condominiais deliberadas em assembleia, incide o condômino em mora a partir de seu vencimento, independente da utilização de meios de cobrança”.

Nº. 346: “A despesa pelo serviço de transporte coletivo prestado a condomínio pode ser objeto de rateio obrigatório entre os condôminos, desde que aprovado em assembleia, na forma da convenção”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

Nº 79: “Em respeito ao princípio que veda o enriquecimento sem causa, as associações de moradores podem exigir dos não associados, em igualdade de condições com os associados, que concorram para o custeio dos serviços por elas efetivamente prestados e que sejam do interesse comum dos moradores da localidade”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*) **VERBETE SUMULAR CANCELADO.**

Nº 36: “O desconto por pagamento antecipado da cota condominial embute multa, que não admite aplicação de outra, e, muito menos, de percentual acima de 20% como previsto na Lei

4.591/64". (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*) VERBETE SUMULAR CANCELADO.

5.8-CDC:

Nº 208*: "Admissível chamamento ao processo da seguradora pelo fornecedor nas ações fundadas em relação de consumo".

Nº 98: "Na ação de rescisão de negócio jurídico, por culpa do vendedor, cumulada com restituição de parcelas pagas, descabe o abatimento de valores referentes à taxa de administração do empreendimento frustrado, mesmo que destinadas ao pagamento de comissões, intermediações e outras despesas de comercialização, devendo a devolução efetivada ao comprador ser plena, de modo a assegurar-lhe o exato recebimento de tudo o que despendeu".

Nº 93: "A comunicação a que se refere o artigo 43, parágrafo 2º, do Código de Defesa do Consumidor, independe de maior formalidade e prescinde de comprovação por aviso de recebimento, bastando prova da postagem ao consumidor no endereço constante do contrato".

Nº 92: "Inadmissível, em qualquer hipótese, a denúncia da lide nas ações que versem relação de consumo".

Nº 91: "A inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença".

Nº 90: "A inscrição de consumidor inadimplente em cadastro restritivo de crédito configura exercício regular de direito".

6.Temas recorrentes na jurisdição empresarial:

6.1 Alcance do regime especial:

Nº. 368: "A execução fiscal pode ser redirecionada aos sócios-gerentes e diretores de pessoa jurídica executada falida na hipótese de se comprovar que houve dissolução irregular em data anterior à da decretação da falência".

Nº. 367: "O deferimento de recuperação judicial não suspende as execuções fiscais em curso contra a sociedade em recuperação, ficando os atos que importem em constrição ou alienação do patrimônio da recuperanda submetidos ao juízo universal".

Nº 276: "O crédito tributário prefere ao condominial e este ao hipotecário".

Nº 140: "A competência para apreciar matéria relativa a Contratos de Participação Financeira em Investimento de Serviço Telefônico é dos Juízos das Varas Empresariais, segundo o disposto no artigo 91 do CODJERJ combinado com o artigo 101 do mesmo diploma legal". (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

Nº100: “A penhora de receita auferida por estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, desde que fixada em percentual que não comprometa a respectiva atividade empresarial, não ofende o princípio da execução menos gravosa, nada impedindo que a nomeação do depositário recaia sobre o representante legal do devedor”.

Nº 54: “Submete-se às regras processuais em geral a sociedade de economia mista, por ser pessoa de direito privado e não possuir Juízo privativo”.

Nº 25: “Com a Lei nº. 7.274, de 1984, a correção monetária passou a incidir nas concordatas preventivas, a partir do 31º dia do ingresso em juízo, tanto nas concordatas a prazo, quanto nas à vista, suspensa apenas nos termos do Decreto-Lei nº. 2.283, de 1986”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

Nº 21: “É passível de restituição, na falência, a contribuição previdenciária arrecadada dos empregados, da qual é depositário o falido, não tendo dela disponibilidade”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

6.2-Construção de bens de empresas em Recuperação Judicial (execuções cíveis e fiscais)

6.3-Requerimento da falência.

6.4-Ação trabalhista. Frustrada a execução contra a empresa.

6.5-Direito marítimo. Contrato de prestação de serviços marítimos.

7-Temas recorrentes na aplicação do CPC de 2015

Nº. 375: “Em atenção ao Princípio da Fungibilidade, a denunciação da lide da seguradora poderá ser convolada em chamamento ao processo”.

Nº. 364: “Para perícias contábeis de menor complexidade, relativas à operação de mútuo bancário, arrendamento mercantil ou cartão de crédito, atendem aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade os honorários fixados em quantia equivalente a até 3,5 (três e meio) salários mínimos vigentes na data do arbitramento”.

Nº. 363: “Para perícias que apuram erro médico, atendem aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade os honorários fixados em quantia equivalente a até 5 (cinco) salários mínimos vigentes na data do arbitramento, ressalvados os casos de especialização incomum”.

Nº. 362: “Para perícias grafotécnicas, atendem aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade os honorários fixados em quantia equivalente a até 4 (quatro) salários mínimos vigentes na data do arbitramento, ressalvadas as despesas com o custo da diligência”.

Nº 361: “Ressalvadas as demandas acidentárias, para perícias médicas de menor complexidade que apuram extensão das lesões da vítima, atendem aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade os honorários fixados em quantia equivalente a até 3,5 (três e meio) salários mínimos vigentes na data do arbitramento”.

Nº 360: “Para perícias de engenharia de menor complexidade, relativas a fornecimento de energia elétrica, água e esgotamento ou serviço de telefonia, atendem aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade os honorários fixados em quantia equivalente a até 4 (quatro) salários mínimos vigentes na data do arbitramento”.

Nº 281: “A cláusula geral pode ser aplicada de ofício pelo magistrado, ouvidas as partes, na forma do art. 10 do CPC/2015”. **VERBETE SUMULAR REVISADO. Redação anterior:** “A cláusula geral pode ser aplicada de ofício pelo magistrado”.

Nº 270: “O prazo do art. 523, do CPC, conta-se da ciência do advogado do executado acerca do demonstrativo discriminado e atualizado do crédito, apresentado pelo credor em execução definitiva”. **VERBETE SUMULAR REVISADO. Redação anterior:** “O prazo do art. 475-J, do CPC, conta-se da ciência do advogado do executado acerca da memória discriminada do cálculo exequendo, apresentada pelo credor em execução definitiva”.

Nº 247: “A multa do artigo 1021 § 4º, do CPC, não exclui a sanção por litigância de má-fé”. **VERBETE SUMULAR REVISADO. Redação anterior:** “A multa do art. 557, § 2º, do CPC, não exclui a sanção por litigância de má-fé”.

Nº 238: “Consideram-se protelatórios embargos de declaração opostos sem o recolhimento da multa prevista no art. 1021, § 4º, do CPC”. **VERBETE SUMULAR REVISADO. Redação anterior:** “Consideram-se protelatórios embargos de declaração opostos sem o recolhimento da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC”.

Nº 166: “A intimação pessoal, de que trata o art. 485, § 1º, do CPC, pode ser realizada sob a forma postal”. **VERBETE SUMULAR REVISADO. Redação anterior:** “A intimação pessoal, de que trata o art. 267, § 1º, do CPC, pode ser realizada sob a forma postal”.

Nº 165: “A pena de litigância de má-fé pode ser decretada, de ofício, nas decisões monocráticas proferidas com base no art. 932, III e IV, do CPC, observado o disposto nos seus arts. 9º e 10º”. **VERBETE SUMULAR REVISADO. Redação Anterior:** “A pena de litigância de má-fé pode ser decretada, de ofício, nas decisões monocráticas proferidas com base no art. 557, caput, do CPC”.

Nº 161: “Questões atinentes a juros legais, correção monetária, prestações vincendas e condenação nas despesas processuais constituem matérias apreciáveis de ofício pelo Tribunal, ouvidas as partes, na forma do art. 10, do CPC/2015”. **VERBETE SUMULAR REVISADO. Redação anterior:** “Questões atinentes a juros legais, correção monetária, prestações vincendas

e condenação nas despesas processuais constituem matérias apreciáveis de ofício pelo Tribunal”.

Nº 41: “Quando vencido, o beneficiário da Justiça gratuita deve ser condenado nos encargos sucumbenciais, na forma do art. 98, §2º. do CPC de 2015”. **VERBETE SUMULAR REVISADO.**
Redação anterior: “Quando vencido, o beneficiário da Justiça gratuita deve ser condenado nos encargos sucumbenciais, conforme dispõe a Lei nº. 1.060/50”.

8-CPC 1973

8.1-Gratuidade de Justiça:

Nº 297: “O beneficiário da gratuidade de justiça não tem direito à isenção do imposto de transmissão causa mortis ou doação, sem que se preencham os demais requisitos da lei específica”.

Nº 288*: “Não se presume juridicamente necessitado o demandante que deduz pretensão revisional de cláusulas de contrato de financiamento de veículo, cuja parcela mensal seja incompatível com a condição de hipossuficiente”.

Nº 190*: “A gratuidade de justiça concedida à parte não se estende ao patrono quando seu recurso envolver exclusivamente a fixação ou majoração dos honorários advocatícios de sucumbência”.

Nº 121: “A gratuidade de justiça a pessoa jurídica não filantrópica somente será deferida em casos excepcionais, diante da comprovada impossibilidade do pagamento das despesas processuais”.

Nº 108: “A gratuidade de justiça abrange o depósito na ação rescisória”.

Nº 107: “Ainda que não conste da sentença, é automática a aplicação do artigo 12, da Lei nº. 1.060/50, quando vencido beneficiário da gratuidade de justiça”.

Nº101: “A gratuidade de justiça não abrange o valor devido em condenação por litigância de má-fé”.

Nº 74: “A condenação nas custas, mesmo para o réu considerado juridicamente pobre, deriva da sucumbência, e, portanto, competente para sua cobrança, ou não, é o Juízo da Execução”.
(Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973)

Nº 43*: “Cabe a revogação, de ofício e a qualquer tempo, do benefício da gratuidade de justiça, desde que fundamentada”.

Nº 42*: “O benefício da gratuidade de justiça, concedido no curso do processo, em ambos os graus de jurisdição, alcança os atos subsequentes, se comprovadas as condições supervenientes e sem depender de impugnação”.

Nº 41: “Quando vencido, o beneficiário da Justiça gratuita deve ser condenado nos encargos sucumbenciais, na forma do art. 98, §2º. do CPC de 2015”. **VERBETE SUMULAR REVISADO.**
Redação anterior: “Quando vencido, o beneficiário da Justiça gratuita deve ser condenado nos encargos sucumbenciais, conforme dispõe a Lei nº. 1.060/50”.

Nº 40*: “Não é obrigatória a atuação da Defensoria Pública em favor do beneficiário da gratuidade de Justiça, facultada a escolha de advogado particular para representá-lo em Juízo, sem a obrigação de firmar declaração de que não cobra honorários”.

Nº 39*: “É facultado ao Juiz exigir que a parte comprove a insuficiência de recursos, para obter concessão do benefício da gratuidade de Justiça (art. 5º, inciso LXXIV, da CF), visto que a afirmação de pobreza goza apenas de presunção relativa de veracidade”.

8.2-Recursos:

Nº 249: “O recurso interposto contra sentença que modifica alimentos é recebido, em regra, sem efeito suspensivo”.

Nº 245: “Incabível agravo regimental contra as decisões de que trata o artigo 527, incisos II e III do Código de Processo Civil”. **VERBETE SUMULAR CANCELADO.**

Nº 239: “Ao relator que prolate decisão monocrática compete julgar os embargos declaratórios que lhe são opostos”.

Nº 173*: “São protelatórios os embargos de declaração sem a prévia discussão das partes sobre a questão federal ou constitucional omitida na decisão embargada, salvo se contida no aresto impugnado ou configurar matéria de ordem pública”.

Nº 172*: “A contradição, para ensejar a interposição de embargos de declaração, deve estar contida no próprio conteúdo da decisão embargada”.

Nº 171: “Os embargos de declaração podem ser interpostos contra decisões interlocutórias do juiz e monocráticas do relator”. **VERBETE SUMULAR CANCELADO.**

Nº 170*: “Configura intuito protelatório a reedição, nos embargos de declaração, das teses aduzidas ao longo do processo que constituam objeto de outro recurso, sem caracterizar ponto de omissão, obscuridade ou contradição da decisão embargada”.

Nº 169*: “Deve o embargante, sob pena de multa, indicar, precisamente, os pontos omissos e as normas constitucionais ou legais alegadamente violadas, adequando-as à hipótese dos autos”.

Nº 167*: “Tem natureza protelatória a reiteração de recursos, sem novos fundamentos, contra decisão baseada em jurisprudência pacificada”.

Nº 109: “Os embargos do devedor não transformam em provisória a execução definitiva”.

Nº 104: “O agravo de instrumento, sob pena de não conhecimento, deve ser instruído, no ato de sua interposição, não só com os documentos obrigatórios, mas também com os necessários à compreensão da controvérsia, salvo justo impedimento”.

Nº 102: “Descabe a impetração de mandado de segurança, perante o Órgão Especial, contra as decisões das Câmaras isoladas, nos casos em que a lei prevê recursos para os Tribunais Superiores”.

Nº 53: “O art. 557, do Código de Processo Civil abrange, não só julgamento dos recursos arrolados no art. 496, como a reexame necessário previsto no art. 475, do mesmo diploma legal. (Súmula 253 do S.T.F.)”.

Nº 52: “Inexiste omissão a sanar através de embargos declaratórios, quando a decisão deixar de enfrentar argumentos que não são capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. **VERBETE SUMULAR REVISADO (Acórdão publicado em 14/07/2017). Redação anterior:** “Inexiste omissão a sanar através de embargos declaratórios, quando o acórdão não enfrentou todas as questões argüidas pelas partes, desde que uma delas tenha sido suficiente para o julgamento do recurso”.

Nº 51: “Não constitui garantia hábil, para interposição de embargos de devedor, o oferecimento de títulos da dívida pública antigos, de difícil liquidez”.

Nº 48*: “Os embargos de declaração, quando intempestivos, não interrompem o prazo para a interposição de recursos”.

Nº 46: “Não se suspende, com o pedido de reconsideração, o prazo para interposição de qualquer recurso”.

8.3-Comunicação dos atos processuais:

Nº 347: “A penhora do imóvel, nas ações de cobrança de cotas condominiais requer a citação daquele em nome de quem o bem está registrado”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

Nº 292*: “Para a citação por edital não se exige a expedição de ofícios, mas apenas a certidão negativa no endereço declinado na petição inicial e constantemente nos documentos existentes nos autos e, ainda, a pesquisa nos sistemas informatizados do TJRJ”.

Nº 290*: “Não se tratando de falta de recolhimento de despesas processuais iniciais, mas de seu complemento, é obrigatória a intimação pessoal do autor para o pagamento da diferença”.

Nº 278*: “É ineficaz a comunicação feita nos autos, por advogado, acerca da renúncia do mandato, antes da efetiva notificação do mandante”.

Nº 132: “A intimação da parte para fins de extinção do processo na hipótese do art. 267, parágrafo 1º do Código de Processo Civil, poderá ser determinada de ofício pelo juiz”.

Nº 118: “A citação postal comprovadamente entregue à pessoa física, bem assim na sede ou filial da pessoa jurídica, faz presumir o conhecimento e a validade do ato”.

8.4-Assuntos diversos:

Nº 345*: “São devidas, no incidente de impugnação ao cumprimento de sentença, custas judiciais e taxa judiciária complementares aos valores a esse título recolhidos na fase de cognição, incidindo sobre o valor da condenação e cobrando-se da parte sucumbente”. *(Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973)*

Nº 332*: “No caso de endosso translativo, endossante e endossatário respondem solidariamente pelo protesto indevido de título de crédito com vício formal anterior à transmissão”. **VERBETE SUMULAR REVISADO. Redação anterior:** “No caso de endosso, endossante e endossatário respondem solidariamente pelo protesto indevido de título de crédito com vício formal anterior à transmissão”.

Nº 331*: “Nas ações de repetição de indébito de natureza consumerista, a correção monetária e os juros moratórios contam-se a partir da data do desembolso”.

Nº 330*: “Os princípios facilitadores da defesa do consumidor em juízo, notadamente o da inversão do ônus da prova, não exoneram o autor do ônus de fazer, a seu encargo, prova mínima do fato constitutivo do alegado direito”.

Nº 279*: “Os honorários advocatícios não incidem sobre a medida coercitiva de multa”.

Nº 277*: “No contrato de arrendamento mercantil, a mora é comprovada através da notificação realizada pelo Cartório de Títulos e Documentos”. **VERBETE SUMULAR CANCELADO.**

Nº 268: “A caducidade da medida liminar, em virtude de não haver sido proposta a ação principal, não implica a extinção do processo sem resolução do mérito”. **VERBETE SUMULAR CANCELADO.**

Nº 267*: “Não se tratando de circulabilidade por endosso, a inicial, instruída com a reprodução digitalizada do título executivo extrajudicial, dispensa a autenticação ou a juntada do original”.

Nº 266: “O risco de decisões contraditórias impõe a reunião de ações que tramitam perante juízos com a mesma competência em razão da matéria”.

Nº 262: “O direito de vista e de cópia de autos de processos judiciais ou administrativos, que não estejam sob sigilo, deve ser assegurado a todos os advogados, independentemente da apresentação de procuração”.

Nº 236: “São destinados a protesto, na forma da Lei 9492/1997, títulos e documentos de dívidas não prescritos, ainda que desprovidos de eficácia executiva”.

Nº 229: “A inversão do ônus da prova constitui direito básico do consumidor, uma vez preenchidos os pressupostos previstos no art. 6º, inciso VIII, do CDC, sem implicar, necessariamente, na reversão do custeio, em especial quanto aos honorários do perito”.

Nº 227*: “A decisão que deferir ou rejeitar a inversão do ônus da prova somente será reformada se teratológica”.

Nº 226: “A mora no pagamento de verbas devidas aos servidores não libera a Fazenda Pública dos juros e da correção monetária”.

Nº 224: “As pessoas jurídicas de direito público estão dispensadas de depositar previamente a multa prevista nos arts. 538, parágrafo único e 557, § 2º, ambos do Código de Processo Civil, para interpor outro recurso”.

Nº 168*: “O relator pode, em decisão monocrática, declarar a nulidade de sentença ou decisão interlocutória”.

Nº 164*: “O levantamento do valor depositado em juízo, sem ressalva, presume o pagamento dos juros, mas nele não se compreendem as diferenças de despesas processuais, a correção monetária e os juros incidentes sobre tais parcelas”.

Nº 163: “O valor da causa na denúncia da lide, fundada em contrato de seguro, corresponde à extensão do exercício do direito de regresso, não podendo, em qualquer hipótese, exceder o valor da apólice”.

Nº 162*: “A decisão que disponha sobre o efeito suspensivo aplicável à impugnação ao cumprimento da sentença e aos embargos à execução só será reformada se teratológica”.

Nº 159: “O prazo para cumprimento da tutela específica das obrigações de fazer, não fazer ou dar flui da data da juntada aos autos do mandado de intimação devidamente cumprido”.
VERBETE SUMULAR CANCELADO.

Nº 158: “É admissível a execução provisória da multa prevista nos art. 461, § 4º e art. 461-A, § 3º, do CPC, inclusive da antecipação da tutela”.
VERBETE SUMULAR CANCELADO.

Nº 157*: “Medidas de apoio tendentes ao cumprimento da tutela específica podem ser decretadas ou modificadas, de ofício, pelo Tribunal”.

Nº 156*: “A decisão que defere ou indefere a produção de determinada prova só será reformada se teratológica”.

Nº 155*: “Mero inconformismo com as conclusões da prova pericial, desacompanhado de fundamentação técnica, não autoriza sua repetição”.

Nº 154: “Incide verba honorária no cumprimento da sentença a partir do decurso do prazo previsto no art. 475-J, do CPC”. **VERBETE SUMULAR CANCELADO.**

Nº 147: “Descabido convolar ação possessória em indenizatória, diante da intercorrente notícia de desapossamento injusto do bem, até então em poder do réu já citado, salvo se este anuir a tal alteração, ou já constar pedido reparatório sucessivo na petição inicial daquela, nos termos do § 1º do art. 461, em conformidade com o disposto no § 3º do art. 461-A, ambos do CPC”. **VERBETE SUMULAR CANCELADO. (Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973)**

Nº 144: “Nas ações que versem sobre cancelamento de protesto, de indevida inscrição em cadastro restritivo de crédito e de outras situações similares de cumprimento de obrigações de fazer fungíveis, a antecipação da tutela específica e a sentença serão efetivadas através de simples expedição de ofício ao órgão responsável pelo arquivo dos dados”. **(Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973)**

Nº 137: “A medida cabível pelo descumprimento da requisição de pequeno valor, de competência do Juízo de primeiro grau, é o seqüestro”.

Nº 136: “Nas hipóteses de litisconsórcio ativo facultativo, o crédito devido a cada litisconsorte, para fins de aplicação do parágrafo 3º do artigo 100 da Constituição Federal, deverá ser individualmente considerado”.

Nº 135: “Os honorários advocatícios de sucumbência constituem verba autônoma, de natureza alimentar, podendo ser objeto de requisição específica e independente de requisitório correspondente à condenação devida à parte”.

Nº 133*: “Aplica-se supletivamente e no que couber o artigo 267, II e III do Código de Processo Civil ao processo de execução e ao cumprimento de sentença”.

Nº 119: “A garantia do juízo da execução, deferida penhora de receita, efetiva-se com a lavratura do termo e a intimação do depositário, fluindo o prazo para a impugnação do devedor, independente da arrecadação”.

Nº 117: “A penhora on line, de regra, não ofende o princípio da execução menos gravosa para o devedor”.

Nº 114: “Legitimado passivo do mandado de segurança é o ente público a que está vinculada a autoridade coatora”.

Nº 106: “A mera expedição do precatório, antes de sua liquidação, não autoriza a extinção da execução, na forma do art. 794, I, do Código de Processo Civil”.

Nº 103: “Nas ações fundadas em contratos de arrendamento mercantil, basta a carta dirigida ao devedor, com aviso de recebimento, entregue no endereço constante do contrato, para comprovar a mora e justificar a concessão de liminar”.

Nº 71: “O Juiz não está obrigado a deferir diligências que, justificadamente, entender desnecessárias ou impertinentes”.

Nº. 64 “É legítima a exigência do depósito como requisito para interposição de recurso administrativo”. **VERBETE SUMULAR CANCELADO.**

Nº 60: “Admissível a antecipação de tutela de mérito, mesmo contra a fazenda pública, desde que presentes os seus pressupostos”.

Nº 59: “Somente se reforma a decisão concessiva ou não, da tutela de urgência, cautelar ou antecipatória, se teratológica, contrária à lei, notadamente no que diz respeito à probabilidade do direito invocado, ou à prova dos autos”. **VERBETE SUMULAR REVISADO. Redação anterior:** “Somente se reforma a decisão concessiva ou não da antecipação de tutela, se teratológica, contrária à Lei ou à evidente prova dos autos”.

Nº 58: “Somente se reforma a concessão ou indeferimento de liminar, se teratológica, contrária à Lei ou à evidente prova dos autos”. **VERBETE SUMULAR CANCELADO.**

Nº 56: “Em ação de acidente de trabalho, na qual alega o autor redução auditiva, o perito deve ser médico especialista, salvo se inexistir na Comarca”.

Nº 49: “Não constituem títulos executivos extrajudiciais os contratos bancários de abertura de crédito ou de crédito rotativo. (Súmula 233 do STJ) ”.

Nº 47*: “Esgotadas todas as diligências cabíveis, é direito do credor requerer a expedição de ofícios a órgãos públicos e particulares, sem ofensa ao sigilo bancário e fiscal, para localizar o devedor e/ou bens penhoráveis, evitando cerceamento na instrução”.

Nº 28: “Para efeito de distribuição, não há vinculação entre a causa nova e a causa finda”. *(Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973)*

Nº 27: “Para julgar ação de consignação em pagamento em que seja réu o BANERJ, o foro competente é o do lugar em que o pagamento deve ser efetuado”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

9-CODJERJ - LODJ - Reg. Int. TJRJ

9.1-Câmaras Cíveis Especializadas:

Nº. 329: “É competente a Câmara Cível Especializada para dirimir controvérsia entre associado de plano de saúde e a entidade gestora, ainda que sem fins lucrativos e atue sob a modalidade de autogestão”. **VERBETE SUMULAR CANCELADO.**

Nº. 328: “É competente a Câmara Especializada para dirimir controvérsia referente à prestação de serviço por pessoa física a pessoa jurídica na qualidade de destinatária final”.

Nº. 327: “É competente a Câmara Cível especializada para dirimir controvérsia entre segurado e seguradora, referente a seguro de vida em grupo que figure o empregador como estipulante, por qualificar-se o segurado (empregado/beneficiário) como destinatário final”.

Nº. 326: “Incluem-se na competência das Câmaras Cíveis especializadas recursos em ação monitória proposta com base em prova escrita que remonte a relação de consumo”.

Nº. 316: “Incluem-se na competência das Câmaras Cíveis especializadas recursos em ação cognitiva de cobrança ou em ação de reintegração de posse movidas por arrendador em face de arrendatário de bem de consumo, sendo de leasing o negócio jurídico conflituoso, se este estiver em situação de hipossuficiência em relação àquele”. Conflito de Competência OE)

Nº. 314: “Excluem-se da competência das Câmaras Cíveis Especializadas as demandas que resultem de acidente de trânsito e não envolvam contrato de transporte”.

Nº 313: “Há prevenção da Câmara Cível não Especializada, para julgar ações mandamentais, incidentes e recursos a ela distribuídos antes de 02 de setembro de 2013, ainda que versem sobre matéria atinente a relações de consumo”.

Nº 312: “Incluem-se na competência das Câmaras Cíveis Especializadas as demandas que envolvam contrato de mútuo garantido por alienação fiduciária quando o devedor obtém o crédito para aquisição de bem para consumo próprio”.

Nº 311: “Excluem-se da competência das Câmaras Cíveis Especializadas as demandas que envolvam fornecimento de serviços bancários como relação de consumo intermediário, salvo no caso de micro empresa ou empresa individual”.

Nº 310: “Incluem-se na competência das Câmaras Cíveis Especializadas as demandas em que litigarem microempresa ou empresa individual contra concessionária de serviços públicos, em razão da vulnerabilidade”.

Nº 309: “Excluem-se da competência das Câmaras Cíveis Especializadas recursos em ação de execução por quantia certa contra devedor solvente, mesmo que o crédito exequendo resulte de relação de consumo, quando não oferecidos embargos de devedor ou quando estes não versarem sobre o negócio jurídico que deu origem ao crédito”. **VERBETE SUMULAR CANCELADO.**

Nº 308: “É competente a Câmara Especializada para dirimir controvérsia referente a contrato de telefonia móvel firmado por pessoa jurídica na qualidade de destinatário final do serviço”.

Nº 307: “Excluem-se da competência das Câmaras Cíveis Especializadas em consumo, as demandas que envolvam atividade intermediária, assim entendida como aquela cujo produto ou serviço é contratado para implementar atividade econômica, porquanto não está configurado o destinatário final da relação de consumo”.

Nº 306: “Os recursos nas demandas que envolvam operações bancárias entre instituição financeira e cliente na qualidade de destinatário final são da competência das Câmaras Especializadas em matéria de consumo”.

Nº 305: “Excluem-se da competência das Câmaras Cíveis especializadas as demandas que envolvam cobrança de tarifa de esgoto sanitário quando o serviço público for prestado por autarquia municipal, por se tratar de matéria de competência fazendária”.

Nº 304: “Excluem-se da competência das Câmaras Cíveis especializadas as demandas que envolvam a cobrança de seguro DPVAT uma vez que se trata de seguro obrigatório, cogente, pago a um pool indefinido de seguradores, e não a fornecedora específica de bens e serviços”.

Nº 303: “Excluem-se da competência das Câmaras Cíveis especializadas as demandas que envolvam a utilização de empréstimos financeiros concedidos por instituições bancárias em que o objeto do mútuo, é utilizado como capital de giro ou aquisição de insumos para a atividade empresarial”.

Nº 302: “Compete às Câmaras Cíveis especializadas o julgamento das demandas que envolvam as tarifas de água e esgoto sanitário, quando se tratar de serviço utilizado como destinatário final e for prestado por sociedade de economia mista”.

9.2-Assuntos diversos:

Nº 291: “As Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça não têm competência para o julgamento de mandados de segurança impetrados contra decisões das turmas recursais”.

Nº 287: “Na criação de novos juízos, não se aplica o princípio da perpetuação da jurisdição na hipótese de incompetência absoluta, salvo se prevista expressamente na lei de organização judiciária ou em resolução do Órgão Especial”.

Nº 140: “A competência para apreciar matéria relativa a Contratos de Participação Financeira em Investimento de Serviço Telefônico é dos Juízos das Varas Empresariais, segundo o disposto no artigo 91 do CODJERJ combinado com o artigo 101 do mesmo diploma legal”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

Nº 19: “É competente o Egrégio Tribunal de Justiça para as ações de direito comum relativas a acidentes do trabalho”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

Nº 16: “A referência a ESTADO, constante do art. 120 do Código de Organização e Divisão Judiciárias, é restrita ao Estado do Rio de Janeiro”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

10-Temas recorrentes de jurisdição previdenciária

Nº 252: “Incabível a acumulação de aposentadorias com auxílio acidente ou auxílio suplementar de sinistro posterior a 10 de novembro de 1997”.

Nº 251: “Incabível a revisão de renda mensal inicial do auxílio suplementar com base no art. 201, § 2º, da Constituição Federal”.

Nº 242: “Incabível a revisão da renda mensal inicial fixada em aposentadoria por invalidez, se durante o gozo do auxílio-acidente não mediar período de atividade laborativa do segurado”.

Nº 177: “O auxílio-acidente, concedido a partir da vigência da Lei nº 9.032/95, não pode ser inferior a 50% do salário mínimo nacional vigente”.

Nº 176: “O valor do auxílio-acidente inferior a um salário mínimo não contrasta com a Constituição Federal”.

Nº 113: “Comprovado o nexo entre a doença decorrente de esforço repetitivo (LER) e a atividade laborativa desempenhada, o auxílio-doença não pode ser condicionado ao fato de a doença ser passível de tratamento”.

III-MATÉRIA PENAL E PROCESSUAL PENAL

Nº 381: “O emprego da arma de fogo na prática de roubo, vinculada à maneira de agir do acusado no caso concreto, constitui fundamento idôneo para a imposição de regime inicial fechado, mesmo na hipótese de a pena-base haver sido fixada no mínimo legal”

Nº 380: “Não se mostra necessária a apreensão e exame da arma de fogo para comprovar a circunstância majorante no delito de roubo, desde que demonstrado seu emprego por outros meios de prova”.

Nº 273 “Verificada a presença dos requisitos legais é possível a aplicação da causa de diminuição de pena do Artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 aos casos em que haja incidência das causas de aumento de pena previstas nos incisos do Artigo 40 da mencionada lei”.

Nº 272 “O inciso I, primeira parte, do Art. 65, do Código Penal, não foi derogado pelo Código Civil de 2002 (Art. 2.043)”.

Nº 271 “Em atenção ao princípio da correlação entre a imputação e a sentença, vedada a *mutatio libelli* em segundo grau de jurisdição, sempre que se reconhecer a ocorrência de elementar não contida na denúncia ou na queixa, impõe-se a absolvição”.

Nº 263 “É cabível a suspensão condicional do processo nas hipóteses em que, alternativamente, for cominada pena de multa e sanção privativa de liberdade mínima superior a um ano”.

Nº 261 “A carta de execução de sentença provisória deve ser expedida mesmo na pendência de recurso interposto pelo Ministério Público”.

Nº 260: “O crime de lesão corporal leve no contexto de violência doméstica contra a mulher é de ação penal pública condicionada à representação da vítima”. **VERBETE SUMULAR CANCELADO.**

Nº 259 “O processo da ação de revisão criminal não comporta instrução probatória, devendo vir instruída a petição inicial com provas pré-constituídas do fato constitutivo do direito invocado, por meio de justificação judicial deduzida perante o juízo de primeiro grau”.

Nº 131: “Enquanto não editada a legislação infraconstitucional de que trata o art. 125, parágrafo 4º, da Constituição Federal, a competência para julgar as ações contra atos disciplinares militares continua sendo dos Juízes Fazendários”. **VERBETE SUMULAR CANCELADO. (Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973)**

Nº 72 “O artigo 1º, par. 7º da Lei de Tortura não revogou o artigo 2º, par. 1º da Lei de Crimes Hediondos”

Nº 70 “O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação”.

Nº 69 “Aplica-se ao processo penal, por analogia, o artigo 557 do Código de Processo Civil”.

Violência Doméstica e Familiar

Nº 253 “Firma-se a competência do Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, quando a conduta típica é perpetrada em razão do gênero nos termos dos artigos 5º e 7º, da Lei nº 11.340/06, não bastando que seja cometida contra pessoa do sexo feminino”.

ECA

Nº 235: “Caberá ao Juiz da Vara da Infância e Juventude a nomeação de Curador Especial a ser exercida pelo Defensor Público a crianças e adolescentes, inclusive, nos casos de acolhimento institucional ou familiar, nos moldes do disposto nos artigos 142, parágrafo único, e 148, parágrafo único, “f”, do Estatuto da Criança e do Adolescente c/c art. 9 inciso I do CPC, garantido acesso aos autos respectivos”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

Nº 142: “O Juízo que impôs a medida sócio-educativa é o competente para sua execução, podendo delegar os atos executórios”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

Nº 141: “A competência das varas da infância, da juventude e do idoso é fixada pelo lugar do domicílio dos pais, do responsável ou, na falta destes, do abrigo”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

Sem indexação.

Nº. 384: “A instalação de cortina de vidro, ou sistema retrátil de fechamento sem perfis de alumínio, ou semelhante, em material incolor e transparente, executada por profissional devidamente registrado no Conselho Regional de Engenharia – CREA, ou no Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Rio de Janeiro – CAU/RJ, não configura obra a depender de licenciamento urbanístico, desde que não implique em transformação da varanda em um novo cômodo habitável da unidade”.

Nº. 382: “Para o acolhimento da pretensão reintegratória ou de manutenção, impõe-se a prova da posse, do esbulho ou turbação, a data em que ocorreu, como também a continuação da posse, na demanda de manutenção, e sua perda, no caso da reintegração”.

Nº. 369: “Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa do Estado do Rio de Janeiro, de suas autarquias e fundações públicas, conforme expressamente previsto no art. 3º da Lei Estadual nº. 5.351/2008”.

Nº. 317*: “É juridicamente possível o pedido de usucapião de imóvel com área inferior ao módulo mínimo urbano definido pelas posturas municipais”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

Nº 284*: “O estudante menor de 18 anos, aprovado nos exames de acesso à Universidade, pode matricular-se no curso supletivo para conclusão do ensino médio”.

Nº 257: “A falta de registro perante a autoridade policial da perda de documentos não importa em concorrência de causas na hipótese de inscrição em cadastro restritivo de crédito”.

Nº 231: “Nas ações objetivando a restituição das contribuições para o Fundo de Saúde da Lei Estadual nº 3.465/00, o termo *a quo* é a partir do desconto observado o prazo prescricional contra a Fazenda Pública”.

Nº 218: “O crédito não-tributário, estadual ou municipal, prescreve em cinco anos”.

Nº 151: “É competente a Justiça Federal comum para processar e julgar Mandado de Segurança contra ato ou omissão de dirigente de Sociedade de Economia Mista Federal, investido em função administrativa”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

Nº 145: “Se for o Município autor estará isento da taxa judiciária desde que se comprove que concedeu a isenção de que trata o parágrafo único do artigo 115 do CTE, mas deverá pagá-la se for o réu e tiver sido condenado nos ônus sucumbenciais”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

Nº 139: “A regra do artigo 100 da Constituição Federal não se aplica às empresas públicas e às sociedades de economia mista”.

Nº 129: “Nos casos de reparação de danos causados ao consumidor por equiparação, nos termos dos arts. 17 e 29, combinados com os arts. 12 a 14, todos do CDC, os juros de mora contar-se-ão da data do fato”.

Nº 127*: “Para a configuração do abuso do direito é dispensável a prova da culpa”.

Nº 124: “A pretensão de repetição de indébito tributário ainda que fundada em inconstitucionalidade de lei, prescreve em cinco anos”.

Nº 99: “Tratando-se de endosso-mandato, devidamente comprovado nos autos, não responde o endossatário por protesto indevido, salvo se lhe era possível evitá-lo”.

Nº 95*: “Os juros, de que trata o art. 406, do Código Civil de 2002, incidem desde sua vigência, e são aqueles estabelecidos pelo art. 161, parágrafo 1º, do Código Tributário Nacional”.

Nº 73: “O desaforamento pode ser deferido para outra comarca, ainda que não seja a mais próxima, atendidas as exigências do artigo 424 do CPP”.

Nº 35: “É exigível Taxa de Ocupação, instituída por Diretoria de Clube, na forma dos Estatutos Sociais, enquanto não invalidada a instituição, pelas vias próprias”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

Nº 34: “Art. 153, parágrafo 2º, inciso II da Constituição Federal não é auto aplicável, sendo regulamentado por lei ordinária”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

Nº 33: “O prazo de cinco anos do artigo 183 da Constituição Federal de 1988, aplica-se a partir de 05/10/1988, data de sua vigência, salvo se, pela lei anterior, ocorrer a prescrição aquisitiva no curso dessa dilação”. *(Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973)*

Nº 23: “Aplica-se o art. 22 da Lei nº. 6.435/77, a partir de sua vigência, aos contratos celebrados anteriormente, salvo se os termos contratuais autorizarem interpretação mais ampla”. *(Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973)*

Nº 20: “Prevista, como está, em lei estadual, a base de cálculo, legítima é a exigência do ICM no fornecimento de alimentação e bebidas em restaurantes, bares e estabelecimentos similares”. *(Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973)*

Nº 18: “Nas desapropriações, a correção monetária se faz mensalmente e pelos índices das ORTNs. (Lei 6.423/77)”. *(Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973)*

Nº 15: “A inexistência de registro imobiliário não faz presumir seja o imóvel público”.

Nº 13: “Extinto pela morte do usufrutuário, o usufruto instituído por ato intervivos, o cancelamento do gravame, no Registro de Imóveis, independe de prévia decisão judicial”. *(Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973)*

Nº 10: “O valor do imóvel, para o efeito do resgate da enfiteuse, será o real atual proposto pelo titular do domínio direto ou, se inaceito, mediante avaliação”. *(Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973)*

Nº 6: “O imposto de circulação de mercadorias não incide sobre a importação de bens de capital”. *(Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973)*

Nº 5: “Até o advento do D.L. nº. 1.409, de 11 de junho de 1975, está sujeito à incidência do I.C.M. o álcool anidro originário de cana de açúcar, com as especificações definidas pelo Conselho Nacional de Petróleo, para fins de adição à gasolina”. *(Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973)*

Nº 4: “Desmembramento de imóvel mediante simples vistoria processada na Vara de Registros Públicos não dispensa o desmembramento administrativo, nem faz coisa julgada”. *(Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973)*

Nº 3: “Os depósitos das prestações devem ser efetuados com base nos valores dos créditos declarados no pedido de concordata, ainda que não julgados”.

Nº 1: “Se o crédito não exceder a metade do valor do bem comum ou se excedendo-a, o credor não demonstrar a existência de outros bens comuns, será penhorado o bem todo e ressalvada a metade do valor apurado, a não ser que se trate de bem de fácil divisão, caso em que será penhorada apenas a metade ideal de seu valor. Se, entretanto, excedendo o crédito a metade do

valor do bem, o credor demonstrar a existência de outros bens comuns, a execução absorverá o valor do bem até onde for necessário para a satisfação do crédito, dentro dos limites da meação do cônjuge que se obrigou, computados os bens comuns restantes”. (*Incidente de uniformização de jurisprudência - CPC 1973*)

* **Verbetes sumulares submetidos à revisão nas 11^a, 12^a, 13^a, 14^a e 24^a Reuniões do CEDES – 2016.**

ÍNDICE

I-EXAME PROPEDEÚTICO

1-Ética e compromissos do Juiz com:

- 1.1-O sistema e a organização judiciais: 287, 31, 16
- 1.2-Colegas e associações de Magistrados:
- 1.3-Advogados e membros da Defensoria Pública: 322, 279, 278, 270, 265, 262, 221, 190, 182, 154, 135, 80, 40
- 1.4-Membros do Ministério Público: 261
- 1.5-Serventuários e terceirizados: 300
- 1.6-Fisco: 276
- 1.7-Comunidade:
- 1.8-Meios de comunicação:

II-MATÉRIA CÍVEL

2-Temas recorrentes na jurisdição de família

- 2.1-Alimentos: 371, 250, 249, 188, 187, 186, 120, 111, 14
- 2.2-Divórcio: 14, 11
- 2.3-Guarda de filhos:
- 2.4-Partilha de bens: 189, 66, 26
- 2.5-União estável: 370, 274, 189, 122
- 2.6-Vistitação: 185
- 2.7-Investigação de paternidade: 275
- 2.8-Alienação parental:

3-Temas recorrentes na jurisdição fazendária

- 3.1-Abuso de poder e seu controle:
- 3.2-Aposentadoria e pensões de servidores públicos: 378, 325, 222, 138, 68, 30, 29
- 3.3-Concessões e permissões de serviços públicos: 349, 315, 256, 255, 254, 198, 197, 196, 195, 194, 193, 192, 191, 175, 152, 140, 130, 110, 85, 84, 83, 82, 50, 38, 07
- 3.4-Concursos públicos: 385, 377, 248, 24, 22, 12
- 3.5-Contratos públicos e licitações: 38
- 3.6-Execuções fiscais: 368, 367, 299, 289, 265, 264, 244, 243, 146, 126, 125
- 3.7-Improbidade administrativa:
- 3.8-Licenciamentos ambientais:
- 3.9-Responsabilidade civil do Estado: 323
- 3.10-Verbas remuneratórias e indenizatórias: 379, 366, 359, 344, 342, 300, 246, 225, 150, 148, 81, 78, 37, 32,30, 17
- 3.11-Direito à saúde: 241, 184, 183, 182, 181, 180, 179, 178, 116, 115, 65
- 3.12-Taxa e tarifa: 269, 237, 123, 76
- 3.13-CTB: 321, 320, 319, 318, 223

4-Temas recorrentes na jurisdição orfanológica

- 4.1-Declaração de bens inventariáveis:
- 4.2-Incidência tributária no inventário: 297, 09

4.3-Limites da competência do juízo: 370, 31

4.4-Nomeação e remoção de inventariante: 296

5-Temas recorrentes na jurisdição sobre relações contratuais privadas

5.1-Alienação fiduciária e arrendamento mercantil: 334, 324, 298, 283, 282, 277, 153, 103, 67, 55

5.2-Empréstimos e financiamentos: 358, 356, 351, 350, 336, 335, 301, 295, 288, 205, 204, 203, 202, 201, 200, 77

5.3-Locações: 376, 365, 333, 134, 63, 62, 61, 08, 02

5.4-Seguros: 375, 234, 233, 232, 220, 219, 213, 212, 163, 143, 88, 87, 86

5.5-Planos e Seguro Saúde: 357, 354, 353, 352, 341, 340, 339, 338, 337, 293, 286, 258, 214, 211, 210, 209, 112

5.6-Responsabilidade civil: 383, 374, 373, 355, 352, 349, 348, 343, 339, 337, 333, 323, 294, 285, 280, 274, 240, 230, 228, 217, 216, 215, 207, 206, 205, 204, 199, 193, 192, 174, 160, 149, 128, 105, 97, 96, 94, 89, 87, 75, 57, 45, 44

5.7-Condomínio: 372, 346, 79, 36

5.8-CDC: 208, 129, 98, 93, 92, 91, 90

6.Temas recorrentes na jurisdição empresarial:

6.1 Alcance do regime especial: 368, 367, 276, 140, 100, 54, 25, 21

6.2-Construção de bens de empresas em Recuperação Judicial (execuções cíveis e fiscais)

6.3-Requerimento da falência.

6.4-Ação trabalhista. Frustrada a execução contra a empresa.

6.5-Direito marítimo. Contrato de prestação de serviços marítimos.

7-Temas recorrentes na aplicação do CPC de 2015

375, 364, 363, 362, 361, 360, 281, 270, 247, 238, 166, 165, 161, 41

8-CPC 1973

8.1-Gratuidade de Justiça: 297, 288, 190, 121, 108, 107, 101,74, 43, 42, 41, 40, 39

8.2-Recursos: 249, 245, 239, 173, 172, 171, 170, 169, 167, 109, 102, 53, 52, 51, 48, 46

8.3-Comunicação dos atos processuais: 347, 292, 290, 278, 132, 118

8.4-Assuntos diversos: 345, 332, 331, 330, 279, 277, 268, 267, 266, 262, 236, 229, 227, 226, 224, 168, 164, 163, 162, 159, 158, 157, 156, 155, 154, 147, 144, 137, 136, 135, 133, 119, 117, 114, 106, 104, 103, 71, 64, 60, 59, 58, 56, 49, 47, 28, 27

9-CODJERJ - LODJ - Reg. Int. TJRJ

9.1-Câmaras Cíveis Especializadas: 329, 328, 327, 326, 316, 314, 313, 312, 311, 310, 309, 308, 307, 306, 305, 304, 303, 302

9.2-Assuntos diversos: 291, 287, 140, 19, 16

10-Temas recorrentes de jurisdição previdenciária

252, 242, 177, 176, 113

III-MATÉRIA PENAL E PROCESSUAL PENAL

381, 380, 273, 263, 261, 259, 131, 73, 72, 70, 69

11-Violência Doméstica e Familiar: 260, 253

12-ECA: 235, 142, 141

13-Verbetes não indexados: 384, 382, 369, 317, 284, 257, 231, 218, 151, 145, 139, 129, 127, 99, 95, 73, 35, 34, 33, 23, 20, 18, 15, 13, 10, 6, 4, 3, 1.

