

REVISTA DO GEDICON

ISSN 2318-8502

Estudos de
**Direito Concreto
em Matéria Cível
e Fazendária**



Vol. 2 - dezembro - 2014

DIRETOR-GERAL

Desembargador Sérgio de Souza Verani

SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

**GRUPO DE ESTUDOS DE DIREITO CONCRETO
EM MATÉRIA CÍVEL E FAZENDÁRIA - GEDICON**

COORDENADOR

Desembargador Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos

SUBCOORDENADOR E ORGANIZADOR DA REVISTA

Desembargador Antonio Carlos Esteves Torres

MEMBROS

Desembargador José Carlos Maldonado de Carvalho;

Desembargador Antonio Carlos Esteves Torres;

Desembargador Augusto Alves Moreira Júnior;

Juiz Eduardo Antônio Klausner;

Juíza Maria Teresa Pontes Gazineu ;

Juiz Mauro Nicolau Junior;

Juiz Paulo Roberto Campos Fragoso;

Juiz Leonardo de Castro Gomes;

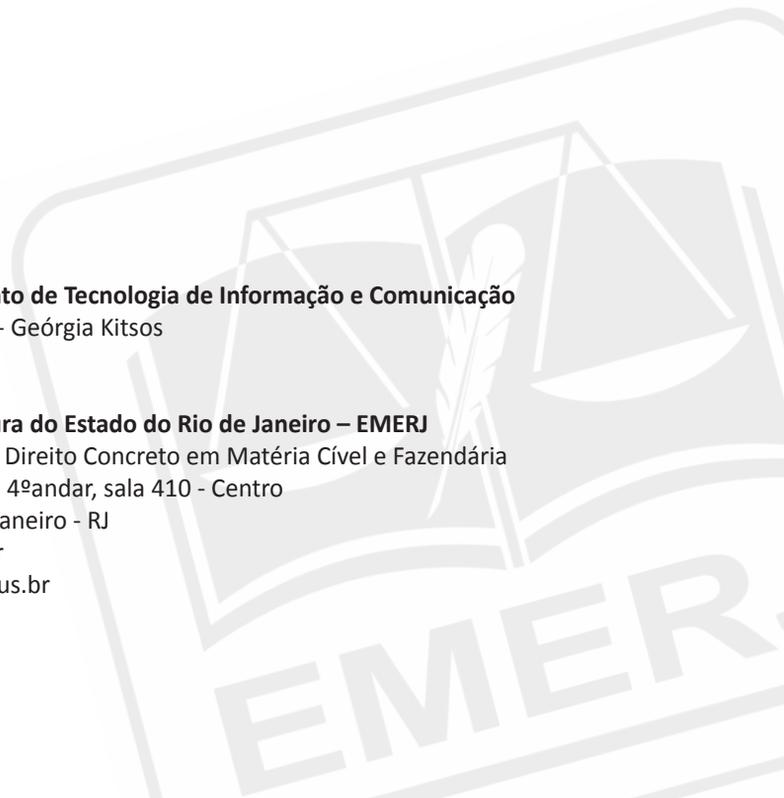
Juíza Ana Lúcia Vieira do Carmo;

Juiz Antonio Aurélio Abi-Ramia Duarte;

Juíza Joana Cardia Jardim Cortes.

DETEC - Departamento de Tecnologia de Informação e Comunicação
Programação Visual - Geórgia Kitsos

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ
Grupo de Estudos de Direito Concreto em Matéria Cível e Fazendária
Rua Dom Manuel 25, 4ª andar, sala 410 - Centro
20.010-090 - Rio de Janeiro - RJ
www.emerj.tjrj.jus.br
emerj.gedicon@tjrj.jus.br



EMERJ

APRESENTAÇÃO

E chegamos ao segundo volume de nossa Revista, a qual tenho a honra de fazer a presente apresentação, exatamente um ano após a primeira publicação.

O alcance de tal objetivo só foi possível, em virtude da persistência e da perseverança do idealizador do GEDICON (GRUPO DE ESTUDOS DE DIREITO CONCRETO EM MATÉRIA CÍVEL E FAZENDÁRIA), o dinâmico e culto Desembargador Carlos Eduardo da Rosa Fonseca Passos, que, na verdade, um dia teve um sonho: criar um Grupo de Estudos democrático, porque na sua constituição congrega Desembargadores e Juízes de Direito, lado a lado, debatendo diversos temas jurídicos relacionados com as áreas de atuação deste órgão integrante da EMERJ (ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO), com o objetivo de entregar à toda comunidade jurídica, as conclusões das matérias discutidas.

E esse sonho foi compartilhado por ele com os Magistrados que vieram a integrar o GEDICON, tornando-se uma realidade, porque segundo *Johann Goethe* “Quando uma criatura humana desperta para um grande sonho e sobre ele lança toda a força de sua alma, todo o universo conspira a seu favor”.

Assim sendo, podemos afirmar com absoluta certeza, que o GEDICON é uma realidade, veio para ficar, agora com a entrega de mais uma publicação da coletânea de diversos trabalhos elaborados por seus membros integrantes, com a abordagem de temas atuais e relevantes, e, portanto, de leitura obrigatória, mas, com certeza, agradável e de grande utilidade.

A presente edição tem em sua abertura, a reflexão do coordenador do GEDICON, Desembargador Fonseca Passos, acerca da criação das Câmaras do Consumidor, e a necessidade de diálogo entre seus Desembargadores integrantes e os Desembargadores das Câmaras Cíveis para entrega de uma melhor prestação jurisdicional à sociedade.

Em seguida, o jovem e brilhante Juiz de Direito Antonio Aurélio Abi Ramia Duarte faz um estudo profundo, porém, bem didático, sobre o Novo Código de Processo Civil, os Negócios Processuais e a Adequação Procedimental.

A ilustre Juíza de Direito Ana Lúcia Vieira do Carmo apresenta a visão do Juiz sobre a Máquina Judiciária na 1ª Instância Cível, tendo o advogado Dr. Álvaro Pessoa, se manifestado sobre as Causas e Motivos do Emperramento Judiciário.

O competente Juiz de Direito Leonardo de Castro Gomes traz Impressões Preliminares sobre a Lei nº 12.965, de 23/04/2014, que trata do Marco Civil da Internet, em estudo pioneiro e valioso sobre a matéria.

O Perito Judicial Atuário e Contador, Carlos Parreira da Silva, discorre sobre a inexistência de anatocismo nos contratos de financiamento com prestações pré-fixadas, tendo a operosa Juíza de Direito Joana Cardia Jardim Côrtes e o Juiz de Direito Leonardo de Castro Gomes apresentado uma visão crítica sobre o Enunciado 301 da Súmula de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e o anatocismo no mútuo bancário com parcelas fixas.

O Desembargador Fonseca Passos abordou mais dois temas: Acesso à Justiça, Celeridade Processual e Demandismo Crescente e também Mais uma Forma de Demandismo: Exibição Judicial de Extratos Bancários.

O douto Juiz de Direito Mauro Nicolau Junior apresenta interessante estudo a nível doutrinário e jurisprudencial sobre os Requisitos de Admissibilidade dos Embargos de Declaração e seu Caráter Protelatório acarretando o não conhecimento de dito recurso pelo Poder Judiciário.

Por derradeiro, o nobre Juiz de Direito Eduardo Antônio Klausner faz uma breve análise quanto à eficácia e efetividade do Verbete Sumular nº 76 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que trata da cobrança de taxa judiciária dos entes públicos nominados no referido enunciado.

Com efeito, estamos certos de que o GEDICON está oferecendo ao leitor mais uma importante contribuição para reflexão sobre temas jurídicos do cotidiano forense e de grande interesse para os estudiosos do Direito, o que me faz sentir muito orgulho de pertencer a tão profícuo Grupo de Estudos.

AUGUSTO ALVES MOREIRA JUNIOR

*Desembargador da 8ª Câmara Cível do
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Membro do GEDICON*

Extremamente honrado não apenas em ser incumbido de redigir o prefácio do Segundo Volume da Revista do GEDICON, mas, também, por dele participar, me dou conta de que os artigos publicados, que resultaram dos intensos debates levados a efeito no período, são em sua esmagadora maioria, voltados à concretização do direito, à prestação jurisdicional de forma mais célere e eficaz, exatamente como preceituado na Constituição Federal, buscando afastar as amarras que possibilitam tal intento.

O momento atual não mais permite pensar o direito individualizado, entre muros, de forma estanque, como se não houvesse conexão com os demais países e civilizações e exatamente por isso, pela primeira vez, trouxemos para o debate íclicos pensadores que não pertencem formalmente ao Grupo, mas que em muito contribuíram para a consecução de seus objetivos.

A globalização comporta um fenômeno mais profundo que o econômico-financeiro, visão que marcou o liberalismo patrimonial e mercantilista. Implica a inauguração de uma nova fase da história da Terra e da Humanidade. Estamos mudando de paradigma civilizacional o que significa estar nascendo um outro tipo de percepção da realidade, com novos valores, novos sonhos, nova forma de organizar os conhecimentos, novo tipo de relação social, nova forma de dialogar com a natureza e com o mundo e nova maneira de entender o ser humano no conjunto dos seres.

Este paradigma nascente nos obriga a operar progressivas travessias: importa passar da parte para o todo, do simples para o complexo, do local para o global e do nacional para o planetário. Isso nos permite perceber que todos somos interdependentes. O destino comum foi globalizado. Agora ou cuidamos da Humanidade e do Homem ou não teremos mais futuro algum. Não nos é mais permitido pensar e viver como antes, sem preocupação com o amanhã, com o porvir e com o próximo, pelos quais, agora sabemos, somos todos responsáveis. Temos que mudar as formas de nos relacionarmos, com os outros e com o planeta, como condição de nossa própria sobrevivência.

Para a consolidação deste novo paradigma é importante superar o fundamentalismo da cultura ocidental, hoje mundializada, que pretende deter a única visão das coisas, válida para todos. Por outra parte, o risco que corremos nos propicia a chance de reorganizarmos de maneira mais justa e criativa a Humanidade e toda a cadeia da vida. Essa criatividade está inscrita em nosso código genético e cultural. Pois, só nós fomos criados criadores e copilotos do processo evolutivo.

O efeito final será uma Terra multicivilizacional, colorida por todo tipo de culturas, de modos de produção, de símbolos e de caminhos espirituais, todos eles acolhidos como legítima expressão do humano, com direito de cidadania na grande confederação das tribos e dos povos da Terra.

Por isso e para isso, há de se olhar para frente, recolher todos os sinais que nos apontam para um desfecho feliz de nossa perigosa travessia e gerar uma atmosfera de benquerença e de irmandade que nos permita viver minimamente felizes nesse

pequeno Planeta, escondido num canto de uma galáxia média, no interior de um sistema solar de quinta, mas sob o arco-íris da boa vontade humana e da benevolência divina.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 e o Novo Código Civil Brasileiro trouxeram mudanças paradigmáticas^{1,2 e 3} impregnaram todo o sistema de direito privado com a preocupação social e ética, ensejando a releitura e a filtragem, não só do sistema legal positivado, como também da doutrina, para adaptá-los aos novos valores, conceitos e princípios.

Como afirmou Lya Luft⁴ em seu “Pensar é Transgredir”,

A história mais difícil de escrever é a nossa própria, complexa, obscura, inocente ou perversa - bem mais do que são as narrativas ficcionais.

Nessa difícil história nossa, de dizer sim ao negativo, ao sombrio em lugar de dizer sim

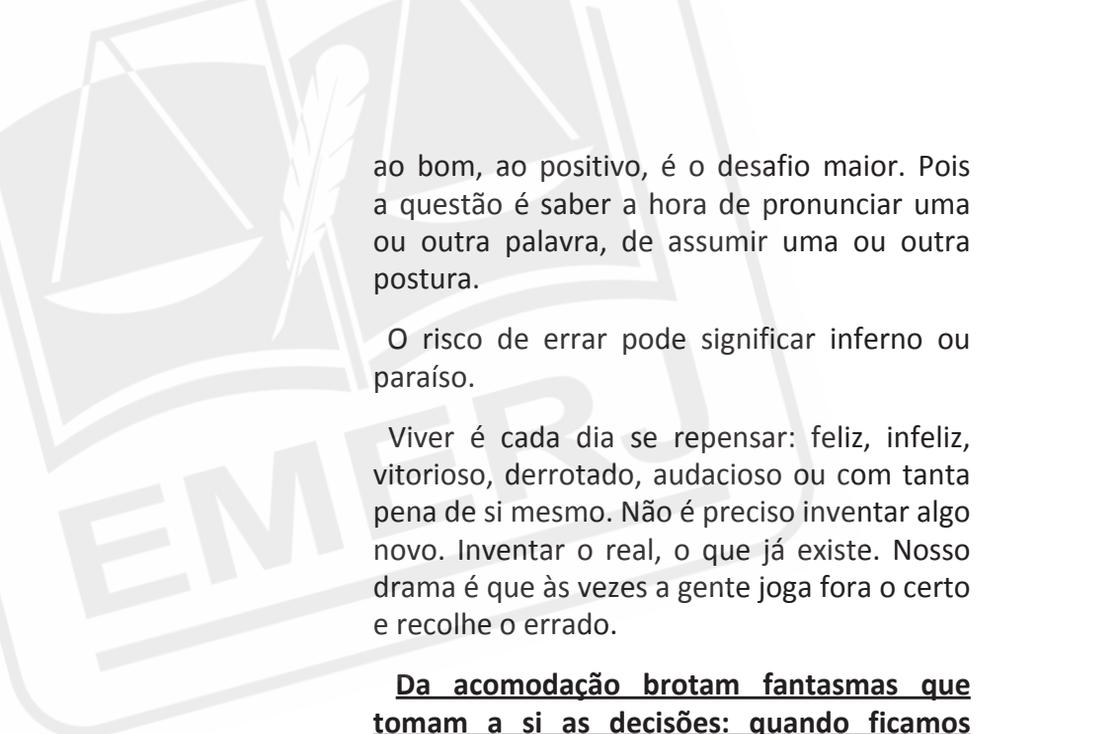
1 CAPRA, Fritjof, físico quântico e Thomas Kuhn, filósofo das ciências ensinam que a **noção de paradigma** é normalmente utilizada para estabelecer uma diferenciação entre dois momentos ou dois níveis do processo de conhecimento científico. Para um entendimento mínimo do que significa essa noção, pode-se conceituar o paradigma enquanto um modelo de ciência que serve como referência para todo um fazer científico durante uma determinada época ou um período de tempo demarcado. A partir de um certo momento da história da ciência, o referido modelo predominante tende a se esgotar em função de uma crise de confiabilidade nas bases estruturantes de seu conhecimento. Então, o paradigma passa a ser substituído por outro modelo científico predominante. Também pode ocorrer o fato de dois paradigmas disputarem o espaço de hegemonia da construção do conhecimento, do fazer científico.

O paradigma precedente pode passar a viver uma crise de credibilidade científica, enquanto o modelo paradigmático emergente ainda não chega a ser aceito pela comunidade científica internacional. Assim sendo, dois grandes paradigmas científicos podem conviver, em disputa ou equilíbrio, durante largos períodos da história da ciência e das sociedades.

2 CAPRA, Fritjof. *O Ponto de Mutação*. São Paulo: Cultrix, 1982.

3 KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1989.

4 Luft, Lya. *Pensar é Transgredir*. São Paulo: Editora Record, 2004. p. 15.



ao bom, ao positivo, é o desafio maior. Pois a questão é saber a hora de pronunciar uma ou outra palavra, de assumir uma ou outra postura.

O risco de errar pode significar inferno ou paraíso.

Viver é cada dia se repensar: feliz, infeliz, vitorioso, derrotado, audacioso ou com tanta pena de si mesmo. Não é preciso inventar algo novo. Inventar o real, o que já existe. Nosso drama é que às vezes a gente joga fora o certo e recolhe o errado.

Da acomodação brotam fantasmas que tomam a si as decisões: quando ficamos cegos não percebemos isso, e deixamos que a oportunidade escape porque tivemos medo de dizer o difícil sim”.

Isto é: vencer a culpa, sair da sombra e expor-se a todos os riscos implicados, para finalmente assumir a vida.

Este debate inovador e, de certa forma, desafiador faz parte de uma forma diferente de pensar o Direito, não como conjunto de regras positivadas e impositivas, aplicadas pela fórmula da subsunção, mas como forma libertadora, resultante da educação continuada. Trazendo a lume as sábias palavras de Luiz Edson Fachin⁵, cabe recordar que, em todo campo do saber (daí a pertinência quiçá especial com a instância jurídica), há o desafio de conhecer para transformar, pois a educação que tão-só

⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. RJ-SP: Renovar, 2000, p.3.

reproduz não liberta. É pertinente invocar ainda os ensinamentos de Paulo Freire⁶ para quem: a educação é um ato de amor, por isso, um ato de coragem. Não pode temer o debate. A análise da realidade. Não pode fugir à discussão criadora, sob pena de ser uma farsa.

De forma ácida, mas, há que se reconhecer, absolutamente real e atual, o posicionamento de Marilena Chauí⁷ quando afirma que *as leis, porque exprimem os privilégios dos poderosos ou a vontade pessoal dos governantes, não são vistas como expressão de direitos nem de vontades e decisões públicas coletivas. O poder Judiciário aparece como misterioso, envolto num saber incompreensível e numa autoridade quase mística. Por isso mesmo, aceita-se que a legalidade seja, por um lado, incompreensível e, por outro, ineficiente e que a única relação possível com ela seja a da transgressão.*

Como se observa, a democracia, no Brasil, ainda está por ser inventada.

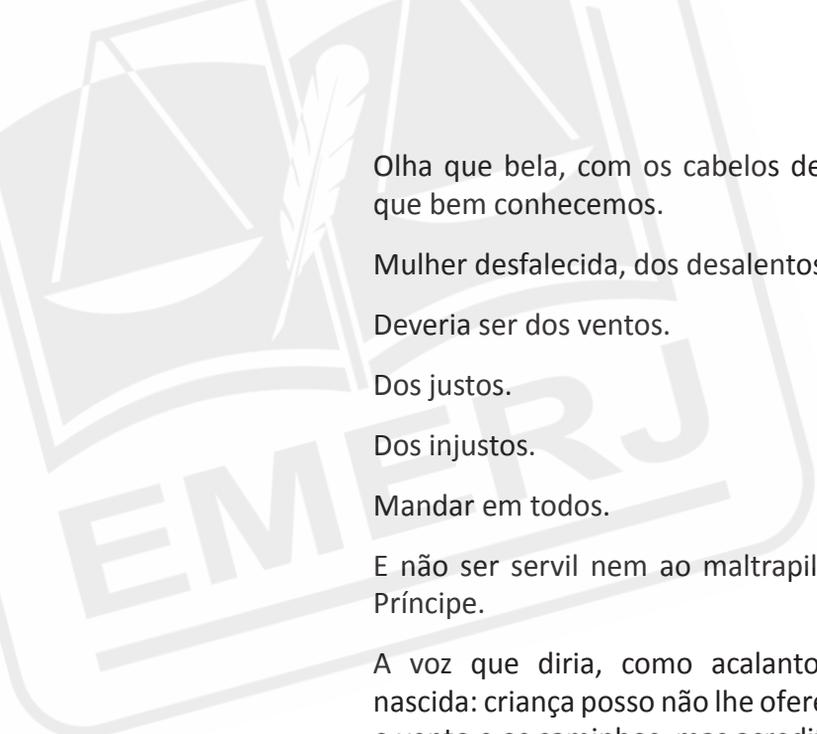
De que Justiça se fala, que justiça se quer, de que instrumentos se dispõe para buscá-la? A essas indagações responde o Magistrado ANTONIO VENTURA⁸ de forma absolutamente melodiosa, mas pessimista:

Um dia, minha bela, te disse que falaria da justiça.

6 FREIRE, Paulo. *Educação como prática da liberdade*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999, p. 42.

7 CHAUI, Marilena. *Contive à Filosofia*. São Paulo: Editora Ática, 2004, 13ª ed. 2ª tiragem, p. 408.

8 Encaminhado pelo autor através de mensagem eletrônica para a lista de discussão da AMB em 12.maio.2004.



Olha que bela, com os cabelos desgrenhados
que bem conhecemos.

Mulher desfalecida, dos desalentos.

Deveria ser dos ventos.

Dos justos.

Dos injustos.

Mandar em todos.

E não ser servil nem ao maltrapilho, nem ao
Príncipe.

A voz que diria, como acalanto, à criança
nascida: criança posso não lhe oferecer sempre
o vento e os caminhos, mas acredita.

Não darei para ti o direito dos poderosos.

Por isso fechei os meus olhos. Me deram uma
venda para que não se corrompessem meus
olhos.

Mas estou cega.

Me deram balanças bem pesadas, confundiram
minha cabeça.

A balança está desgovernada, há, pobre criança
assustada por balas perdidas, assustada com o
terror maior, num estado democrático, já não
terás teu direito adquirido.

Portanto, esqueças, ó criança, da justiça dos
falíveis, homens das cavernas.

Busque apenas o arco íris, o por do sol.

O mar, e se jogue no mar. Longe, no arco íris,
na areia... Porque a justiça foi dormir com os
animais selvagens... Porque o resto, além do
arco íris e do mar e da areia, é o denso silêncio.

Mauro Nicolau Junior

Juiz de Direito – Membro do GEDICON



| | |
|---|-----------|
| ◆ Doutrina | 16 |
| O AMANHÃ DA ESPECIALIZAÇÃO NO TJ-RJ..... | 17 |
| Desembargador Carlos Eduardo da Fonseca Passos <i>Coordenador do GEDICON</i> | |
| O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, OS NEGÓCIOS PROCESSUAIS E A ADEQUAÇÃO PROCEDIMENTAL | 21 |
| Juiz Antonio Aurélio Abi Ramia Duarte <i>Membro do GEDICON</i> | |
| CAUSAS E MOTIVOS DO EMPERRAMENTO JUDICIÁRIO | 43 |
| Doutor Álvaro Pessôa <i>Advogado</i> | |
| A MÁQUINA JUDICIÁRIA NA 1ª INSTÂNCIA CÍVEL - A VISÃO DO JUIZ...50 | |
| Juíza Ana Lúcia Vieira do Carmo <i>Membro do GEDICON</i> | |
| MARCO CIVIL DA INTERNET. IMPRESSÕES PRELIMINARES DA LEI Nº 12.965, DE 23.04.2014. | 55 |
| Juiz Leonardo de Castro Gomes <i>Membro do GEDICON</i> | |
| NÃO HÁ COBRANÇA DE JUROS SOBRE JUROS (ANATOCISMO) NAS PARCELAS PREFIXADAS (PRESTAÇÕES) DOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO. | 84 |
| Dr. Carlos Ferreira da Silva <i>Perito Judicial</i> | |
| ANATOCISMO NO MÚTUO BANCÁRIO COM PARCELAS FIXAS. UMA CRÍTICA AO ENUNCIADO 301 DA SÚMULA DO TJRJ..... | 88 |
| Juíza Joana Cardia Jardim Côrtes Juiz Leonardo de Castro Gomes <i>Membros do GEDICON</i> | |

ACESSO À JUSTIÇA, CELERIDADE PROCESSUAL
E DEMANDISMO CRESCENTE107

Desembargador Carlos Eduardo da Fonseca Passos
Coordenador do GEDICON

MAIS UMA FORMA DE DEMANDISMO:
EXIBIÇÃO JUDICIAL DE EXTRATOS BANCÁRIOS111

Desembargador Carlos Eduardo da Fonseca Passos
Coordenador do GEDICON

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE.
CARÁTER PROTETÓRIO – NÃO CONHECIMENTO. NÃO SUSPENSÃO
OU INTERRUPTÃO DO PRAZO RECURSAL. CELERIDADE E
EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. PODER JUDICIÁRIO
MODERNO E CONECTADO COM OS ANSEIOS DA SOCIEDADE.116

Juiz Mauro Nicolau Junior
Membro do GEDICON

BREVE ANÁLISE QUANTO A EFICÁCIA E EFETIVIDADE DO VERBETE
SUMULAR Nº 76 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO
DO RIO DE JANEIRO153

Juiz Eduardo Antônio Klausner
Membro do GEDICON

DIREITO MARÍTIMO E COMERCIAL.
CONSIDERAÇÕES. PROPOSTAS 166

Des. Antonio Carlos Esteves Torres
Subcoordenador do GEDICON

◆ **Casos Concretos176**

SENTENÇA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E EMPRESA DE
ÔNIBUS. INCÊNDIO ÔNIBUS ITAPEMIRIM177

Juiz Eduardo Antônio Klausner
Membro do GEDICON

INDENIZATÓRIA. INTERNET. FACEBOOK200

Juiz Leonardo de Castro Gomes
Membro do GEDICON



DOCTRINA

O AMANHÃ DA ESPECIALIZAÇÃO NO TJ-RJ

Desembargador Carlos Eduardo da Fonseca Passos

Coordenador do GEDICON-EMERJ

Em recente artigo, publicado na página do CEDES, do sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, intitulado CÂMARAS CÍVEIS ESPECIALIZADAS EM DIREITO DO CONSUMIDOR, discorri sobre algumas questões acerca destes órgãos julgadores, antes mesmo de ser definida sua competência pelo Regimento Interno, aliás quando o projeto tramitava após a edição da Lei estadual nº 6375/12, que criou referidas Câmaras especializadas.

Naquele desprezioso escrito, afirmei que “sob a cortina da especialização, tem de emergir o principal escopo da criação destes órgãos julgadores: reduzir a distribuição das Câmaras Cíveis genéricas, a fim de que seus integrantes possam se dedicar, com mais acuidade, aos hard cases”. Tenha-se em mente, contudo, que a afirmação não se destina a estabelecer qualquer gradação de hierarquia de importância intelectual.

Façamos votos, por outro lado, que a perspectiva pessimista inicial seja demolida por um avanço científico na matéria, consumo, com a construção de um direito pretoriano à altura do esforço exigido desses abnegados desembargadores especializados.

Nesse sentido, destaquei que a interpretação de consumo deveria ser estabelecida com responsabilidade institucional e de forma restritiva, com vistas a não inviabilizar o funcionamento dos novos órgãos julgadores.

Considerarei, nessa linha, a adoção de três princípios consistentes em um trinômio: restrição, não descaracterização e valorização das Câmaras especializadas. Para os que não puderam perceber a

conotação, por hermética, aponto a restrição, como particularização; não descaracterização, como órgão fracionário julgador de igual porte em relação a qualquer outro, digno do mais irrestrito apoio, daí a valorização.

Expendi outros argumentos não adotados pelo ato normativo e louvei a inteligente iniciativa do projeto, que previu eficácia vinculante para os julgamentos dos conflitos de competência, desde que a solução fosse acolhida por, no mínimo, 17 votos (vide art. 6º, §3º, do Regimento Interno), para que não se reeditasse a suscitação de incidentes sobre a mesma questão.

Eis uma demonstração de confiança expressiva e expressada pelo Tribunal Pleno (órgão delegante) ao Órgão Especial (órgão delegatário).

Propus, ainda, que se realizasse um encontro de desembargadores através do Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Justiça, com a finalidade da consecução de entendimentos para o evitamento de conflitos.

Na ocasião, isso foi considerado inviável, porquanto os magistrados especializados, em esmagadora minoria, não teriam qualquer condição de fazer prevalecer seu entendimento, ainda que o argumento fosse verossímil.

Não concordei e ainda não concordo com essa visão das coisas, pois, conforme enfatizado por Thomas Mann, “enquanto permitirmos que a linguagem prevaleça, enquanto pudermos falar uns com os outros, há esperança para a civilidade e para a busca da verdade”.

Como consequência dessa falta de diálogo, os conflitos de competência se têm multiplicado no Órgão Especial.

A solução, de momento, encontrada por aquele órgão julgador, foi edição de enunciados sumulares na dirimência dos conflitos com eficácia vinculante.

Referida alternativa, além de não observar a técnica, busca uma

finalidade que prescinde da adoção daquela forma.

Com efeito, a súmula resulta da uniformização da jurisprudência (art. 479, do CPC) e não do julgamento do conflito de competência.

A solução é a produção de enunciados não sumulares, bastando que se lhes dê adequada publicidade, verdadeiro propósito daquela providência que se estabeleceu.

Na verdade, o caminho natural é transformar em norma regimental os resultados dos julgamentos daqueles conflitos de competência.

De fato, trata-se de questão de competência. E a dos Tribunais estaduais é definida pelas constituições estaduais. Di-lo o art. 125, §1º, da CF. De seu turno, a nossa Constituição Estadual, além de prever algumas regras de competência para o Tribunal de Justiça, estatui em seu art. 158, inciso I, alínea b, que o Regimento Interno deve dispor sobre a competência dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

Assim, dois são os caminhos a seguir: um, de tornar normas regimentais os enunciados não sumulares decorrentes dos julgamentos dos conflitos. Alia-se a técnica à praticidade de tornar insuscetível de nova discussão a questão (o julgamento do conflito pode ser objeto de recurso por uma das partes), pois a partir do momento em que o enunciado alcança aquele status normativo, passa a constituir matéria de oportunidade legislativa e imune a qualquer impugnação recursal, tal como a que exclui da competência consumerista as demandas em que figuram na relação processual pessoas jurídicas de direito público (art. 6º-A, §2º, do Regimento Interno), aliás, em consonância com o verbete nº 305, da Súmula do TJ-RJ (“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”), embora não se possa esquecer a cingida normativa da previsão do reexame necessário das decisões proferidas pelas Câmaras especializadas, o que também deve ser corrigido (vide art. 6º-A, inciso

II, alínea b, do mesmo diploma).

De fato, a tarefa de elaboração legislativa é facilitada pelo próprio Regimento Interno, visto como contém normas inclusiva e excludente de competência das câmaras especializadas, respectivamente, os §§1º e 2º, do art. 6º-A, nos quais, casuisticamente, à medida que os conflitos com eficácia vinculante fossem julgados, poderiam ser inseridas as hipóteses de afirmação ou negativa de competência daqueles órgãos julgadores.

A outra via é a realização do encontro de desembargadores, pois acredito no diálogo entre eles, com o propósito de encontrar uma solução que atenda a todos, sendo necessário um espírito desarmado, que permita distribuição mais equitativa de trabalho.

Cuida-se aqui da aplicação da universal e vetusta “regra de ouro” ou princípio da reciprocidade, magnificamente exprimido por Confúcio, cinco séculos antes do nascimento de Cristo: “o que não desejares para ti, também não o faça aos outros”. A fórmula pode ser substituída por uma afirmação: faça aos outros, o que desejas para ti.

Em outros termos, é bom pensar nas agruras do excesso de trabalho, que vem sendo imposto e suportado pelos desembargadores consumeristas, antes que isso se volte contra não especializados.

Afinal, como disse Goethe, civilização é um exercício constante de respeito. Respeito pelo divino, pelo nosso semelhante, e, portanto, pela nossa própria dignidade.

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, OS NEGÓCIOS PROCESSUAIS E A ADEQUAÇÃO PROCEDIMENTAL¹

Antonio Aurélio Abi Ramia Duarte

Juiz de Direito do TJERJ, Mestre em Processo pela UERJ, Expositor da EMERJ, ESAJ, UCAM, UNESA e FEMPERJ, Membro do IBDP e do ICDP.

Área do Direito: Direito Constitucional; Direito Processual Civil.

Resumo: O presente artigo trata da possibilidade de maior ajuste das fases do processo, permitindo adequar o rito ao caso concreto. Busca, também, examinar o tema dos negócios processuais e os seus requisitos no novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: negócio processual-adequação - novo código de processo civil

Riassunto: Il presente articolo discute la possibilità di perfezionare le fasi dei processi, per rendere possibile regolare il rito al caso determinato. Cerco anche di analizzare l'argomento dei rapporti processuali e i suoi requisiti del nuovo codice di procedura civile.

Parole-Chiave: Attività procedurale- adeguatezza- nuovo codice di procedura civile.

1) Introdução

Busco, neste estudo, traçar os elementos basilares pertinentes à adequação procedimental e alguns dos conceitos que gravitam no seu entorno.

1 Dedico o estudo ao amigo Alexandre Freitas Câmara, quer pelo maravilhoso processualista, quer por seu enorme coração, quer por deixar portas e portas abertas para jovens processualistas cariocas que o seguem. Câmara, meu amigo, obrigado por tudo.

Por outro lado, pretendo tratar dos negócios jurídicos processuais previstos no Novo Código de Processo Civil e a sua mais recente interpretação.

2) Visão panorâmica da adequação procedimental e os seus desafios

Inicialmente, cabe salientar que a flexibilização procedimental não importa na renúncia ou negação à forma; ao contrário, trata-se de uma proposta para que esta seja democraticamente exercitada, tornando o processo espaço de pleno diálogo e reflexões.

A concepção de um modelo procedimental inflexível (único) é tema enfrentado por José Roberto dos Santos Bedaque, repudiando a ideia de procedimento único e rígido, inflexível à realidade do caso concreto:

Trata-se da concepção de um modelo procedimental flexível, passível de adaptação às circunstâncias apresentadas pela relação substancial. Não se admite mais o procedimento único, rígido, sem possibilidade de adequação às exigências do caso concreto. Muitas vezes a maior ou menor complexidade do litígio exige que sejam tomadas providências diferentes, a fim de se obter o resultado do processo².

Desse modo, a técnica processual é manejada como forma de servir ao direito material e aos fins do processo, ou seja, pela via da adequação, pode-se relativizar o procedimento com olhos voltados para *“emprestar a maior efetividade possível ao direito processual no desempenho de sua tarefa básica de realização do direito material e de outorga de justiça”*³.

2 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 74.

3 Vale recordar as lições: “O ideal é colocar a técnica processual a serviço do direito material e dos fins

Quanto maior a participação democrática das partes no processo, com ampla dialética destas, tendo o processo como fecundo campo de valorização do Estado Democrático de Direito, maior legitimidade ganhará a decisão final. Máximas, também, serão as possibilidades de aceitação das partes da decisão final proferida, abalizada pelo diálogo permanente.

Pelo fato de as partes participarem ativamente⁴ da formação dos meios que levam à sentença, a possibilidade de conformação delas com o resultado final é bem mais significativa, obtendo maior aceitação.

Como dito, o processo passa a ser o cenário da máxima dialética democrática, em consonância com a garantia fundamental do Estado Democrático de Direito, o que, para o Estado e para a evolução social, desponta como valor precioso.

Pretende-se a abolição de atos processuais desnecessários e inúteis, buscando-se a atenuação/extinção do “*processualismo*”, sendo este o fenômeno pelo qual as questões pertinentes às formalidades ganham tamanha expressão, que acabam colocando de lado o debate relativo ao próprio direito em si, passando este a ser mero coadjuvante do formalismo irracional⁵.

últimos do processo, limitando-se o mínimo possível o desempenho dos sujeitos processuais, de modo que a regulação contenha apenas o indispensável para uma condução bem organizada e proporcionada do feito. Além disso, a par da maior eficiência do aparelho estatal, mostra-se desejável hoje o desiderato de obter-se índice sempre mais intenso de democratização do processo, incrementando-se, assim, a efetiva acessibilidade das partes e dos demais participantes do serviço judiciário, facilitando-se-lhes ao mesmo tempo o uso do aparelho estatal”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 173. Neste sentido, leciona Galeno Lacerda: “Isto significa que o Código representa, na verdade, o sistema legal de adequação do processo, como instrumento, aos sujeitos que o acionaram, ao objeto sobre o qual atua, e aos fins da respectiva função judiciária, polarizado sempre para a declaração e realização do direito em concreto.” LACERDA, Galeno. O Código como Sistema legal de Adequação do Processo. Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 1976, p. 170.

4 Com a necessária preservação das garantias fundamentais do processo, com ênfase no contraditório participativo, persiste imaculado o devido processo legal.

5 “(...) quando é dada a possibilidade de questionar várias vezes os mesmos pontos e quando esse questionamento pode referir-se a pormenores formais, a discussão sobre os direitos sempre acaba prejudicada”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 102-104.

Algumas conclusões merecem o nosso destaque.

Na primeira, como já mencionado, não se quer a abolição do formalismo, indispensável para se coibir a desordem e emprestar previsibilidade ao procedimento; o que se vislumbra é a busca por maior racionalidade com impacto direto no processo, impondo-lhe maior efetividade⁶.

Na segunda, como veremos adiante, cuida-se da adaptação do rito, a qual será norteadada pelo resguardo ao contraditório participativo, bem como a diversas outras garantias processuais, evitando surpresas que afrontem os princípios da lealdade e da cooperação⁷. Além disso, tratando da flexibilização, a efetividade deve caminhar de mãos dadas com a preservação das garantias fundamentais do processo, corroborando a preservação dos valores decorrentes do indigitado Estado Democrático de Direito.

A flexibilização procedimental desponta como instrumento para a prática do princípio da adaptabilidade.

Leonardo Greco, com enorme técnica e brilhantismo, nos indaga:

Se, respeitados certos princípios inderrogáveis, na arbitragem as partes podem ditar o procedimento a ser seguido pelos árbitros, por que não permitir que, perante os juízes profissionais, as partes possam dispor sobre o modo que consideram mais adequado de direção do seu processo, os prazos a serem observados, a escolha de comum acordo do perito a atuar na instrução da causa e tantas outras questões em que a lei é atualmente imperativa ou em que a margem de flexibilidade está entregue ao

6 Como já expomos em diversos pontos, o bom direito não pode sucumbir em face de uma exigência de caráter puramente formal. Seria dar maior relevância à forma e colocar o direito material de lado.

7 Nesse sentido: DIDIER JR., Fredie. Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. In: **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênese, 2001, n. 21, p. 536.

poder discricionário do juiz?⁸

A exposição do mestre nos leva à reflexão decorrente da divergência ínsita de que o árbitro teria um poder-importância maior de atuação que o do Estado na composição dos conflitos, fato que nos parece fora de propósito se considerarmos o nosso sistema jurídico-normativo.

A flexibilização procedimental⁹ e a sua aplicabilidade ao caso concreto desponta no cenário processual como exigência fundamental para a melhor consecução dos fins do processo, numa visão instrumentalista dele.

Para que tenhamos um processo com resultados satisfatórios, devemos ter como guia a máxima de que uma visão racional do procedimento terá impacto imediato na qualidade do processo, afinal de contas, convivemos com uma enormidade de ritos, cada qual com as suas características e os seus predicados.

O magistrado não deve descolar da realidade fática a sua compreensão e a necessidade das partes, ou seja, quanto mais distante desta, menor será a capacidade do juiz de solucionar o conflito.

Egas Dirceu Moniz de Aragão aduz que a burocracia e os formalismos irracionais distanciam o juiz do litígio, já que, em vez de se concentrarem neste (questão substancial), se prendem a “*quizilas procedimentais criadas pela interpretação e cumprimento das normas*

8 GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: Maria Angélica Echer Ferreira Feijó (org.). *Processo Civil – Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. Rio de Janeiro: Atlas, 2012, p. 28. O professor apresenta como resposta os *contrats de procédure*, adotados na França com ampliação do espaço de contratualização do processo judicial, sujeitando-se à supervisão do magistrado.

9 O primeiro movimento de flexibilização da forma deu-se pela Igreja no século XIV. Os decretais do Papa Clemente V propunham a substituição do processo tradicional (o *solenis ordo judiciorum*) por um processo menos formal, mais flexível. No Brasil, viveu um modelo formal, detalhista, escrito e carregado do formalismo religioso. A organização da justiça brasileira imperial, portanto, descende do modelo medieval e carrega um formalismo exacerbado (Liebman, em nota a Chioyenda). Ver: SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 126-127.

*disciplinares de cada qual destas dezenas de procedimentos*¹⁰.

A espantosa variedade de ritos conduz o aplicador do direito a possíveis equívocos que corrompem e comprometem a busca pela Justiça (direito substancial pretendido), conduzindo o intérprete, em repetidas oportunidades, à eleição de rito incompatível e contraproducente ao resultado do processo.

Ademais, para determinados casos, inexistente rito propriamente adequado a tutelar a pretensão deduzida, notadamente pela divergência temporal entre a evolução da sociedade e a criação da norma jurídica.

Como o processo não existe sem o procedimento, o aplicador é compelido à adoção da mesma forma repetidamente, ainda que esta não se revele adequada, como única via apta para deduzir o seu pleito e solucionar o caso concreto. Obviamente, por melhor que se apresente essa norma abstrata, ela não foi criada para a solução específica daquele caso posto. Certamente, em decorrência dessa lacuna, teremos uma *“roupa curta ou longa demais para aquele corpo”*; por conseguinte deficiências e mazelas surgirão.

Não podemos deixar de observar, também, que, tratando-se de norma de ordem pública, o rito é imposto por força do comando legal para o caso concreto, não podendo a parte optar livremente por outro a ser seguido. Eis, inegavelmente, um enclausuramento procedimental limitador e objetivamente imposto, tendo as partes a obrigação de acatar o rito determinado por força legal, por mais inadequado que seja¹¹.

10 ARAGÃO, Egas D. Moniz de. Procedimento: formalismo e burocracia. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, novembro/dezembro, v. 358, p. 54-55. Vale também recordar as lições de Dalmo de Abreu Dallari: “O excesso de apego à legalidade formal pretende, consciente ou inconscientemente, que as pessoas sirvam à lei, invertendo posição razoável e lógica, segundo a qual as leis são instrumentos da humanidade e como tais devem basear-se na realidade social e conformes a essa. (...) Como está bem claro, o juiz não só pode, mas na realidade deve procurar alternativas de aplicação que, preservando a essência das normas legais, estejam mais próximas da concepção de justiça vigente no local e no momento da aplicação”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juizes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 87-88; 101.

11 “Assinala-se ao sistema da liberdade de forma uma maior celeridade no andamento do processo quando sejam atribuídos poderes ao juiz com esse objetivo, enquanto ao sistema com formalismos predeter-

3) Os desafios a serem vencidos e o novo CPC – os negócios jurídicos processuais

A forma deve ser racionalmente manejada e pensada, afinal, da mesma maneira que a violação aos requisitos legais implica o comprometimento procedimental, maculando os escopos do processo, a vã perseguição da forma como objeto central do processo corrompe o seu regular andamento, como doutrina Bedaque:

A absoluta ausência de requisitos legais quanto ao modo de ser do ato processual e do próprio procedimento leva à desordem e se apresenta como obstáculo ao escopo do processo. Por outro lado o formalismo cego e desmedido acaba levando às mesmas consequências, pois impede o desenvolvimento normal da atividade jurisdicional¹².

Desse modo, o sistema da legalidade das formas deve ser lido em consonância com a instrumentalidade, como meio de suavizar a sua rigidez, especialmente quando o objetivo do ato é alcançado.

Consequentemente, a atuação do julgador não pode ser cartesianamente exercida; mas renovada, dia a dia, conforme clama a sociedade; e a nossa espera pelo julgamento célere e efetivo, doutrinando Nicola Picardi:

Já há tempos colocou-se em evidência que a atividade do intérprete não pode se reduzir a uma simples “explicitação”, mas é sempre uma contínua “reformulação” da norma, e também se esclareceu que a individualização da regra a ser aplicada no caso concreto, longe de se impor do exterior, é fruto de

minados se assaca a sua morosidade por eventualmente se realizarem atos desnecessários, mas fixados na lei. (...) A forma, quando degenera em mero formalismo constitui, aliás, um dos obstáculos a um verdadeiro acesso à justiça, o que contradiz a função do Estado nesta área”. BRITO, Pedro Madeira de. *Aspectos do novo processo civil*. O novo princípio da adequação formal. Lisboa: Lex, 1997, p. 34.

12 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1990, outubro/dezembro, ano 15, n. 60, p. 94.

uma escolha que o juiz desenvolve na interpretação ou aplicação da norma. Hoje é precisado que, no *iter* de formação da sentença, o juiz dispõe de amplos poderes discricionários e, exatamente por meio do exercício desses poderes, é que ele “cria” a decisão¹³.

Quanto à ordenação formal, o modelo varia, permitindo maior ou menor flexibilização na aplicação do regramento ao caso concreto, podendo, ou não, haver liberdade ao juiz e às partes para modificarem as regras previamente estabelecidas¹⁴.

Temos os sistemas de legalidade e liberdade das formas antagônicos ou complementares entre si?

O sistema da legalidade das formas procedimentais tem regras rigidamente pré-estabelecidas por lei, decorrendo eventual violação normativa na invalidade do próprio ato, de todo o procedimento ou do processo. Esse sistema porta maior segurança jurídica e previsibilidade às partes que nele litigam, já que conhecem todo o rito do início ao fim. A forma revela-se necessária como meio hábil a controlar a atividade estatal, evitando o arbítrio do magistrado na sua atuação e no eventual cometimento de ilegalidades.

Recorro às lições do gênio de Calamandrei, citadas por Leonardo Greco:

13 PICARDI, Nicola. Jurisdição e processo. In: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). *Do juízo ao processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 15.

14 Bedaque doutrina: “A maior flexibilização das nulidades, tornando mais abrangente a possibilidade de convalidação dos defeitos do procedimento, é apontada pela doutrina até mesmo como fator importante na facilitação do acesso à justiça” (Bedaque, José Roberto dos Santos. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. In: REPRO. São Paulo: RT, 1990, p. 35).

O juiz avaliaria as peculiaridades de cada caso no momento da sua aplicação, como destacou Giuseppe Chiovenda, citado por Gajardoni: “Se as normas devem ser determinadas pela lei ou devem se deixar determinar pelo juiz em cada caso, segundo as exigências do momento. Na maior parte das leis prevalece o primeiro sistema como o que mais garantias oferece aos litigantes. Certamente, a extensão dos poderes do juiz no tocante à forma é um meio poderoso de simplificação procedimental (...), mas não é possível senão em proporção da confiança que, em determinado momento, inspira aos cidadãos confiança no seu sistema judicial”. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 78.

A quarta conclusão é, a meu ver, a exigência urgente de que seja restaurado o respeito ao primado da lei e o consequente e efetivo cumprimento das decisões judiciais pelos juízes e pelo próprio Estado. Como dizia Calamandrei, no seu *Processo e Democracia*, o Estado de Direito exige juízes que julguem em conformidade com a lei, e não juízes que, a pretexto de aplicar a Constituição, deem à lei interpretação inteiramente incompatível com o seu próprio enunciado¹⁵.

Já no sistema da liberdade das formas procedimentais, no qual não há uma ordem legal pré-estabelecida, originando a plena liberdade aos personagens do processo para a prática dos atos processuais, a liberdade procedimental absoluta carrega maior incerteza e insegurança às partes por não ter roteiro pré-estabelecido, ou seja, a sensação de maior insegurança se revela mais acentuada. Com a ampla liberdade, as partes não poderão antever os atos processuais seguintes e preparar-se para eles.

Chegamos à conclusão de que, se, por um lado, temos enormes riscos decorrentes da ampla liberdade, por outro, temos o benefício de vivermos a experiência de ter cada processo individualmente moldado aos contornos reais do caso concreto.

Não existem sistemas totalmente puros, no entanto, entre nós, prevalece o sistema da legalidade das formas procedimentais, denotando preferência pela rigidez.

O nosso grande desafio decorre de fazer uma releitura de tal sistema na incansável busca por uma decisão justa, adequada aos tempos modernos e aos escopos do processo.

Comumente estudamos que normas processuais são regras cogentes e de ordem pública, sendo a disponibilidade delas

15 CALAMANDREI *apud* GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: Maria Angélica Echer Ferreira Feijó (org.). *Processo Civil* – Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Atlas, 2012, p. 33.

excepcionalmente estabelecidas.

Dessarte, pelo fato de o procedimento não ter sido estabelecido individualmente para cada qual dos casos, mas para a atuação de uma função soberana do Estado, os personagens do processo não podem convencionar acerca do rito a ser seguido. Eles não têm o poder de transacionar o rito pré-assentado para resguardo da atuação pública, e por conseguinte, tratamos de procedimento rígido, um método formal previsto em lei.

Com a vinda do novo Código de Processo Civil, este cenário ganha um novo colorido, admitindo a celebração dos chamados negócios jurídicos processuais, permitindo que as partes e o julgador modulem o procedimento à realidade do caso concreto, cravando-o da máxima efetividade, adaptado às necessidades processuais das partes.

Estabelece o art. 191 do Novo Código de Processo Civil, concernente ao tema em questão, a plena possibilidade de as partes negociarem mudanças no procedimento, adaptando-o às suas necessidades e, conseqüentemente, permitindo a melhor resolução do caso concreto marcado pelo ajuste de vontades. O artigo admite a celebração de negócios processuais sujeitos à autocomposição, convencionando com relação a ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, em fases pré e processual.

As partes podem estabelecer novos prazos, orientando todo um novo calendário processual, obviamente sujeitando-se à anuência dos personagens processuais, o qual vincula as partes.

Diante desse novo cenário, o IBDP realizou o II Encontro de Jovens Processualistas, estabelecendo uma série de enunciados relativos ao tema “*Negócios Jurídicos Processuais*”, conforme colhemos na Carta de Salvador (com a redação revista pelo IIFPPC-Rio):

16. (art. 191) O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo. (Grupo: Negócio Processual)

17. (art. 191) As partes podem, no negócio processual, estabelecer outros deveres e sanções para o caso do descumprimento da convenção. *(Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC-Rio)*

18. (art. 191) Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica. *(Grupo: Negócio Processual)*

19. (art. 191) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação, acordo para não promover execução provisória. *(Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC-Rio)*

20. (art. 191) Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da 1ª instância. *(Grupo: Negócio Processual)*

21. (art. 191) São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado da lide convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais. *(Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC-Rio)*¹⁶

¹⁶ Instituto Brasileiro de Direito Processual. II Encontro de Jovens Processualistas. Carta de Salvador. 08 e 09 de novembro de 2013. Enunciados aprovados pela Plenária. Redação Revista pelo III FPPC-Rio

Assim, desde o estabelecimento de deveres e sanções, passando pela ampliação e redução de prazos processuais, tempo de sustentação, rateio de despesas processuais, dispensa de assistentes técnicos e execução provisória, dentre outros, podem ser estabelecidos. Vê-se a primazia da vontade atuando no campo processual, revelando o pioneirismo do nosso Código e o ajuste a valores democráticos, em consonância com os novos tempos.

Com isso, nota-se a clara realidade da adequação do procedimento às necessidades das partes, objetivando a operação do procedimento de forma mais efetiva possível, regida pela vontade das partes e em plena concordância com o valor supremo do devido processo legal.

Novamente, sob a coordenação dos talentosos Professores Didier, Cássio Scarpinella Bueno e Ronaldo Cramer, o tema dos negócios processuais voltou a debate no III Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Após longos e cirúrgicos debates científicos presididos pelo talentoso Prof. Bruno Garcia Redondo, dos quais tive a honra de participar, foram aprovados pela plenária os seguintes enunciados:

131. (art. 191) Aplica-se ao processo do trabalho o disposto no art. 191 no que se refere à flexibilidade do procedimento por proposta das partes, inclusive quanto aos prazos. (*Grupo: Impacto do CPC no Processo do Trabalho*)

132. (art. 191) Além dos defeitos processuais, os vícios da vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios jurídicos atípicos do art. 191. (*Grupo: Negócios Processuais*)

133. (art. 191, *caput*; art. 200) Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do *caput* do art. 191 não dependem de homologação judicial. (*Grupo: Negócios Processuais*)

134. (Art. 191, § 4º) Negócio jurídico processual

pode ser invalidado parcialmente. (*Grupo: Negócios Processuais*)

135. (art. 191, § 4º) A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual. (*Grupo: Negócios Processuais*)¹⁷

Percebe-se, em alguns dos enunciados, a extensão da flexibilização ao campo trabalhista, a dispensa da homologação judicial, a possibilidade de invalidação parcial do negócio celebrado e a natureza do direito material (não servindo de obstáculo). As propostas buscaram estimular a celebração do negócio processual e expandir o seu campo de aplicação.

Os negócios processuais permitem uma visão mais democrática do processo, como campo de aberto diálogo e máxima comunhão das partes, oxigenando o procedimento. Tal simbiose importa no reforço de princípios como a cooperação, a boa-fé e a lealdade processuais, resultando numa prática extremamente promissora do ponto de vista da evolução da cidadania. Tenho certeza de que os benefícios não são apenas jurídicos, mas sociais, tornando o processo um campo de diálogo efetivo.

Temos diversos outros exemplos de flexibilização no nosso Novo CPC, permitindo a permanente adequação do feito às necessidades das partes, como os artigos 139, V e VI, 444, §2º, 113, §1º, 191, entre outros.

Trabalhando, especificamente, os Juizados Especiais, não nos devemos afastar dos conceitos de celeridade e de informalidade, essenciais e norteadores de todo o procedimento, sendo fatores de operacionalização do acesso à ordem jurídica justa. Assim, resta claro que a flexibilização encontra uma estrada larga quando tratamos de Juizados Especiais, especialmente, reforçada pelo novo Código.

17 III Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Carta do Rio. IBDP. Presidência Teresa Arruda Alvim Wambier. Rio de Janeiro, 25, 26, 27 de abril de 2014. OAB/RJ

Todo regramento procedimental se alicerça em uma utilidade, em uma função para a busca do resultado final do processo. Cada ato tem uma função específica nesse processo e objetiva um determinado fim. Desta forma, os negócios processuais devem ser manejados para dar maior efetividade ao processo, preservando as suas garantias fundamentais.

Morello, tratando dos obstáculos ao processo justo, recorda-nos a necessidade do desapego às formalidades excessivas que fulminam a efetividade processual:

Lenta, engorrosa, cara, hecha para el gusto de los operadores jurídicos que manejan sus técnicas sofisticadas y tremendamente formalistas, cuyos pliegues y repliegues - interminables ahogan la materia viva, el contenido de una disputa o controversia que debe merecer la respuesta justa: una solución útil, efectiva¹⁸.

O sistema, ao analisar cada caso, deveria ser uma sequência necessária e concatenada de atos processuais indispensáveis para que o processo caminhasse ao seu fim. A questão surge quando um desses atos se revela desnecessário ou inútil ao caso concreto¹⁹, daí, adequando-se aos requisitos do art. 191 do NCPC, permitem-se as partes modular o procedimento, reconduzindo-o às suas necessidades e à preservação da duração razoável do processo.

18 MORELLO, Augusto M. El proceso justo. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2005, p. 714.

19 Ovídio Baptista aponta a existência de uma crença coletiva de que o procedimento ordinário é o guardião absoluto da segurança jurídica, da atividade jurisdicional imparcial e da justiça das decisões finais, como se, pelo procedimento ordinário, chegássemos à verdade completa e real. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Processo e ideologia: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 131. Contudo, o procedimento ordinário é, por Baptista, duramente criticado pela sua morosidade quando aplicado na prática, ferindo a previsão constitucional da duração razoável na maioria maciça das vezes que aplicado. Da mesma forma, Nicola Picardi alerta: “Na verdade, a discricionariedade é um conceito de relação. A discricionariedade do juiz, em particular, é colocada em conexão indissolúvel com a própria função judiciária. Nas hipóteses em que o juiz deva escolher entre duas ou mais alternativas, igualmente legítimas, deverá tomar a decisão mais oportuna para desempenhar a função reclamada”. PICARDI, Nicola. Jurisdição e processo. In: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Do juízo ao processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 17.

Em regra, todos os mandamentos são tecnicamente previstos e estabelecidos em função da sua utilidade para o processo. E se a utilidade do ato não mais persiste? Ou se a sua prática se torna desnecessária, estéril ao processo? Qual a razão lógica da sua prática? Não seria um comprometimento da efetividade processual e da duração razoável do processo a prática de determinado ato processual que se revelasse desnecessário, apenas por exigência formal?

A resposta é dada por Bedaque:

“Em primeiro lugar, é preciso abandonar a ideia de que os atos processuais devem atender rigorosamente a determinada forma previamente estabelecida, não tendo o juiz poderes para flexibilizar os rigores da lei. O formalismo exagerado é incompatível com a visão social do processo. Não podemos olvidar que o Estado está comprometido com a correta solução das controvérsias, não com a forma do processo. Esta constitui fator de garantia do resultado e de segurança para as partes, não podendo ser objeto de culto.²⁰”

Entendo que a resposta foi dada pelo nosso novo Código e pelos dispositivos mencionados aqui.

Assim, o regramento do art. 191 do NCPC dispõe-se a dar total aplicabilidade ao visionário entendimento do professor acima transcrito, sem se distanciar, repito, da necessidade de preservação das garantias fundamentais do processo, atuando no campo exclusivamente negocial.

Francisco Ramoz Mendes, citado por Gajardoni, reforça a

20 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 109-110.

De igual forma, vale recordar que o CPC de 1939, na sua “Exposição de motivos”, já apontava uma série de justificativas para abolir o formalismo exagerado, democratizando o processo, conforme: “O processo em vigor, formalista e bizantino, era apenas um instrumento das classes privilegiadas, que tinham lazer e recursos suficientes para acompanhar os jogos e cerimônias da justiça, complicados nas suas regras, artificiosos na sua composição e, sobretudo, demorados nos seus desenlaces.”

obrigação de adaptabilidade do procedimento à realidade do caso concreto, enaltecendo um formalismo-valorativo:

Exatamente por isso, ‘a experiência aconselha mudá-las quando sua utilização se torna estéril e dissipa os fins do processo’. Sendo as regras de procedimento preestabelecidas como garantia, estas normas não podem ‘substantivar-se, quer dizer, converter-se em fim próprio por si mesmo. Isso conduz ao formalismo, defeito que deve ser firmemente rechaçado por converter em fim o que não é mais do que um meio’²¹.

Não parece razoável admitirmos a convivência com uma medida irracional, morosa, ineficaz e nociva às partes se temos em nossas mãos mecanismos que permitem a flexibilização com o resguardo do processo justo, mediante o contraditório participativo prévio, com a variação procedimental submetida às partes (evitando surpresas), mantendo-se preservada a segurança jurídica, reforçada pela fundamentação analítica das decisões.

Temos como fecundo parâmetro a bem-sucedida experiência portuguesa, reafirmada no novo CPC português de 2013 (art. 265-A do CPC – Lei nº 41/2013), admitindo a adequação formal, desde que preenchidas determinadas condicionantes, como:

- 1) a prévia oitiva dos interessados;
- 2) alteração procedimental fundada e pautada em critérios objetivos norteados pelo direito material;
- 3) a alteração não pode servir para determinar o afastamento da preclusão já verificada, retardando o curso processual;
- 4) estabelecimento, em princípio, de uma sequência de atos procedimentais, ofertando um mínimo de certeza aos litigantes: a necessidade de segurança e o acesso à Justiça impõem que se garanta

21 MENDES, Francisco Ramoz *apud* GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 84.

um conhecimento prévio e efetivo de todo o procedimento que se seguirá;

5) respeito aos demais princípios fundamentais do processo, como: contraditório, ampla defesa, dispositivo, economia processual e fundamentação.

De igual forma, a flexibilização não é algo inédito no nosso ordenamento jurídico. Aplicamos, todos os dias, incontáveis exemplos objetivos e subjetivos de acolhimento da flexibilização do procedimento.

Os novos tempos e a sua complexa rapidez apontam-nos a adaptabilidade como uma ferramenta de ajuste necessário, em plena consonância com a modernidade e a velocidade galopante que a sociedade espera da Justiça.

Conforme já expomos, é impossível que o legislador institua, milimetricamente, todas as hipóteses procedimentais para uma gama infinita de casos concretos e das suas peculiaridades. Por maiores que sejam os avanços tecnológico, social e cultural de uma sociedade, dificilmente venceremos o progresso do tempo e dos novíssimos anseios sociais.

Consoante o registrado, o Direito é uma ciência viva e em plena evolução, carecedora de atuação ativa do magistrado a fim de que o procedimento se adapte às necessidades das partes, situação que destoa de um possível enclausuramento interpretativo. Dessa forma, não está em jogo apenas a possibilidade de adequação da forma ao caso concreto, senão também a independente atuação do julgador em constante diálogo com as partes, e mais, da necessidade de um juiz com olhos voltados à atividade negocial das partes, estimulando-a.

Nossos tempos enaltecem a figura do “juiz-gestor”, ou seja, daquele magistrado que efetivamente conduz o processo ao bem-estar social, diferindo do espectador inerte. O juiz tem o papel de zelar pela efetividade do processo; ao procedimento deve ser impelido o ritmo necessário para consecução desse resultado, preservando a duração

razoável do processo e a sua efetividade. Obviamente, não terá o julgador papel de gestor se não tiver mínima liberdade de atuação.

Ficam as lições do professor Daniel Mitidiero, que, com brilhantismo, conclui:

“Como o novo se perfaz afirmando-se contrariamente ao estabelecido, confrontando-o, parece-nos, haja vista o exposto, que o processo civil brasileiro já está a passar por uma quarta fase metodológica, superada a fase instrumentalista. Com efeito, da instrumentalidade passa-se ao formalismo-valorativo, que ora se assume como um verdadeiro método de pensamento e programa de reforma de nosso processo. Trata-se de uma nova visão metodológica, uma nova maneira de pensar o direito processual civil, fruto de nossa evolução cultural. O processo vai hoje informado pelo formalismo-valorativo porque, antes de tudo, encerra um formalismo cuja estruturação responde a valores, notadamente, aos valores encartados em nossa Constituição. Com efeito, o processo vai dominado pelos valores justiça, participação leal, segurança e efetividade, base axiológica da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação. Vale dizer: do plano axiológico ao plano deontológico.²²”

Há um influxo de valores a orientar o desenvolvimento processual, destacando- -se a justiça material, trazida ao centro das preocupações do processo. Orientam o seu curso os princípios constitucionais-processuais, como a efetividade do processo (almejando-se a obtenção da adequada e tempestiva tutela jurisdicional) e o contraditório,

22 MITIDIERO, Daniel Francisco. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, 2007, p. 31-32.

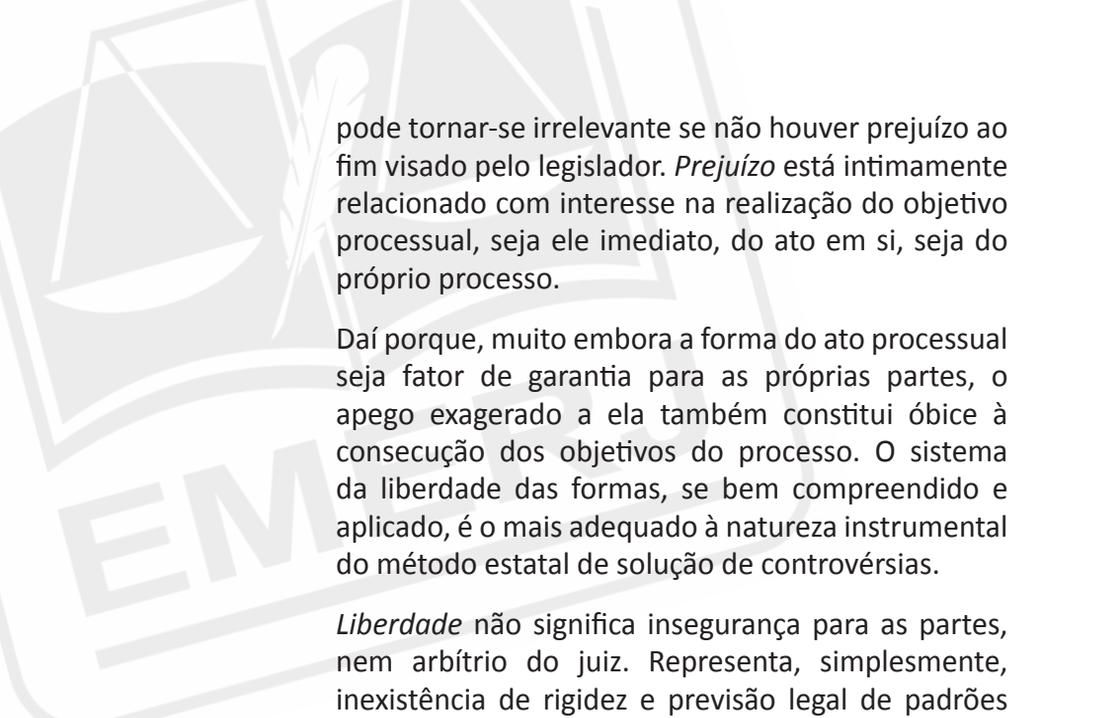
empreendendo-se a busca por um processo justo²³.

Por fim, a recomendação de Bedaque é uma clara conclusão a respeito do tema, mostrando a relevância de uma interpretação procedimental flexível:

“Pelos ideias até agora desenvolvidas, já há condições de estabelecer conclusão quanto à possibilidade de atipicidade do ato processual ser ignorada. Admite-se a existência de formas estéreis, sem razão de ser, visto que desprendidas de um objetivo maior. Estas devem ser desconsideradas, pois o desrespeito a elas não gera qualquer consequência. Se a forma não tem explicação teleológica, é destituída de fundamento. Exigir seu cumprimento significa render-se a exigências injustificáveis – o que não se coaduna com a visão moderna de processo. (...)”

Além disso, mesmo a não observância daquelas exigências formais mais plenamente justificáveis

23 “Nesta perspectiva, imperioso lembrar que na busca de tomada de decisões no âmbito da racionalidade jurídica deve-se ter em mira uma questão fundamental para a Teoria do Direito no Estado Constitucional, a saber a efetividade do direito. Com apoio em Carlos Alberto Alvaro de Oliveira é possível dizer que, no plano processual, a questão da efetividade ganha corpo a partir da consciência adquirida no início do século XX quanto ao caráter público do processo. Assim, segue o autor, se o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica, mas sim como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais, impõe-se considerá-lo como direito constitucional aplicado. Com efeito, conclui que sob a perspectiva contemporânea do Direito Processual Civil, em especial sob a égide do formalismo-valorativo, há de se pensar o direito como garantia da busca da justiça no caso concreto, da efetividade, empreendendo o processo justo, alçado aos valores constitucionais como um procedimento em contraditório. Constata Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que o estabelecimento, como princípio geral do processo, do princípio da adequação formal, facultando ao juiz, obtido o acordo das partes, e sempre que a tramitação processual prevista na lei não se adapte perfeitamente às exigências da demanda aforada, a possibilidade de amoldar o procedimento à especificidade da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem inidôneos para o fim do processo. Assim, pode-se dizer que a contemporânea teoria do direito processual civil intitulada Formalismo-Valorativo vai ao encontro das teorias Lógico Jurídicas, em especial a de Chaïm Perelman trabalhada na parte antecedente, uma vez que resgata a função da racionalidade prática para os embates judiciais e atribui um novo poder-dever ao julgador: a necessidade de trabalhar no caso concreto a efetividade do direito, nos limites da racionalidade, da razoabilidade e no reconhecimento cultural dos preceitos de justiça”. SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 209.



pode tornar-se irrelevante se não houver prejuízo ao fim visado pelo legislador. *Prejuízo* está intimamente relacionado com interesse na realização do objetivo processual, seja ele imediato, do ato em si, seja do próprio processo.

Daí porque, muito embora a forma do ato processual seja fator de garantia para as próprias partes, o apego exagerado a ela também constitui óbice à consecução dos objetivos do processo. O sistema da liberdade das formas, se bem compreendido e aplicado, é o mais adequado à natureza instrumental do método estatal de solução de controvérsias.

Liberdade não significa insegurança para as partes, nem arbítrio do juiz. Representa, simplesmente, inexistência de rigidez e previsão legal de padrões flexíveis, segundo as especificidades da situação, sem que isso implique violação às garantias do devido processo constitucional.²⁴”

24 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011b, p. 435-437.

BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Egas D. Moniz de. Procedimento: formalismo e burocracia. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, novembro/dezembro, v. 358.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. Influência do direito material sobre o processo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1990, outubro/dezembro, ano 15, n. 60.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996

DIDIER JR., Fredie. Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. In: *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2001, n. 21.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.

GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: Maria Angélica Echer Ferreira Feijó (org.). *Processo Civil – Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. Rio de Janeiro: Atlas, 2012.

IBDP. Instituto Brasileiro de Direito Processual. II Encontro de Jovens Processualistas. Carta de Salvador. 08 e 09 de novembro de 2013. Enunciados aprovados pela Plenária.

IBDP. III Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Carta do Rio. Presidência Teresa Arruda Alvim Wambier. Rio de Janeiro, 25, 26, 27 de abril de 2014. OAB/RJ.

LACERDA, Galeno. *O Código como Sistema legal de Adequação do Processo*. Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 1976.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, 2007.

MORELLO, Augusto M. *El proceso justo*. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PICARDI, Nicola. Jurisdição e processo. In: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). *Do juízo ao processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAUSAS E MOTIVOS DO EMPERRAMENTO JUDICIÁRIO

Doutor Álvaro Pessôa

Advogado

Vou seguir o conselho de Carlos Drummond de Andrade: **“escrever bem é escrever pouco”**.

I - EVOLUÇÃO DAS ROTINAS E METODOS DE TRABALHO NO FÓRUM PELOS ÚLTIMOS ANOS

Nenhum período na evolução da história das máquinas judiciárias, pelo menos no Estado do Rio de Janeiro, se compara ao que assistimos nos últimos anos. Introdução da informática e evolução dos sistemas automatizados, nos cartórios de Primeira Instância e sobretudo nos Tribunais. Criações de Centrais de Mandados e Proger. Convênios para obtenção de dados. Terminais de acesso a consultas por todo o fórum.

Pelo menos até uns quinze anos atrás, a máquina judiciária fluminense se orgulhava muito de sua eficiência. De certo modo ainda se orgulha, mas pelo menos um dos conjuntos de engrenagens, começa a mancar seriamente: a primeira Instância.

4 - Evoluir não quer dizer sempre melhorar. Informática não é panacéia capaz de curtir todos os males. Processos eletrônicos não vão substituir a capacidade de trabalho dos humanos. Caso não tenhamos cuidado e as pessoas responsáveis pelas máquinas cartorárias, não trabalhem com afinco, muito brevemente, estaremos assistindo à formação da “PILHA DE PROCESSOS ELETRÔNICOS”.

Em vez de pilhas de “papelada emperrada”, gonzos e dobradiças azinhavrados ou pátina e mofo nos cartórios, teremos os “diques eletro torniquete”, ou os “garrotes eletrônicos” por falta de comandos humanos.

Ou, ainda pior - como já está acontecendo em alguns cartórios - os comandos humanos, mandam os serventuários encaminhar determinado número de processos, pois os Magistrados não conseguem dar conta de todos.

5 - Pelo menos a pilha de processos não aparece mais fisicamente. O “engasgo cibernético” ocorre dentro dos meandros dos cérebros eletrônicos. Processos eletrônicos são “concepções de existência ideal”. Não são organismos vivos auto propulsionados. Caso não sejam comandados para citações e notificações serem expedidas, contestações e réplicas serem juntas, terem peças desentranhadas ou acrescidas, despachos proferidos ou Sentenças proferidas, não podem caminhar por si próprios.

6 - Evoluímos de um sistema baseado na confiança entre os servidores cartorários, os Advogados, Promotores e os Juízes, (que ocorria até 1970), para uma época de profunda desconfiança que rege nossas relações cotidianas. Parte disso decorre do gigantismo dos números de casos, processos e recursos e do próprio aumento do número de demandas e demandantes.

7 - Herdamos para aplicação nas máquinas cartorárias, alguns dos piores defeitos de nossa cultura luzo pombalina, entre elas, aquela que, à falta de melhor título, optei por denominar “SÍNDROME DE SIMETRIA”. Sob a atuação dessa síndrome, todas as partes devem ser tratadas iguais, as causas correrem todas ao mesmo tempo, independentemente de idade, preparo, tradição de advogar no contencioso, POR 10, 20 30 OU 50 ANOS. Uma das raras invenções processuais que combatem essa tendência, é a da “tutela antecipada”, onde a decisão está fora do padrão.

8 - Nesse sistema de crenças, um Juiz aplicado e dedicado, temperado em anos de exercício da Magistratura, é tratado como qualquer dos outros. Ou um escrevente que labutou durante décadas, é equiparado a qualquer colega recém-chegado. Advogados então, “meu Deus do céu”, são considerados os maiores responsáveis pela demora dos processos e por desejarem inversão da ordem cartorária, sempre a

querer falar com o Juiz, para conseguirem celeridade para seus processos. O Advogado quer falar com quem decida, não necessariamente com o Juiz.

Com essa mentalidade, ninguém confia em ninguém, até mesmo para fazer carga num processo, ou fazê-lo evoluir pelos diversos escaninhos e órgãos a que deve ser enviado.

9 - A sociedade brasileira é capaz de façanhas especiais, como ERADICAR A POLIOMIELITE NUM PAIS CONTINENTE, mas tem dificuldade de organizar as próprias rotinas. Exterminamos com golpes de Portarias e Resoluções o IMPULSO PROCESSUAL de que trata o nosso CPC. Sofremos, como brasileiros, **de inferioridade técnica coletiva e trabalhamos mal em equipe.**

10 - Tentamos, quando exercemos nossa autoridade, de todas as formas evitar que ocorra algum malfeito, pois sabemos que depois de acontecer, não tem mais conserto possível. Como raça, os brasileiros não são pródigos em punir e dificilmente o fazemos. Preferimos perdoar, conceder novas oportunidades e relevar faltas. Somos ainda individualistas e relutamos em delegar poderes, por medo natural e desconfiança dos recursos humanos que comandamos.

11 - Vivemos também a ilusão, de que sem “SUPERVISÃO JURISDICCIONAL”, um cartório possa funcionar, como se alguma máquina administrativa, pública ou privada, pudesse funcionar sem uma chefia encarregada de zelar por elas.

12- Em parte dos cartórios, talvez a maioria, não existe a menor possibilidade de que ocorra “impulso processual”. O Juiz, pelo menos por enquanto, ainda é a peça mais importante da serventia, seja o processo escrito ou oral, eletrônico ou não. Quando essa peça falha, tudo desanda e emperra. Nenhum cartório tem um “Ombudsman”, ou Corregedor Administrativo, para decidir pelo Juiz, em matéria administrativa ou ouvir reclamações.

13 - Era muito comum, algumas décadas atrás, que o Juiz mandasse intimar ambas as partes, NA PESSOA DE SEUS ADVOGADOS, para

uma audiência pessoal com ele. Com ou sem a presença do Escrivão. Identificada uma clara tentativa de chicana, trancamento ao bom andamento do processo, ou ainda de “recursos torniquete”, o Juiz exercia seu poder na forma educada mas firme, mandando acabar com a desordem processual.

14 - Muito recentemente, o Desembargador Felipe Hadad, por despacho, advertiu um Advogado que identificou como praticando chicana. **NENHUMA LEI PODERÁ SUBSTITUIR ESSE EXERCÍCIO DE AUTORIDADE.**

15 - Basta ler o Dec. lei 200, de 1967 (ainda em vigor em sua melhor parte) que trata da REFORMA ADMINISTRATIVA (aplicável aos três níveis de governo) e logo veremos a importância dada à SUPERVISÃO MINISTERIAL, que no caso do Judiciário é exercida pelo Magistrado, que vive naturalmente assoberbado, quando não acumulando dois e três cartórios.

II - A INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE INDIVIDUALIZADA PELOS TRABALHOS CARTORÁRIOS - BANCA ÚNICA.

16 - Antiga e sábia regra de administração, diz: “ONDE TODOS SÃO RESPONSÁVEIS, NINGUÉM É RESPONSÁVEL”. Nada ajuda mais a paralisar a maioria dos cartórios de hoje, do que esse princípio. Não existe mais um responsável específico por nenhum processo, e todos se unem contra os Advogados, que pretendem fazer com que os processos andem.

17 - Nos antigos procedimentos e rotinas cartorárias, havia um determinado número de serventuários em cada cartório. Eram os chamados escreventes. Seus nomes eram até mesmo carimbados, nos processos que estavam sob sua responsabilidade. Eles encapavam processos, amarravam e desamarravam petições, desentranhavam o que era necessário, escreviam minutas de despachos, expediam Ofícios e Precatórias e escrituravam enfim.

18 - Essa rotina antiga, continua a funcionar (graças a Deus) nos tabelionatos que hoje lavram escrituras públicas. Cada escrevente subordinado ao Tabelião, coordena uma ou mais escrituras, que lhe são entregues para lavratura. Age com total desembaraço, telefona para as partes, geralmente comprador e vendedor, ou locador e locatário, e cobra certidões e documentos obrigatórios, combina dia e hora para a celebração do ato, e cobra os emolumentos fixados pela corregedoria em tabela. Tudo continua simples e confiável.

19 - Caso o escrevente do tabelionato funcione mal ou seja ineficiente, ou simplesmente não saiba escrever, o Advogado (ou as partes) irão procurar outro Tabelionato ou outro escrevente no cartório. Tudo de forma simples, concorrencial e dentro dos princípios da livre iniciativa. A modernidade não deve nem pode acabar, com expedientes que vinham sendo corretamente aplicados no passado.

20 - Acontece que um dia alguém achou, que a “mão invisível” da influência política, do poder, do dinheiro, das amizades ou do amor, estava fazendo com que alguns processos corresse mais depressa que outros. O jeito encontrado, para acabar com essa tendência milenar de qualquer sociedade, onde todos são espertos, mas uns são mais espertos que os outros (todos nós sabemos) chamou-se “banca única”.

21 - A “banca única” NÃO CONSEGUIU O EFEITO PRETENDIDO, pois qualquer sociedade humana é feita de pecadores, e não de anjos, querubins ou serafins, nela sempre ocorrendo o gozo de privilégios, prerrogativas, benefícios e vantagens, por parte daqueles que atingem os altiplanos do poder. A ideia da “banca única” conseguiu coisa muito pior: PARALIZOU QUASE TODOS OS PROCESSOS DA 1ª INSTÂNCIA, menos, evidentemente, os processos dos mesmos privilegiados que se pretendeu combater.

22 - Enquanto as pessoas não trabalharem com estímulo, ou não tiverem entusiasmo por seu trabalho, nada progride. Essa era a diferença dos tempos em que as pessoas eram mais importantes e dinâmicas, do que a máquina fria, impenitente e impiedosa. A energia não aproveitada e dirigida para o trabalho, vai ser dissipada em outras

atividades do servidor, que se torna Síndico, Presidente de Clube, vai criar cachorros ou outra atividade para se realizar.

23 - Com base nos registros do T. J. sempre é possível saber onde o processo está em qualquer comarca do Estado. O PROGER, por exemplo, executa um trabalho de distribuição extraordinário.

24 - Já fazer o processo andar com celeridade, conseguir que o Perito atue mais depressa ou que o escrevente trabalhe mais, é ato voluntário do servidor. Sem conseguir sua adesão, incentivá-lo na carreira, dar-lhe razão quando a tem, e cobrar-lhe responsabilidade, não haverá automatismo que resolva.

III - A INAPTIDÃO DOS JURISTAS E PROFISSIONAIS LIBERAIS EM GERAL, PARA TAREFAS DE ADMINISTRAR MÁQUINAS E SISTEMAS COMPLEXOS

25 - Não existem mais, nos dias de hoje, no Brasil e no mundo, hospitais, casas de saúde, estabelecimentos hoteleiros, universidades, shoppings, aeroportos etc.. administrados por pessoas que neles trabalham com sua competência específica. Há mais de 30 anos que esses monstros de alta complexidade, são administrados por ADMINISTRADORES. Administradores hospitalares, administradores de usinas nucleares, de hotéis, universidades ou aeroportos. TODOS SÃO FORMADOS EM ADMINISTRAÇÃO.

26 - Claro que são subordinados ao Presidente da entidade, mas são considerados parte do acervo da administração.

27 - Por razões que também não consigo entender, todos os juristas Juízes, Promotores e Advogados, acreditam que administrar um Tribunal imenso, com jurisdição e competência sobre grandes áreas do território nacional ou estadual, é tarefa simples, que um curso de direito habilita a entender perfeitamente.

28 - Aqui, novamente, volta-nos o ranço Pombalino! De Lisboa se

vai às maiores cidades portuguesas em duas horas de trem ou ônibus. Na época das conquistas marítimas, nosso colonizador concebeu o Vice Reinado da Índia e logo depois o do Brasil, por um mínimo de bom senso, e a imensidão da distância. A ordem d'El Rey saía de Lisboa na Páscoa e (com sorte) chegava à Índia no Natal do mesmo ano.

29 - Já percorrer o território brasileiro, de norte a sul ou de leste a oeste, demanda quase 10 horas de voo em aviões a jato propulsão. De Brasília, devemos ter um raio de 5 horas voando para abastecer de ordens os Tribunais das capitais de nossos estados, mas continuamos praticando, em tudo que é comum, o ranço das certidões, dos alvarás, etc.

30 - Por que o trabalho de atender Advogados, estagiários ou as partes, é considerado tão desgastante, degradante e oneroso? Ninguém mais quer exercê-lo, sendo esse serviço feito por estagiários quase completamente despreparados? Falta de incentivo?

31 - Atendimento ao público, não é um problema exclusivo da máquina judiciária. É um problema de todas as máquinas públicas e privadas em geral. Sempre foi assim, mas está piorando na medida em que o ensino básico piorou de forma considerável. Muitos órgãos públicos concedem incentivos sob a forma de remuneração, aos servidores que ocupam posto de atendimento, tal é a dificuldade do público para se fazerem entender.

Era esse o depoimento que gostaria de trazer, ao conhecimento do GEDICON, dentro da modéstia das minhas possibilidades.

A MÁQUINA JUDICIÁRIA NA 1ª INSTÂNCIA CÍVEL - A VISÃO DO JUIZ

Ana Lúcia Vieira do Carmo

Juíza Titular da 19ª Vara Cível

Integrante do GEDICON

Inicialmente esclareço que não se trata de um trabalho como estamos acostumados aqui no GEDICON, até porque a proposta desta reunião é outra.

Como somente tive acesso ao texto do Dr. Álvaro Pessoa ontem à noite, não me foi possível fazer pesquisas, mas há questões a serem postas, de uma forma até pessoal, já que se fala de outros tempos.

Nasci em uma pequena cidade de Minas no início da década de 70 e, naquela cidade e naquele tempo, as compras de mês se faziam por cadernetas. Ninguém assinava nada, mas todos sabiam que no final do mês seria pago justamente o que se havia comprado. E era pago. Em finais da década de 70, início da década de 80, ainda criança, as casas, quando tinham, era uma televisão (alguns mais abastados, a tv a cores). Não havia cartão de crédito. Telefones eram para poucos. Caros e com poucas linhas disponíveis. Os serviços a que as pessoas tinham acesso eram basicamente luz e água e talvez o serviço dos Correios. Não me lembro da minha mãe me levar ao pediatra. Levava-se ao médico quando se adoecia. Nem se ia a dentista com 2 anos de idade. O Colégio era público. Brinquedos, muito poucos. Viagens de avião? Isto era só para a elite... E com certeza, esta a realidade para a maior parte da população...

Hoje, grande parte da população tem os serviços de luz, água, telefone fixo, telefonia móvel (mais de uma linha muitas vezes), tv a cabo, internet (banda larga, discada, 3G, 4G), cartões de créditos

(várias bandeiras), contas correntes, páginas na internet, serviços na loja e pela internet, etc.

Tal comparação se faz para mostrar a complexidade das relações entre esta sociedade da década de 80 com a década atual. E basta um simples olhar para esta situação para se entender que com os instrumentos daquela época não é possível atingir os mesmos resultados. As expectativas desta nova sociedade são muito diferentes.

Para o mundo do direito, e, principalmente para o Judiciário, não há como se manter os mesmos instrumentos anteriores a esta extraordinária modificação da sociedade.

E temos o Código de Defesa do Consumidor. E temos os danos morais. E temos recursos que não acabam mais. E temos um demandismo desenfreado...

E vamos a outra situação. Fiz faculdade em Juiz de Fora, na UFJF. E naquela primeira metade da década de 90 a fama do Judiciário fluminense quanto a seus funcionários era a pior possível. Em 2002, logo que ingressei na Magistratura, ainda cheguei a ter contato com o que se diz bons escrivães. Eram verdadeiros donos do Cartório. E era uma dificuldade fazê-los entender que não se tratava de local de atendimento a amigos. Que o trabalho era para ser impessoal. Infelizmente somente os processos dos amigos tinham andamento regular. Coitado do jurisdicionado/advogado que conseguisse a antipatia do funcionário (banca). E se aquele funcionário tirava férias ou licença, os processos sob seu comando tinham o mesmo destino.

Então esta banca por final ou tipo de processo somente funcionava para aqueles que fossem simpatizantes. O escrevente era o dono do processo. E só andava se quisesse.

Naquela época, eu tinha uma secretária. Trabalhava muito. Hoje tenho 2 secretárias e dois funcionários para auxiliar o Gabinete (fazem as 2 funções – gabinete e cartório) e o meu trabalho continua o mesmo...

Conforme pode ser visto por números, para este ano, a distribuição mensal da 19ª Vara Cível está em torno de 120 processos. A média de conclusão mensal está em 1719 processos e sentenças 169. E todos os números, processos paralisados, número de dias, tudo está na minha mesa. Sou eu quem administra os processos, não o antigo dono da Serventia. E tudo está disponibilizado de forma absolutamente transparente e acessível a todos. Seja o advogado daqui do Rio, seja a parte daqui ou de Manaus ou mesmo da Bélgica tem a mesma informação.

Hoje o advogado não tem que buscar bens dos Devedores. Aliás, não tem nem que buscar o endereço do Réu. Ele peticiona e requer ao juiz que este consulte os vários convênios que o Judiciário tem. É BACENJUD, RENAJUD, INFOJUD e os vários Juds e páginas de acesso a cadastros. E quase todas com senhas e controles exclusivos do Juiz.

Várias funções do advogado foram transferidas ao Judiciário. O advogado de hoje peticiona e tudo que antes era sua incumbência hoje é “dever de ofício” do juiz que, repita-se, não teve o acréscimo de logística e estrutura de trabalho compatíveis e proporcionais para atender a tamanha demanda de trabalho. Ao contrário, hoje as Serventias têm menos funcionários do que tinha há 10 anos.

E já que falamos do Advogado... Em 1990 quando ingressei na faculdade, em Juiz de Fora, além da UFJF, havia uma faculdade particular, Faculdade Vianna Junior. Na Universidade Federal ingressavam 40 novos alunos por semestre, enquanto na faculdade particular 100 alunos por ano. Hoje só a UFJF oferece 200 vagas por ano. E além da Faculdade Vianna Júnior, temos a Doctum, Estácio de Sá, Granbery, Unipac, Facsum e Universo.

O número de advogados era muito menor. Em 2010 o número de advogados inscritos na OAB/RJ era de 113.055. Hoje em uma consulta rápida na internet, me deparei com advogado com número 187.500 (estagiário já está em mais de 190.000).

Cheguei a ser advogada por 2 anos. Neste tempo nunca ingressei

no Gabinete de um Juiz para despachar. Fazia a petição e a protocolava. Hoje, até uma réplica é motivadora de uma ida ao Gabinete do Juiz. Se exige que o juiz atenda a todos e, ao mesmo tempo, que ele dê conta de todo seu trabalho, como se tivesse o dom da ubiquidade. O mesmo advogado que “exige” ser atendido pelos mais variados motivos “exige” também que assim que deixe o gabinete seus processos estejam despachados e sentenciados. E como atender estes tantos advogados?

No que se refere ao entusiasmo e a motivação dos servidores, concordo com o Dr. Álvaro, talvez não pelas mesmas razões. Como iniciado estas palavras, vivemos em um tempo onde as pessoas precisam de muito mais para ser felizes. E claro, isto tem um preço! E para pagá-lo, necessário salário compatível. O Judiciário paga mal seus funcionários. Em geral estes servidores têm curso superior. Todos concursados. Não há prêmio (nem qualquer tipo de reconhecimento) pela produtividade. Só há punição pelo erro. Como motivar este servidor, que vive perdido em meio a milhares de processos e com salário defasado?

Como Coordenadora da Central de Mandados Cíveis, aprendi que pode ser buscada motivação para que se tenha uma melhor produtividade. Mas a Central é um oásis e sofreu um trabalho árduo para se chegar ao que é. Claro que muitos servidores não se adaptaram a este novo modelo e tiveram que ser colocados em outros lugares. Fazer este tipo de trabalho tendo que abarcar todos os servidores é muito mais complexo.

Concordo com a necessidade do melhor Administrador. Mas como buscar um “Administrador” para esta complexa estrutura administrativa pagando os salários que se paga? E mais, o administrador é formado para gerenciar o lucro. Tem como incentivar seus funcionários. O produto do Judiciário é outro. Teria então que se formar um novo Administrador. O Administrador que se encontra no mercado de hoje não tem condições de administrar o Judiciário.

Enfim, concordo em grande parte com os problemas trazidos pelo nobre advogado. Mas encontrar soluções no passado, a meu ver e com

todas as vênias, não é o melhor caminho.

Proponho que se voltem os olhos para o futuro partindo das premissas consistentes nos problemas e circunstâncias hoje existentes. Que se parta de uma realidade fática marcada pela qualidade do material humano que dispomos atuando nas diversas frentes do mundo do direito, com preocupação forte e séria com sua formação ética que, por óbvio, não pode iniciar nos bancos da faculdade, mas muito antes, desde os primeiros anos de vida.

O GEDICON marca hoje uma data histórica na qual abre suas portas para ouvir e verdadeiramente auscultar profissional do direito não magistrado, preocupado com o rumo que tomou sua atuação, com a necessidade de se resguardar a legitimidade das decisões judiciais como verdadeira guardiã do estado democrático de direito. Seu enfraquecimento interessa a quem não preza a democracia, a quem objetiva o poder para interesses escusos, eleitoreiros e egoístas e é exatamente contra tais objetivos que, penso, devemos nos unir e nos levantar, todos os profissionais do direito, independentemente do cargo que ocupemos ou função que desempenhemos, para preservar a liberdade democrática a tão duras penas conquistada.

MARCO CIVIL DA INTERNET. IMPRESSÕES PRELIMINARES DA LEI Nº 12.965, DE 23.04.2014.

Juiz Leonardo de Castro Gomes

Membro do GEDICON

Rio de Janeiro, junho de 2014

Introdução.

A Lei nº 12.965, de 23/04/2014 e que entrará em vigor no dia 23/06/2014, é referida como o *Marco Civil da Internet* (ou *Marco Regulatório da Internet*) por estabelecer um conjunto de princípios, regras, garantias, direitos e deveres para o uso da rede mundial de computadores no Brasil.

Sua elaboração se deu através de inovadora experiência democrática:

Uma discussão ampla foi realizada com a sociedade pela própria Internet, entre outubro de 2009 e maio de 2010, por meio de um blog hospedado na plataforma Cultura Digital (uma rede social mantida pelo Ministério da Cultura e pela Rede Nacional de Ensino e Pesquisa - RNP). Esse processo de participação popular resultou em mais de dois mil comentários diretos, incontáveis manifestações sobre o “#marcocivil” em ferramentas virtuais, como os microblogs Identi.ca e Twitter, além de dezenas de documentos institucionais, oriundos do Brasil e do exterior.

(Exposição de Motivos Interministerial assinada pelos Ministros da Justiça; do Planejamento, Orçamento e Gestão; das Comunicações; e da Ciência, Tecnologia e Inovação - EMI Nº 00086 - MJ/MP/MCT/MC)

Os debates se estenderam quando da tramitação do Projeto de Lei no Congresso Nacional, por meio de audiências públicas e sugestões através do portal *e-Democracia* da Câmara dos Deputados.

A participação popular foi decisiva para a mudança da tendência legislativa, cujas iniciativas anteriores ao Projeto de Lei 2126/2011 buscavam disciplinar a rede mundial de computadores através da tipificação criminal de condutas a ela associadas. As questões criminais deixaram de ser o foco para que este recaísse sobre os direitos e deveres na internet, acabando com o pressuposto de que o usuário da Internet é um *criminoso em potencial*.¹

O presente trabalho visa destacar tópicos do texto legal, enfrentando-os à luz de seus reflexos no dia a dia forense.

Serviço de Acesso à Internet. Caráter Essencial.

A telecomunicação é definida no artigo 60 da Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral das Telecomunicações) como sendo

a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres,

1 Colhe-se trecho do excelente artigo de AISLA NEILIA DE ARAUJO, *Análise do Marco Civil da Internet*, elaborado em 02/2012 e publicado em 04/2012, em <http://jus.com.br/artigos/21474/analise-do-marco-civil-da-internet/2#ixzz33fhDLsAd>:

De acordo com discurso de Guilherme Almeida, assessor da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério de Justiça, ao apresentar a experiência do Marco Civil da Internet à ONU, os próprios cidadãos brasileiros solicitaram um Projeto de Lei, com relação ao uso da Internet no Brasil, que não partisse do pressuposto de que todos que acessam a Internet sejam criminosos em potencial. Tal Projeto de Lei deveria estabelecer medidas que não invadam a privacidade de quem acessa o ciberespaço ou atropelam o direito à liberdade de expressão.

[.....] O foco nos direitos fundamentais, instrução e definição de obrigações civis quanto à utilização da Internet em detrimento da direta abordagem criminal das posturas adotadas no ciberespaço constitui um dos pontos altos do Marco Civil da Internet. Não é coerente definir penalidades sem antes abordar obrigações civis quanto a postura no ciberespaço, ou seja, sem antes educar os usuários e estabelecer um regulamento. O Direito Penal, como *ultima ratio*, somente pode ser invocado após todos os outros ramos do direito terem falhado na tentativa de regular determinada conduta.

sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

Discute-se se a conexão à internet deveria ser tratada como uma faceta do serviço de telecomunicação. Historicamente, desde a edição da Norma 04/1995 do Ministério das Comunicações, o serviço de conexão à internet (SCI) é tido como um *serviço de valor adicionado* (SVA) que, muito embora não se confunda com um serviço de telecomunicação, depende deste como suporte. Por esta ótica, o provedor de conexão à internet é, ele próprio, um usuário do serviço de telecomunicação, cabendo à Anatel regular tal relacionamento.

Veja a definição de serviço de valor adicionado no artigo 61 da Lei nº 9.472/1997 e sua disciplina em parágrafos:

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

§ 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações.

A distinção da figura do provedor de serviço de telecomunicação daquela do provedor de conexão à internet era bem clara na antiga modalidade de acesso discado, ou seja, via STFC – Serviço Telefônico Fixo

Comutado. A prestadora de serviço de telefonia viabilizava a comunicação de dados com o provedor de conexão, ao qual cabia a habilitação do terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela Internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP.

Com o surgimento de novas tecnologias para a comunicação de dados, prestadoras de serviços de telecomunicação diversos (Serviço de Comunicação Multimídia – SCM, criado pela Resolução Anatel nº 272, de 9 de agosto de 2001; Serviço Móvel Pessoal - SMP e Serviço de Acesso Condicionado - TV por Assinatura/SeAC) passaram a apresentar meios técnicos suficientes para implementação de todos os recursos e procedimentos visando a conexão entre o usuário e a rede mundial, tornando desnecessária, através deles, a atuação segmentada do provedor de serviço de conexão à internet.²

Tal cenário de convergência digital culminou com a aprovação do novo Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) pela Resolução ANATEL nº 614, de 28/05/2013. Por esta norma, a Anatel passou a reconhecer o que na prática já ocorria, que o provimento de conexão à Internet em banda larga constitui funcionalidade do próprio serviço de telecomunicação³. O serviço autônomo de conexão à internet (SCI) passou a ser dispensado em tais casos, subsistindo, contudo, no acesso discado, via STFC – Serviço Telefônico Fixo Comutado.

Dada a ambiguidade que cerca a natureza da conexão à internet em relação ao serviço de telecomunicação, este eminentemente público, poderia haver discussão acerca de seu caráter essencial.

Com efeito, a Lei nº 9472/1997 impõe que o Poder Público garanta acesso às telecomunicações a toda população (artigo 2º, I) e prevê o

2 NASCIMENTO, Marina Georgia de Oliveira e. *A figura do provedor de conexão à internet e o regulamento do serviço de comunicação multimídia*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 28 maio 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48270&seo=1>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

3 Eis a redação do artigo 3º do ANEXO I à Resolução ANATEL nº 614, de 28/05/2013:
Art. 3º O SCM é um serviço fixo de telecomunicações de interesse coletivo, prestado em âmbito nacional e internacional, no regime privado, que possibilita a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia, permitindo inclusive o provimento de conexão à internet, utilizando quaisquer meios, a Assinantes dentro de uma Área de Prestação de Serviço.

direito do usuário *de acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional* (artigo 3º, I). Tais dispositivos realçam a essencialidade dos serviços de telecomunicações. A descaracterização do provimento de conexão à internet como serviço de telecomunicação poderia levar à falsa conclusão de não ser aquele igualmente essencial.

A nova Lei nº 12.965/2014 não permite dúvida a respeito, dispondo o artigo 7º que *o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania*.⁴

No mesmo artigo, em seus incisos IV e V, estão previstos os direitos dos usuários à *não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização e à manutenção da qualidade contratada da conexão à internet*. As disposições são análogas àquelas encontradas no artigo 6º da Lei nº 8987/1995, que trata das concessões de serviços públicos.

Apesar do reconhecimento da essencialidade do serviço, optou o legislador, atento às peculiaridades tecnológicas, culturais e históricas do acesso à rede mundial de computadores, por manter, como fundamento da disciplina do uso da internet no Brasil, *a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor* (artigo 2º, V, da Lei nº 12.695/2014). Prevaecem, portanto, os serviços prestados de forma privada.⁵

Em todo caso, o artigo 27, I, da Lei nº 12.965/2014 prevê que *as iniciativas públicas de fomento à cultura digital e de promoção da in-*

4 Ainda na fase de discussões para a elaboração do Projeto de Lei encaminhado à Câmara dos Deputados, o Poder Público Executivo criou o Programa Nacional de Banda Larga – PNBL, através do Decreto nº 7.175, de 12/05/2010. Ali, a inclusão digital já era reconhecida como um direito em si e meio para assegurar outros direitos do cidadão, propondo-se a fomentar e difundir serviços de tecnologias de informação e comunicação, incluindo a massificação do acesso à internet.

5 Nesta linha, o parágrafo 1º do artigo 10 do Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) - Resolução ANATEL nº 614, de 28/05/2013 dispõe que *não haverá limite ao número de autorizações para prestação do SCM, que serão expedidas por prazo indeterminado e a título oneroso, conforme estabelecido nos artigos 48 e 136 da LGT*.

ternet como ferramenta social devem promover a inclusão digital.

Dados os contornos de essencialidade do serviço, sua privação indevida e injustificada representará uma violação a direito próprio da personalidade, acarretando indiscutivelmente o dever de indenização por danos morais, quando pessoa humana. Não há mais, aqui, espaço para a aplicação do **Enunciado nº 75** da Súmula do Tribunal de Justiça deste Estado (*O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte*).

Salienta-se, contudo, que a essencialidade cerca exclusivamente o serviço de *conexão à internet*, definido no artigo 5º, V, da Lei nº 12.965/2014 como sendo *a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP*.

Além daquele, a Lei nº 12.965/2014 trata dos provedores de *aplicações de internet*, definidas no inciso VII do artigo 5º como sendo *o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet*, os quais também são chamados de *provedores de conteúdo*. Basicamente são empresas que mantêm informações e aplicativos em sítios para consulta e uso. Para eles, não se vislumbra, a priori, a prestação de serviço essencial.

Neutralidade da Rede.

A preservação e a garantia da neutralidade da rede é princípio da disciplina do uso da internet no Brasil, conforme previsto no artigo 3º, IV, da Lei nº 12.965/2014. Seus parâmetros estão contidos em seu artigo 9º, segundo o qual

Art. 9º O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção

por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação.

A grande maioria das questões disciplinadas no Marco Civil da Internet encontrariam soluções análogas em outras normas legais. Parte de seu texto, aliás, limita-se a reproduzir conceitos atinentes às normas de telecomunicações, à defesa do consumidor e a princípios constitucionais.

A neutralidade da rede, não. Esta é, talvez, a grande inovação jurídico-principiológica do Marco Civil da Internet, sem paradigma em outros ramos do direito e textos legais. Trata-se de um misto de isonomia com livre concorrência, vinculação à oferta e vedação à venda casada, entre outros princípios.

Vislumbra-se que um provedor pudesse dar tratamento distinto a determinados pacotes de dados por conta de interesses comerciais, seja para favorecer um parceiro, seja para evitar a atuação de um concorrente⁶, ou, ainda, para compensar a insuficiência de estrutura de rede, promovendo o que se passou a denominar *traffic shaping*.

Traffic Shaping (moderação, modelagem ou calibragem de tráfego) é prática comum por provedores de conexão à internet para priorizar determinado tipo de tráfego em detrimento de outros que exigem uma quantidade de banda muito alta.⁷ Argumentam os provedores que o respectivo recurso tecnológico é necessário para *otimizar* e balancear o uso da internet, mantendo-a em custos acessíveis. De outro lado, usuários alegam que tal prática seria desnecessária se provedores vendessem somente a quantidade de banda que têm disponível.⁸

6 O princípio está voltado precipuamente para o provedores de serviço de conexão. A neutralidade da rede não tem o condão de proibir o *merchandising* na internet e nem a funcionalidade de aplicações que estabelecem critérios de operação a favorecer um parceiro comercial, tal como ocorre em servidores de conteúdo de buscas, onde a própria finalidade da aplicação prioriza respostas na busca de determinado tema.

7 Possível, aqui, traçar um paralelo com a prática de *overbooking* de companhias aéreas, prática condenada nos tribunais do País e pela própria ANAC, através de políticas de compensações previstas na Resolução n° 141, de 09/03/2010, por infringir os termos contrato.

8 Para a compreensão simples da questão, sugere-se o artigo de Pedro Cipoli, *O que é traffic Shapping*, em

O legislador do Marco Civil da Internet optou por vedar a prática, impondo ao provedor de conexão à internet que garanta a cada usuário, independente do tipo de arquivo, a disponibilidade e velocidade de banda contratada.

Por outro lado, vedada a distinção entre pacotes de dados transmitidos no que tange à sua origem e destino, evita-se que se estabeleçam bloqueios ou *pedágios* (leia-se: acréscimo de preço para o serviço) para a navegação e troca de informações com determinados sítios, o que poderia camuflar parcerias em franca concorrência desleal.

Críticos da redação final do Marco Civil da Internet não aprovam a exceção prevista no artigo 9º, § 1º, I, da Lei nº 12.965/2014, pelo qual a discriminação ou degradação do tráfego poderá ser regulamentada em razão de *requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações*. Em todo caso, não resta dúvida que a sistemática da Lei impõe que aquela se dê em regime excepcional.

No dia a dia forense, preocupa a possibilidade de o princípio da neutralidade fomentar demandas de massa, baseadas no mero pressuposto de serviço defeituoso em razão do *traffic shaping*. Dada a inversão legal do ônus probatório decorrente do artigo 14, § 3º, I, do CDC, caberia ao provedor de conexão à internet demonstrar a inexistência do defeito e poderia haver a multiplicação de perícias em processos invariavelmente sob o pálio da assistência judiciária. Casos análogos ocorreram no âmbito do serviço de telefonia, com demandas buscando a reparação por danos morais em razão de constantes chiados e ocorrência de linhas cruzadas.

Necessário maior debate a respeito do tema, a fim de se evitem o caos e as demandas que visam enriquecimento sem causa.

<http://canaltech.com.br/o-que-e/internet/O-que-e-traffic-shaping/>.

Liberdade de Expressão e Privacidade. Da Responsabilidade por Danos Decorrentes de Conteúdo Gerado por Terceiros.

O artigo 3º da Lei nº 12.965/2014 inicia o elenco de princípios que regem a disciplina do uso da internet no Brasil pela (a) garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento e (b) proteção da privacidade. Mais adiante, o artigo oitavo coloca a garantia de tais direitos como *condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet*.

O confronto teórico entre as liberdades de expressão em sentido genérico (incluindo, aí, as liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica intelectual e comunicacional) e os direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada vem, há muito, ocupando o cenário de debates jurídicos,⁹ com significativo relevo no episódio do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130/DF, em 30/04/2009, que declarou como não recepcionado pela Constituição Federal de 1988 todo conjunto de dispositivos da Lei Federal nº 5.250, de 09/02/1967 (Lei de Imprensa).

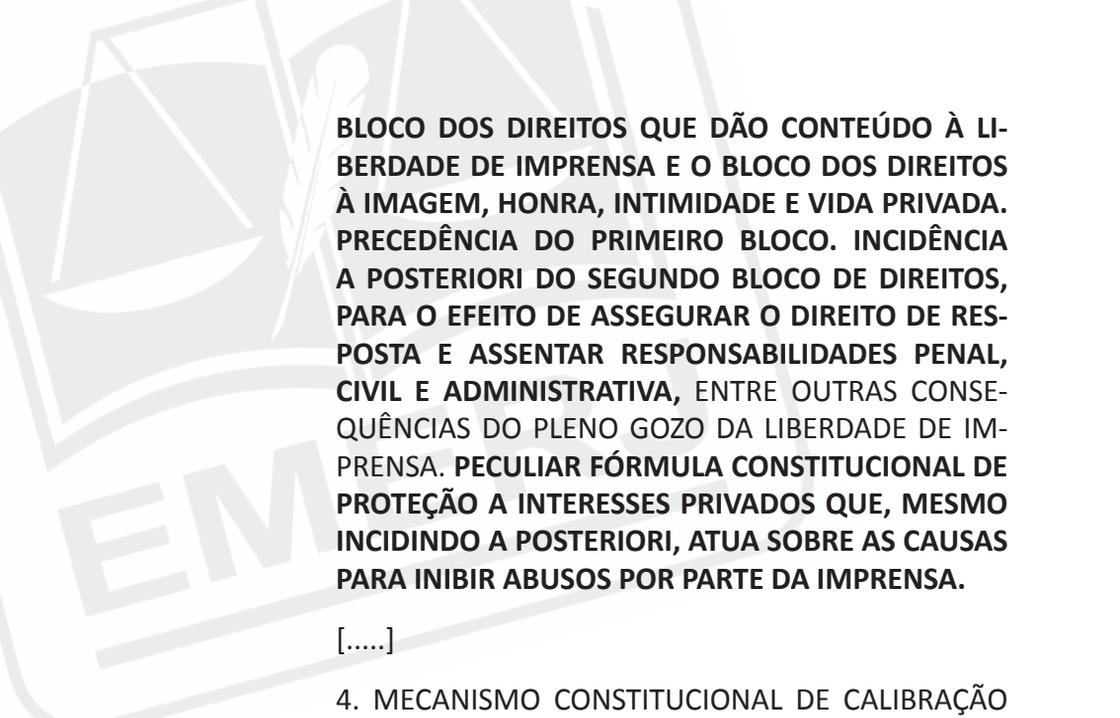
Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal assentou diretrizes hermenêuticas para o enfrentamento de questões envolvendo o aparente conflito de tais direitos, estabelecendo que a garantia das liberdades preceda os direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada, os quais atuam a **posteriori** e cuja violação configura eventual abuso e responsabilidade, a justificar uma indenização.

Com efeito, fez-se constar na ementa, aqui grifada¹⁰:

PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O

9 Neste sentido são as discussões em torno do Projeto de Lei 393/11, a chamada *Lei das Biografias*, que modifica o Código Civil e libera a publicação de “imagens, escritos e informações” biográficas de personalidades públicas, sem necessidade de autorização do biografado ou de seus descendentes.

10 ADPF 130; Relator Min. CARLOS BRITTO; Tribunal Pleno; julgado em 30/04/2009; DJE-208, divulgado em 05-11-2009, publicado em 06-11-2009; EMENT VOL-02381-01 PP-00001; RTJ VOL-00213- PP-00020.



BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA.

[.....]

4. MECANISMO CONSTITUCIONAL DE CALIBRAÇÃO DE PRINCÍPIOS. O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). **Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais** (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º). **Noutros termos, primei-**

ramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a “livre” e “plena” manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisação à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de preservar o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando a posteriori, infletem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa.

A Lei nº 12.965/2014 promove o enfrentamento entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade a partir de seu artigo 18, quando cuida *Da Responsabilidade por Danos Decorrentes de Conteúdo Gerado por Terceiros*.

Comete, ali, um de seus maiores equívocos.

Os artigos 18 e 19 cuidam, respectivamente, da responsabilidade do provedor de conexão à internet e do provedor de aplicações da

internet.¹¹ Diz que o primeiro não responde por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. O segundo, por sua vez, só responderá civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se,

após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Soa razoável o conteúdo do primeiro artigo em comento. Realmente, não se vislumbra nexos causal entre o serviço de conexão à internet e eventual dano proveniente da exposição de conteúdo de seus inúmeros sítios.

Quanto ao provedor de aplicações de internet (artigo 19), porém, tenho que a Lei nº 12.965/2014 apresenta vício de inconstitucionalidade por delimitar o princípio da **restitutio in integrum**, previsto no artigo 5º, V, da Constituição Federal de 1988, ao condicionar a responsabilidade à ordem judicial prévia.

Com efeito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sempre admitiu que bastaria a notificação *extrajudicial* visando a retirada de conteúdo lesivo gerado por terceiro para que a inércia do provedor de conteúdo caracterizasse uma conduta omissiva ilícita, justificando a reparação por danos morais. Isto porque, apesar de o provedor de aplicações ter o controle para a retirada do conteúdo ofensivo, não seria inerente à sua atividade a fiscalização prévia do teor das informações prestadas na rede. Assim, somente quando houvesse inequívoca ciência do conteúdo lesivo surgiria o dever de retirá-lo e, para tanto, basta uma notificação extrajudicial, informal que fosse.

11 Conforme definições previstas no artigo 5º da Lei, *conexão à internet* se refere à habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um protocolo de internet (endereço IP), o qual permite sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais. Por sua vez, *aplicações de internet* se referem ao conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet.

Neste sentido:

CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC.

PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO CONTEÚDO POSTADO NO SITE PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CUNHO OFENSIVO.

DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA DO AR EM 24 HORAS. DEVER.

SUBMISSÃO DO LITÍGIO DIRETAMENTE AO PODER JUDICIÁRIO.

CONSEQUÊNCIAS.

DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 14 DO CDC E 927 DO CC/02.

1. Ação ajuizada em 26.02.2008. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 14.08.2012.
2. Recurso especial em que se discute os limites da responsabilidade de provedor de rede social de relacionamento via Internet pelo conteúdo das informações veiculadas no respectivo site.
3. A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90.
4. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos.
5. O dano moral decorrente de mensagens com con-

teúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02.

6. Ao ser comunicado de que determinada postagem possui conteúdo potencialmente ilícito ou ofensivo, “deve o provedor removê-la preventivamente no prazo de 24 horas, até que tenha tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações do denunciante, de modo a que, confirmando-as, exclua definitivamente o vídeo ou, tendo-as por infundadas, restabeleça o seu livre acesso, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano em virtude da omissão praticada.

7. Embora o provedor esteja obrigado a remover conteúdo potencialmente ofensivo assim que tomar conhecimento do fato (mesmo que por via extrajudicial), ao optar por submeter a controvérsia diretamente ao Poder Judiciário, a parte induz a judicialização do litígio, sujeitando-o, a partir daí, ao que for deliberado pela autoridade competente. A partir do momento em que o conflito se torna judicial, deve a parte agir de acordo com as determinações que estiverem vigentes no processo, ainda que, posteriormente, haja decisão em sentido contrário, implicando a adoção de comportamento diverso. Do contrário, surgiria para as partes uma situação de absoluta insegurança jurídica, uma incerteza sobre como se conduzir na pendência de trânsito em julgado na ação.

8. Recurso especial provido.

(REsp 1338214/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRI-

GHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/11/2013, DJe 02/12/2013)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PROVEDOR DE CONTEÚDO DA INTERNET. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. OMISSÃO. SÚMULA N. 7/STJ.

1. O provedores de conteúdo da internet não se submetem ao art. 927 do CC/2002, que trata da responsabilidade objetiva, pois a inserção de mensagens com conteúdo ofensivo no site não constitui um risco inerente à atividade, nem tampouco ao art. 14 do CDC, por não se tratar de produto defeituoso.

2. Possuem responsabilidade subjetiva por omissão os provedores de internet que, após serem notificados sobre a existência de página com conteúdo ofensivo, permanecem inertes.

3. No caso concreto, o Tribunal de origem, analisando a prova dos autos, concluiu pela configuração do dano moral, em virtude da inércia da recorrente em bloquear a página da rede social com conteúdo ofensivo, condenando-a ao pagamento de danos morais.

4. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula n. 7/STJ.

5. O valor da indenização foi fixado de forma a preservar a dupla finalidade da condenação, considerando as peculiaridades subjetivas do caso. Rever tal

entendimento implicaria o reexame de fatos e provas, o que é vedado pelo óbice da referida Súmula.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 137.944/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 21/03/2013, DJe 08/04/2013)

Ressalva-se em relação a este segundo julgado que não me parece que a discussão passa pelo caráter subjetivo da responsabilidade. Não se foca na culpa do provedor, mas na efetiva conduta ilícita causadora do dano. Não se vislumbra ilicitude na conduta de quem simplesmente disponibiliza canal de publicação de informações a terceiros indetermináveis, sem controle prévio de conteúdo. A ilicitude está em manter tais informações quando sabidamente lesivas. Até então, haveria mero fato de terceiro.

Especial regramento jurisprudencial foi estabelecido em relação aos *provedores de pesquisa*, espécie do gênero dos provedores de conteúdo.

Acórdão da Terceira Turma do STJ de 26/06/2012, relatado pela Ministra NANCY ANDRIGHI (REsp 1316921/RJ, DJe 29/06/2012), reconhece a inexistência do dever de tais provedores de proceder a bloqueios de sítios com conteúdo lesivo, sendo indiferente, neste caso, a ciência inequívoca do seu caráter ofensivo, quer por notificação judicial, quer por notificação extrajudicial:

CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC.

GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. DESNECESSIDADE. RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS.

NÃO-CABIMENTO. CONTEÚDO PÚBLICO. DIREITO À INFORMAÇÃO.

1. A exploração comercial da Internet sujeita as rela-

ções de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90.

2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração”, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.

3. O provedor de pesquisa é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário.

4. A filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de pesquisa, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas.

5. Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa.

6. Os provedores de pesquisa não podem ser obriga-

dos a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido.

7. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.

8. Preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão, da web, de uma determinada página virtual, sob a alegação de veicular conteúdo ilícito ou ofensivo - notadamente a identificação do URL dessa página - a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da jurisdição. Se a vítima identificou, via URL, o autor do ato ilícito, não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação.

9. Recurso especial provido.

(REsp 1316921/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJE 29/06/2012)

O entendimento destoa do recente acórdão da Corte Europeia, datado de 13/05/2014, no Processo C-131/12, movido por Google Spain SL e Google Inc. em face de Agencia Española de Protección de

Lá, interpretaram-se Diretivas do Parlamento Europeu no sentido de que o provedor de conteúdo de buscas procede a efetivo *tratamento de dados*, razão pela qual responde por danos que o respectivo tratamento venha a causar.

Eis a ementa e dispositivo do acórdão (aqui grifado):

“Dados pessoais – Proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento desses dados – Di-

12 A material de fundo tratada no caso refere-se ao direito ao esquecimento do espanhol M. Costeja González, relativamente a um processo civil no qual figurava como devedor. Colhe-se do relatório do acórdão: *Em 5 de março de 2010, M. Costeja González, de nacionalidade espanhola e domiciliado em Espanha, apresentou na AEPD uma reclamação contra a La Vanguardia Ediciones SL, que publica um jornal de grande tiragem, designadamente na Catalunha (Espanha) (a seguir «La Vanguardia»), e contra a Google Spain e a Google Inc. Esta reclamação baseava-se no facto de que, quando um internauta inseria o nome de M. Costeja González no motor de busca do grupo Google (a seguir «Google Search»), obtinha ligações a duas páginas do jornal da La Vanguardia de, respetivamente, 19 de janeiro e 9 de março de 1998, nas quais figurava um anúncio de uma venda de imóveis em hasta pública decorrente de um arresto com vista à recuperação de dívidas à Segurança Social, que mencionava o nome de M. Costeja González.*

Com esta reclamação, M. Costeja González pedia, por um lado, que se ordenasse à La Vanguardia que suprimisse ou alterasse as referidas páginas, para que os seus dados pessoais deixassem de aparecer, ou que utilizasse determinadas ferramentas disponibilizadas pelos motores de busca para proteger esses dados. Por outro lado, pedia que se ordenasse à Google Spain ou à Google Inc. que suprimissem ou ocultassem os seus dados pessoais, para que deixassem de aparecer nos resultados de pesquisa e de figurar nas ligações da La Vanguardia. Neste contexto, M. Costeja González alegava que o processo de arresto, de que fora objeto, tinha sido completamente resolvido há vários anos e que a referência ao mesmo carecia atualmente de pertinência.

Por decisão de 30 de julho de 2010, a AEPD indeferiu a referida reclamação na parte em que dizia respeito à La Vanguardia, tendo considerado que a publicação por esta das informações em causa estava legalmente justificada, dado que tinha sido efetuada por ordem do Ministério do Trabalho e dos Assuntos Sociais e teve por finalidade publicar ao máximo a venda em hasta pública, a fim de reunir o maior número possível de licitantes.

Em contrapartida, deferiu esta mesma reclamação na parte em que dizia respeito à Google Spain e à Google Inc. A este respeito, a AEPD considerou que os operadores de motores de busca estão sujeitos à legislação em matéria de proteção de dados, uma vez que realizam um tratamento de dados pelo qual são responsáveis e atuam como intermediários da sociedade de informação. A AEPD considerou que estava habilitada a ordenar a retirada dos dados e a interdição de aceder a determinados dados, por parte dos operadores de motores de busca, quando considere que a sua localização e a sua difusão são suscetíveis de lesar o direito fundamental de proteção dos dados e a dignidade das pessoas em sentido amplo, o que abrange também a simples vontade da pessoa interessada de que esses dados não sejam conhecidos por terceiros. A AEPD considerou que esta obrigação pode incumbir diretamente aos operadores de motores de busca, sem que seja necessário suprimir os dados ou as informações do sítio web onde figuram, designadamente quando a manutenção dessas informações nesse sítio seja justificada por uma disposição legal.

A Google Spain e a Google Inc. interpuseram dois recursos separados da referida decisão na Audiencia Nacional, que decidiu apensá-los.

retiva 95/46/CE – Artigos 2.º, 4.º, 12.º e 14.º – Âmbito de aplicação material e territorial – **Motores de busca na Internet – Tratamento de dados contidos em sítios web – Pesquisa, indexação e armazenamento desses dados – Responsabilidade do operador do motor de busca** – Estabelecimento no território de um Estado-Membro – Alcance das obrigações desse operador e dos direitos da pessoa em causa – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Artigos 7.º e 8.º”

[.....]

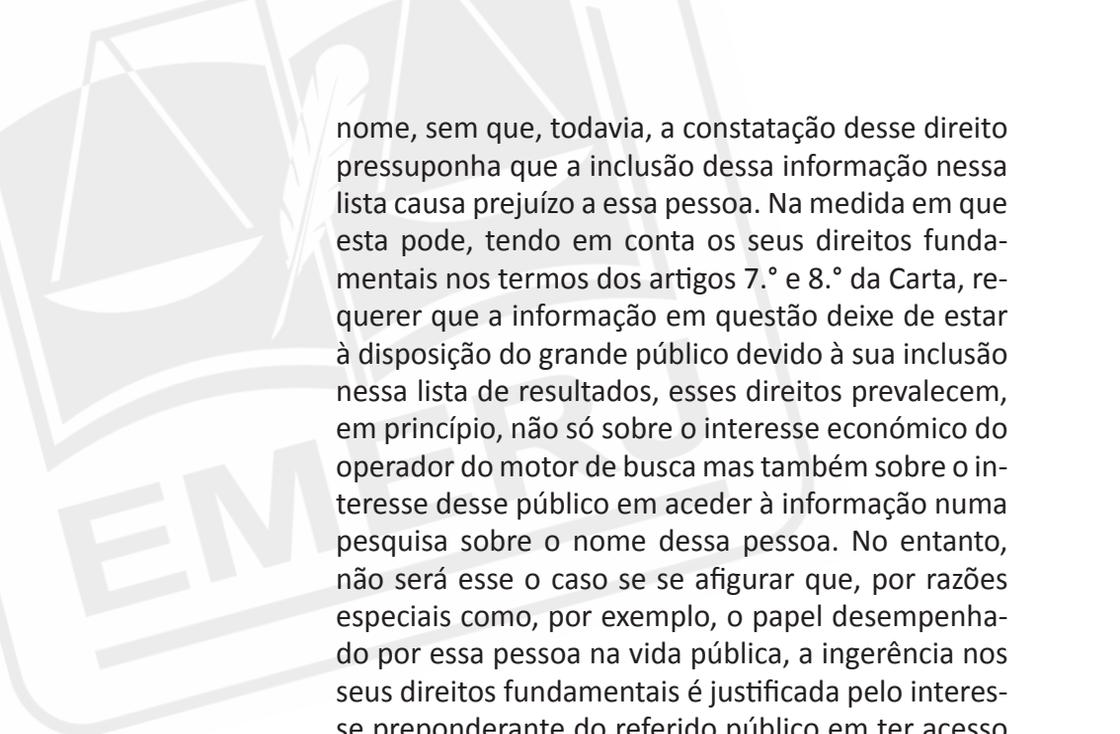
Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Grande Secção) declara:

- 1) O artigo 2.º, alíneas b) e d), da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, deve ser interpretado no sentido de que, por um lado, **a atividade de um motor de busca que consiste em encontrar informações publicadas ou inseridas na Internet por terceiros, indexá-las automaticamente, armazená-las temporariamente e, por último, pô-las à disposição dos internautas por determinada ordem de preferência deve ser qualificada de «tratamento de dados pessoais»,** na aceção do artigo 2.º, alínea b), quando essas informações contenham dados pessoais, e de que, por outro, **o operador desse motor de busca deve ser considerado «responsável» pelo dito tratamento,** na aceção do referido artigo 2.º, alínea d).
- 2) O artigo 4.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 95/46 deve ser interpretado no sentido de que é efetuado

um tratamento de dados pessoais no contexto das atividades de um estabelecimento do responsável por esse tratamento no território de um Estado-Membro, na aceção desta disposição, quando o operador de um motor de busca cria num Estado-Membro uma sucursal ou uma filial destinada a assegurar a promoção e a venda dos espaços publicitários propostos por esse motor de busca, cuja atividade é dirigida aos habitantes desse Estado-Membro.

3) Os artigos 12.º, alínea b), e 14.º, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva 95/46 devem ser interpretados no sentido de que, para respeitar os direitos previstos nestas disposições e desde que as condições por elas previstas estejam efetivamente satisfeitas, **o operador de um motor de busca é obrigado a suprimir da lista de resultados, exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa, as ligações a outras páginas web publicadas por terceiros e que contenham informações sobre essa pessoa, também na hipótese de esse nome ou de essas informações não serem prévia ou simultaneamente apagadas dessas páginas web, isto, se for caso disso, mesmo quando a sua publicação nas referidas páginas seja, em si mesma, lícita.**

4) Os artigos 12.º, alínea b), e 14.º, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva 95/46 devem ser interpretados no sentido de que, no âmbito da apreciação das condições de aplicação destas disposições, importa designadamente examinar se a pessoa em causa tem o direito de que a informação em questão sobre a sua pessoa deixe de ser associada ao seu nome através de uma lista de resultados exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do seu



nome, sem que, todavia, a constatação desse direito pressuponha que a inclusão dessa informação nessa lista causa prejuízo a essa pessoa. Na medida em que esta pode, tendo em conta os seus direitos fundamentais nos termos dos artigos 7.º e 8.º da Carta, requerer que a informação em questão deixe de estar à disposição do grande público devido à sua inclusão nessa lista de resultados, esses direitos prevalecem, em princípio, não só sobre o interesse económico do operador do motor de busca mas também sobre o interesse desse público em aceder à informação numa pesquisa sobre o nome dessa pessoa. No entanto, não será esse o caso se se afigurar que, por razões especiais como, por exemplo, o papel desempenhado por essa pessoa na vida pública, a ingerência nos seus direitos fundamentais é justificada pelo interesse preponderante do referido público em ter acesso à informação em questão, em virtude dessa inclusão.

Não se sabe se o recente posicionamento da Corte Europeia repercutirá na mudança de posicionamento do STJ no que tange à responsabilidade do provedor de pesquisas na internet. No entanto, independente de se adotar o posicionamento específico do STJ para o caso, as soluções jurisprudenciais passam ao largo da exigência estabelecida pelo artigo 19 da Lei nº 12.965/2014 quanto à prévia ordem de carácter judicial descumprida para fins de configuração da responsabilidade.

Pelo contrário, as diretrizes hermenêuticas estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADPF nº 130/DF reafirmam a responsabilidade daquele que, sob o argumento da liberdade de expressão e de manifestação de pensamento, venha a infringir direito à honra. Apenas estabelecem que tais responsabilidades devem ser apuradas em um segundo momento, vedada qualquer censura prévia às liberdades constitucionalmente garantidas.

Em relação ao aparente conflito entre a liberdade de expressão e

a privacidade, o legislador do Marco Civil da Internet inova em relação à sistemática constitucional, pois isenta de responsabilidade o provedor de conteúdo desde que atenda oportunamente ordem judicial. Tal solução, contudo, viola frontalmente o princípio da reparação integral, na medida em que, mesmo ciente (extrajudicialmente) de que o serviço prestado está a violar direito individual e dispondo de ferramentas para fazer cessar tal violação, a lei admite que o provedor de conteúdo se omita até a recepção de ordem judicial.

Vale dizer, a Lei nº 12.965/2014 prevê duas exceções à regra, no parágrafo segundo do próprio artigo 19 e no artigo 21, relativamente a direitos de autor ou direitos conexos, submetendo-os a disciplina em lei própria, e em relação a conteúdo de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, para o que basta a notificação do próprio lesado. O tratamento casuístico para a interpretação legal dos princípios constitucionais envolvidos não demonstra ser de boa técnica jurídica.

Em todo caso, a palavra final sobre o assunto, entre nós, será dada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 533¹³:

Dever de empresa hospedeira de sítio na internet fiscalizar o conteúdo publicado e de retirá-lo do ar quando considerado ofensivo, sem intervenção do Judiciário.

(Relator MIN. LUIZ FUX; Leading Case ARE 660861)

13 Segue a ementa do *Leading Case*:

GOOGLE – REDES SOCIAIS – SITES DE RELACIONAMENTO – PUBLICAÇÃO DE MENSAGENS NA INTERNET – CONTEÚDO OFENSIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR – DANOS MORAIS – INDENIZAÇÃO – COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO vs. DIREITO À PRIVACIDADE, À INTIMIDADE, À HONRA E À IMAGEM.

REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO VIRTUAL DESTA CORTE.

(Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 660.861/MG; Relator MIN. LUIZ FUX; Plenário Virtual de 22/03/2012; Recte GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA; Recdo ALIANDRA CLEIDE VIEIRA)

Guarda de Registros.

Sobre a guarda de registros, o artigo 13 da Lei nº 12.965/2014 impõe ao provedor de conexão à internet *o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento*. Na forma de seus parágrafos segundo e terceiro, a autoridade policial e o Ministério Público poderão exigir a guarda por prazo superior. Nesta hipótese, a autoridade requerente terá o prazo de sessenta dias, contados a partir do requerimento, para ingressar com o pedido de autorização judicial de acesso aos registros.

O artigo 14 veda ao provedor de conexão a manutenção de registros de acesso a aplicações da rede, de maneira que o artigo anterior se volta exclusivamente para os registros de conexão.

Por fim, o artigo 15 estabelece o dever de o provedor de aplicações de internet manter os registros de acesso às aplicações pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento, repetindo as cautelas e ressalvas previstas na guarda de registros de conexão pelos respectivos provedores.

A discussão a respeito do assunto está na preocupação quanto ao prazo diminuto para a guarda obrigatória de registros, o que poderia, muitas das vezes, inviabilizar investigações criminais que se iniciassem tardiamente, mas ainda dentro do prazo prescricional para a pretensão punitiva do Estado.

No âmbito cível, questiona-se a compatibilidade de tal dispositivo com o posicionamento jurisprudencial acerca do dever de manutenção dos documentos comuns por parte do fornecedor de serviço, pelo prazo prescricional de eventual pretensão indenizatória consumerista, como corolário do dever de informação. A propósito (aqui grifado):

CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. CDC. INCIDÊNCIA.

PROVEDOR DE CONTEÚDO. USUÁRIOS. IDENTIFICA-

ÇÃO. DEVER. GUARDA DOS DADOS. OBRIGAÇÃO. PRAZO. 03 ANOS APÓS CANCELAMENTO DO SERVIÇO.

OBTENÇÃO DE DADOS FRENTE A TERCEIROS. DESCA-
BIMENTO. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS.
5º, IV, DA CF/88; 6º, III, e 17 DO CDC; 206, §3º, V, E
1.194 DO CC/02; E 358, I, DO CPC.

1. Ação ajuizada em 17.05.2010. Recurso especial
concluso ao gabinete da Relatora em 25.09.2013.

2. Recurso especial que discute a responsabilidade
dos gerenciadores de fóruns de discussão virtual pelo
fornecimento dos dados dos respectivos usuários.

3. A exploração comercial da Internet sujeita as re-
lações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90.
Precedentes.

4. O gerenciador de fóruns de discussão virtual cons-
titui uma espécie do gênero provedor de conteúdo,
pois esses sites se limitam a abrigar e oferecer ferra-
mentas para edição dos fóruns criados e mantidos
por terceiros, sem exercer nenhum controle editorial
sobre as mensagens postadas pelos usuários.

5. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possi-
bilita que os usuários divulguem livremente suas opi-
niões, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado
de propiciar meios para que se possa identificar cada
um desses usuários, coibindo o anonimato e atri-
buindo a cada imagem uma autoria certa e determi-
nada. Sob a ótica da diligência média que se espera
do provedor, do dever de informação e do princípio
da transparência, deve este adotar as providências
que, conforme as circunstâncias específicas de cada
caso, estiverem ao seu alcance para a individualiza-
ção dos usuários do site, sob pena de responsabiliza-

ção subjetiva por culpa in omittendo.

6. As informações necessárias à identificação do usuário devem ser armazenadas pelo provedor de conteúdo por um prazo mínimo de 03 anos, a contar do dia em que o usuário cancela o serviço.

7. Não há como exigir do provedor de conteúdo que diligencie junto a terceiros para obter os dados que inadvertidamente tenha apagado dos seus arquivos, não apenas pelo fato dessa medida não estar inserida nas providências cabíveis em sede ação de exibição de documentos, mas sobretudo porque a empresa não dispõe de poder de polícia para exigir o repasse dessas informações. Por se tratar de medida cautelar de natureza meramente satisfativa, não há outro caminho senão reconhecer a impossibilidade de exibição do documento, sem prejuízo, porém, do direito da parte de buscar a reparação dos prejuízos decorrentes da conduta desidiosa.

8. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1398985/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 26/11/2013)

Colhe-se do voto da Exma. Ministra Relatora, que exaure a questão:

42. Todavia, de acordo com o art. 1.194 do CC/02, aplicável por analogia à hipótese dos autos, “o empresário e a sociedade empresária são obrigados a conservar em boa guarda toda a escrituração, correspondência e mais papéis concernentes à sua atividade, enquanto não ocorrer prescrição ou decadência no tocante aos atos neles consignados”.

43. O STJ já teve a oportunidade de apreciar a ques-

tão, tendo decidido que o “a existência de prazo para pleitear a exibição de documentos prende-se à possibilidade de ajuizarem-se ações relacionadas aos ditos documentos cuja exibição se busca”, ressaltando que “cabe à sociedade empresária preservar os documentos em relação aos quais ainda se possa ajuizar alguma ação” (REsp 995.375/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 01.10.2012. No mesmo sentido: REsp 1.046.497/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 09.11.2010).

44. Não obstante na hipótese específica dos autos as informações estejam registradas em um banco de dados, os arquivos em formato digital se enquadram no conceito de documento, que corresponde a qualquer meio apto ao armazenamento de informações.

45. Partindo das premissas adrede fixadas, de que os provedores de conteúdo estão obrigados a armazenar os dados de seus usuários, de modo a possibilitar a sua identificação caso o teor de postagens venha a ser questionado, bem como de que o arquivo contendo os dados pessoais desses usuários se equipara ao conceito de documento, conclui-se pela existência do dever legal de guarda desse banco de dados.

46. Com relação ao tempo de conservação dessas informações, considerando que sua obtenção visa a possibilitar o exercício da pretensão de reparação civil por danos materiais e morais, deve-se fixar, como regra, o prazo de 03 anos previsto no art. 206, §3º, V, do CC/02, contado do dia em que o usuário cancelar o serviço.

47. Essa, aliás, a prática que vem sendo adotada por outros países. No âmbito da Comunidade Europeia, por exemplo, foi editada a Diretiva 24/2006, conhe-

cida como Data Retention Directive (Diretiva de Retenção de Dados), que obriga, entre outras coisas, os provedores de serviços de Internet a manterem registro, pelo prazo de até 02 anos, do nome e endereço do assinante a quem esteja vinculado um determinado IP.

48. Nem se diga que, diante do enorme número de usuários, esse prazo seria exagerado, causando uma suposta inviabilidade técnica e/ou física de manutenção do arquivo, em detrimento da segurança do banco de dados como um todo.

49. Não há como conceber que provedores de serviços de Internet, cuja própria atividade pressupõe a utilização das mais modernas e avançadas tecnologias em matéria digital, responsáveis pelo tráfego e armazenamento de um volume brutal de informações, não tenham espaço em seus servidores para manter o registro dos dados pessoais de seus usuários.

50. Noto, à guisa de exemplo, que consoante informações obtidas na própria rede mundial de computadores (<http://www.tecmundo.com.br/google/20758-como-a-google-consegue-armazenar-tanta-coisa-.htm>), apenas o serviço de pesquisas virtuais da GOOGLE consome, por dia, mais de 20 petabytes, ou seja, mais de 20 quatrilhões de bytes de memória.

51. Fica evidente, pois, que esse argumento da YAHOO se mostra totalmente despropositado, beirando as raias da má-fé.

Resta saber se a jurisprudência reconhecerá, no novo dispositivo legal, um retrocesso em relação à norma consumerista atual, o que poderá igualmente subsidiar argumentos pela sua inconstitucionalidade, ao menos parcial.

Conclusão.

Estas foram impressões preliminares do Marco Civil da Internet. Apesar da legitimidade decorrente do trâmite altamente democrático na fase de sua elaboração e da elogiável positivação do princípio da Neutralidade, a Lei nº 12.965/2014 apresenta pequenas inconsistências que certamente desafiarão o Poder Judiciário. O trabalho não teve o intuito de exauri-las, abrindo campo para novas análises em projeto vindouro.

NÃO HÁ COBRANÇA DE JUROS SOBRE JUROS (ANATOCISMO) NAS PARCELAS PREFIXADAS (PRESTAÇÕES) DOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO

Carlos Ferreira da Silva

Perito Judicial

Atuário e Contador

Pós-Graduado em Controladoria e Finanças

1 - A matéria envolve a compreensão de conceitos matemáticos, facilmente entendidos pelos economistas, contadores, atuários, administradores...., mas, reconhecidamente, difíceis para os profissionais do Direito. Por essa razão, procurei ser didático e objetivo nos esclarecimentos técnicos que adiante seguem prestados:

2 - As parcelas prefixadas são obtidas através de modelos matemáticos, denominados de Sistema de Amortização de Dívidas (PRICE, SAC, SACRE, MISTO, ..) cuja finalidade é recuperar o capital emprestado (c) através de uma série de prestações contratadas, com juros(i) e no prazo pactuado(n). Vale dizer que esses Sistemas têm apenas finalidade de estabelecer o valor da prestação, de modo que ao final do prazo contratado todo capital emprestado seja devolvido ao seu proprietário com os juros remuneratórios pactuados.

3 - A prestação ou parcela prefixada é constituída de uma parcela de juros do período e outra de amortização de capital;

4 - O que caracteriza a figura jurídica denominada de anatocismo, não é a parcela prefixada (prestação) e sim a maneira pela qual os juros estão sendo determinados e cobrados, isto é, se pelo regime da capitalização dos juros simples ou dos juros compostos;

5 - Segundo o Regime da Capitalização, os juros classificam-se de duas formas: Simples e Compostos;

6 - No Regime da capitalização Simples, os juros são obtidos pela aplicação da taxa nominal (proporcional) sobre o capital puro emprestado e no Regime da Capitalização Composta, os juros são obtidos pela aplicação da taxa efetiva sobre o montante (capital+juros);

7 - Assim, quando diante de um contrato de financiamento, onde eleito um sistema de amortização de dívida qualquer, tal como PRICE, SAC ou SACRES, o importante é focar na origem dos juros que compõe a parcela prefixada (prestação periódica), de modo a opinar, com segurança, sobre o regime de capitalização de juros, se simples ou compostos.

8 – O que difere um Sistema de Amortização de Dívida de outro é, essencialmente, a intensidade com que o capital tomado emprestado é devolvido.

9 - Os juros periódicos em qualquer Sistema de Amortização de Dívida são igualmente calculados, isto é, são sempre determinados através da aplicação da taxa nominal (proporcional) de juros sobre o saldo devedor (capital puro).

10 - Dai dizer que nenhum Sistema de Amortização de Dívida, recorrentemente, utilizado no mercado nacional e responsável pela figura denominada de parcelas prefixadas, computa juros compostos e sim juros simples. Isto por que os juros embutidos nas parcelas prefixadas são obtidos pela aplicação da taxa nominal de juros contratada sobre o capital puro financiado, razão pela qual, em qualquer sistema de amortização de dívida, eles são sempre decrescentes.

11 - Para melhor inteligência, adiante segue o demonstrativo matemático de tudo que até aqui foi consignado por este signatário perito.

Exemplo: Empréstimo de R\$ 10.000,00, concedido em 01/01/14, para ser pago através de 5 prestações (parcelas prefixadas), mensais e sucessivas, no valor de R\$ 2.060,40, já calculadas com juros de 12% a.a. e com data do 1º vencimento em 01/02/14 e o último em 01/06/14.

a) Característica do Contrato:

- b) Capital Financiado: R\$ 10.000,00;
- c) Taxa Nominal de Juros: 12% a.a.
- d) Taxa Proporcional de Juros: 1% a.m.;
- e) Prazo: 5 meses;
- f) 1º e último vencimento: 01/02/14 e 01/06/14

g) Sistema de Amortização de Dívida: Tabela Price (único sistema de amortização de dívida, largamente utilizado no mundo, que recupera o capital emprestado, através de prestações-parcelas prefixadas-periódicas, sucessiva e de valor constante.)

Cálculo do Valor da Prestação:

R\$ 10.000,00 x a5 1%a.m = R\$ 2.060,40, onde:

a5 1%a.m = Fator de recuperação da Tabela Price $(i \cdot (1+i)^n) / ((1+i)^n - 1)$;

n = 5;

i = 12%a.a.; 1%a.m.

Demonstrativo da Evolução Mensal dos Juros e do Saldo Devedor

| | Vencido | Prestação | Juros Simples 1%a.m | Amortização Capital | S D Capital Puro |
|---|------------|-----------|---------------------|---------------------|------------------|
| 0 | 01/01/2014 | | | | 10.000,00 |
| 1 | 01/02/2014 | 2.060,40 | 100,00 | 1.960,40 | 8.039,60 |
| 2 | 01/03/2014 | 2.060,40 | 80,40 | 1.980,00 | 6.059,60 |
| 3 | 01/04/2014 | 2.060,40 | 60,60 | 1.999,80 | 4.059,80 |
| 4 | 01/05/2014 | 2.060,40 | 40,60 | 2.019,80 | 2.040,00 |
| 5 | 01/06/2014 | 2.060,40 | 20,40 | 2.040,00 | 0,00 |
| | Soma | 10.301,99 | 301,99 | 10.000,00 | |

Juros na 1ª parcela prefixada: $1\% \times 10.000,00 = R\$ 100,00$;

Juros na 2ª parcela prefixada: $1\% \times 8.039,60 = R\$ 80,40$;

Juros na 3ª parcela prefixada: $1\% \times 6.059,60 = R\$ 60,60$;

Juros na 4ª parcela prefixada: $1\% \times 4.059,80 = R\$ 40,60$;

Juros na 5ª parcela prefixada: $1\% \times 2.040,00 = R\$ 20,40$.

Conclusão:

Taxa nominal de juros aplicada sobre capital puro financiado não caracteriza cobrança de juros sobre juros. Logo, financiamento concedido sob parcelas prefixadas não computam juros compostos e sim juros simples, ditos lineares.

Rio de Janeiro, 12 de abril de 2014.

Carlos Ferreira da Silva

Atuário MIBA 951.

Contador CRC-RJ 53254.

ANATOCISMO NO MÚTUO BANCÁRIO COM PARCELAS FIXAS. UMA CRÍTICA AO ENUNCIADO 301 DA SÚMULA DO TJRJ.

Juíza Joana Cardia Jardim Côrtes
Juiz Leonardo de Castro Gomes

Membros do GEDICON

Rio de Janeiro, abril de 2014

Introdução.

Há poucos dias foi publicado o enunciado 301 da Súmula do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, com a seguinte redação:

A previsão de parcelas pré-fixadas 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.

A simulação de tal entendimento no âmbito do Estado do Rio de Janeiro trouxe imediata preocupação a Juízes atuantes nas Varas Cíveis da Capital e de todo Estado, diante da repercussão esperada em milhares de ações que visam a revisão de contratos bancários sob o argumento do *anatocismo*, sejam aqueles de financiamento de veículos, sejam os de mútuo em geral, com a previsão de contraprestações em parcelas fixas.

Trata-se de demandas invariavelmente ajuizadas sob o pálio da justiça gratuita, sem riscos sucumbenciais para o autor que, conforme se percebe nos casos concretos, não demonstra o mínimo interesse na rápida solução da lide. Pelo contrário, seu prolongamento serve de alento e perpetua a esperança vendida por seu advogado na redução de uma dívida mal planejada.

Neste contexto, a perícia, ainda que desnecessária, irá servir ao demandante independente de seu resultado, haja vista a influência negativa que tal meio de prova traz para a duração razoável do processo, mormente quando o profissional que a realizará sequer tem garantia de remuneração ao final.

De outro lado, a realidade dos Juízes de Varas Cíveis da Capital e de todo Estado não é novidade. Vivemos a beira de um precipício, lutando incessantemente para não deixarmos que o volume de demandas nos empurre em direção ao caos.

O processo civil nos guarda algumas armas. Dentre elas está a possibilidade de o Juiz indeferir as provas inúteis ou meramente protelatórias (CPC, artigo 130). Segundo a Súmula em comento, porém, tal poder resta ceifado, na medida em que o enunciado pode levar à equivocada conclusão acerca da utilidade da prova pericial nas milhares de ações que tomam parte substancial do acervo das Varas Cíveis de todo o Estado.

Este trabalho visa um aprofundamento da questão, à luz de conceitos coerentemente firmados pelo Superior Tribunal de Justiça.¹

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no REsp 973.827/RS.

Em 08/08/2012, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça estabeleceu algumas diretrizes sobre a matéria, quando do julgamento do REsp 973827/RS, na forma do artigo 543-C do CPC.

Eis a ementa:

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. AÇÕES REVISIONAL E DE BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM DEPÓSITO. CONTRATO DE FINAN-

1 REsp 973.827/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 24/09/2012.

CIAMENTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. JUROS COMPOSTOS. DECRETO 22.626/1933 MEDIDA PROVISÓRIA 2.170-36/2001. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. MORA. CARACTERIZAÇÃO.

1. A capitalização de juros vedada pelo Decreto 22.626/1933 (Lei de Usura) em intervalo inferior a um ano e permitida pela Medida Provisória 2.170-36/2001, desde que expressamente pactuada, tem por pressuposto a circunstância de os juros devidos e já vencidos serem, periodicamente, incorporados ao valor principal. Os juros não pagos são incorporados ao capital e sobre eles passam a incidir novos juros.

2. Por outro lado, há os conceitos abstratos, de matemática financeira, de “taxa de juros simples” e “taxa de juros compostos”, métodos usados na formação da taxa de juros contratada, prévios ao início do cumprimento do contrato. A mera circunstância de estar pactuada taxa efetiva e taxa nominal de juros não implica capitalização de juros, mas apenas processo de formação da taxa de juros pelo método composto, o que não é proibido pelo Decreto 22.626/1933.

3. Teses para os efeitos do art. 543-C do CPC:

- “É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17/2000 (em vigor como MP 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada.”

- “A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A

previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada”.

4. Segundo o entendimento pacificado na 2ª Seção, a comissão de permanência não pode ser cumulada com quaisquer outros encargos remuneratórios ou moratórios.

5. É lícita a cobrança dos encargos da mora quando caracterizado o estado de inadimplência, que decorre da falta de demonstração da abusividade das cláusulas contratuais questionadas.

6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido.

O voto condutor da Exma. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI divergiu do relator originário, Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, em mínimas questões. A pequena divergência estabelecida, contudo, é de grande relevância para a estruturação da crítica que ora se faz ao Enunciado 301 da Súmula do TJRJ.

Ambos concordaram que (a) o reconhecimento da repercussão geral da matéria reconhecida pelo STF no julgamento do RE 592.377/RS, que versa sobre a possibilidade constitucional de se autorizar a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano, não impede a apreciação do Recurso Especial, que se volta exclusivamente para a matéria infraconstitucional, preservada a competência do STF para o tema constitucional; (b) é possível a capitalização de juros nos contratos bancários firmados após 31/03/2000, data da publicação da Medida Provisória 1.963-17/2000 (posteriormente reeditada através da Medida Provisória 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada.

A discordância se deu em razão de o relator primitivo entender que a previsão de taxa anual de juros superior ao duodécuplo da taxa

mensal não correspondia a uma estipulação clara dos juros capitalizados, a permitir sua aplicação no contrato bancário.

Com efeito, expôs o Exmo Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO em sua ratificação de voto:

A meu sentir, a mera existência de discriminação da taxa mensal e da taxa anual de juros, sendo esta superior ao duodécuplo daquela, não configura estipulação expressa de capitalização mensal, pois há ausência da clareza e transparência indispensáveis à compreensão do consumidor hipossuficiente, parte vulnerável na relação jurídica.

Ao estabelecer a divergência, a Exma. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI salientou que aderira

às premissas tão bem expostas pelo relator, amparado na doutrina de Cláudia Lima Marques, Rizzato Nunes e Paulo de Tarso Sanseverino, acerca da absoluta necessidade de que o contrato bancário seja transparente, claro, redigido de forma que o consumidor, leigo, vulnerável não apenas economicamente, mas sobretudo sem experiência e conhecimento econômico, contábil, financeiro, entenda, sem esforço ou dificuldade alguma, o conteúdo, o valor e a extensão das obrigações assumidas.

No entanto, ponderou que os conceitos de *capitalização*, *anatocismo*, ou *juros compostos* ou *capitalizados*, tidos por sinônimos e vedados por lei caso não haja previsão expressa, pressupõem que a relação contratual estabeleça a incorporação dos juros *vencidos e não pagos* ao capital.

Com aqueles conceitos não se confunde a previsão de uma taxa efetiva anual obtida através da capitalização da taxa mensal nominal indicada no instrumento. Tal exposição se refere apenas ao *método*

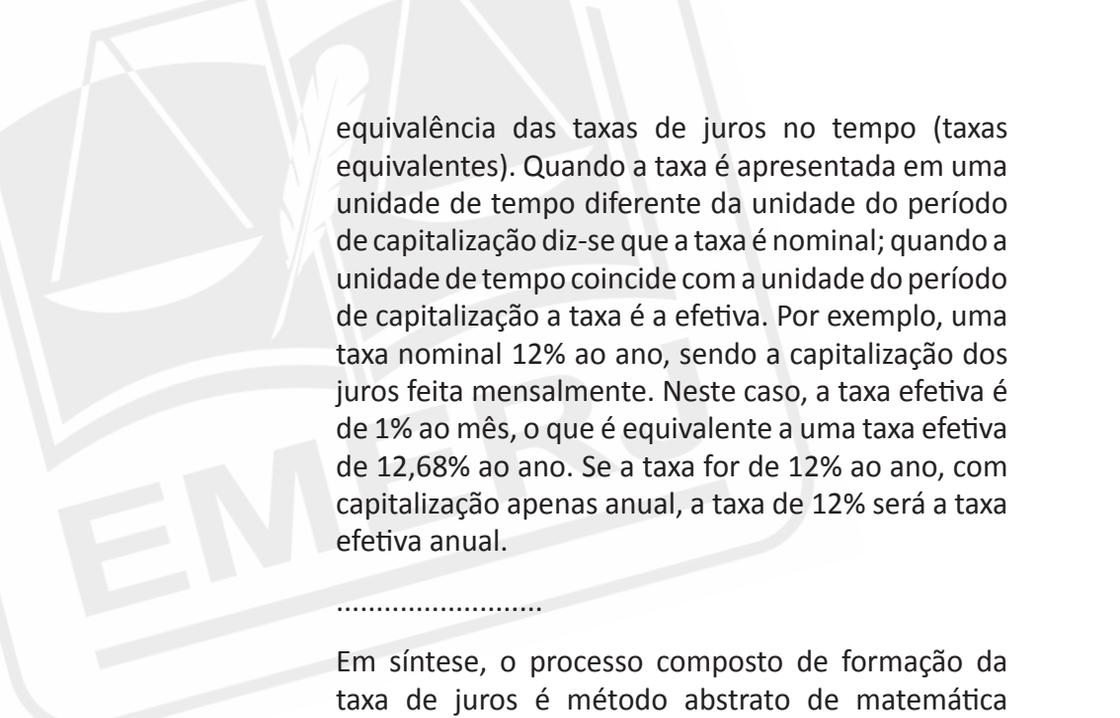
abstrato de matemática financeira empregado para a formação da taxa de juros contratada. Não invalida a taxa efetiva contratada, na medida em que não dispõe sobre a incorporação, ao capital, dos juros vencidos e não pagos. Apenas busca esclarecer ao consumidor as taxas equivalentes em períodos distintos de adimplemento.

Segue trecho do voto condutor da Exma. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, que bem esclarece a questão (grifos no original):

O voto do Ministro Luís Felipe Salomão, valendo-se da doutrina de Roberto Arruda de Souza Lima e Adolfo Mamoru Nishiyama, define juros capitalizados como “juros devidos e já vencidos que, periodicamente (v.g., mensal, semestral ou anualmente), se incorporam ao valor principal (in contratos Bancários - Aspectos Jurídicos e Técnicos da Matemática Financeira para Advogados, Editora Atlas S/A, São Paulo: 2007, p. 36).

De todas essas definições, extrai-se que a noção jurídica de “capitalização”, de “anatocismo”, de “juros capitalizados”, de “juros compostos”, de juros acumulados, tratados como sinônimos, está ligada à circunstância de serem os juros vencidos e, portanto, devidos, que se incorporam periodicamente ao capital; vale dizer, não é conceito matemático abstrato, divorciado do decurso do tempo contratado para adimplemento da obrigação. O pressuposto da capitalização é que, vencido o período ajustado (mensal, semestral, anual), os juros não pagos sejam incorporados ao capital e sobre eles passem a incidir novos juros.

Por outro lado, há os conceitos abstratos, de matemática financeira, de “taxa de juros simples” e “taxa de juros compostos”. Dizem respeito ao processo matemático de formação da taxa de juros cobrada. Com o uso desses métodos calcula-se a



equivalência das taxas de juros no tempo (taxas equivalentes). Quando a taxa é apresentada em uma unidade de tempo diferente da unidade do período de capitalização diz-se que a taxa é nominal; quando a unidade de tempo coincide com a unidade do período de capitalização a taxa é a efetiva. Por exemplo, uma taxa nominal 12% ao ano, sendo a capitalização dos juros feita mensalmente. Neste caso, a taxa efetiva é de 1% ao mês, o que é equivalente a uma taxa efetiva de 12,68% ao ano. Se a taxa for de 12% ao ano, com capitalização apenas anual, a taxa de 12% será a taxa efetiva anual.

.....

Em síntese, o processo composto de formação da taxa de juros é método abstrato de matemática financeira, utilizado para a própria formação da taxa de juros a ser contratada, e, portanto, prévio ao início de cumprimento das obrigações contratuais. A taxa nominal de juros, em período superior ao período de capitalização (vg, taxa anual, capitalizada mensalmente), equivale a uma taxa efetiva mais alta. Pode o contrato informar a taxa anual nominal, esclarecendo que ela (a taxa) será capitalizada mensalmente; ou optar por consignar a taxa efetiva anual e a taxa mensal nominal a ela correspondente. Não haverá diferença na onerosidade da taxa de juros e, portanto, no valor a ser pago pelo devedor. Trata-se, portanto, apenas de diferentes formas de apresentação da mesma taxa de juros, conforme o tempo de referência. Por ser método científico, neutro, abstrato, de matemática financeira, não é afetado pela circunstância, inerente à cada relação contratual, de haver ou não o pagamento tempestivo dos juros vencidos.

As restrições legais acerca da capitalização de juros recaem exclusivamente sobre sua estipulação em período mensal. O Decreto nº 22.626/1933 não veda sua capitalização em períodos anuais. Na medida em que o Superior Tribunal de Justiça afirma que é válida a taxa anual como aquela efetivamente contratada, independente da indicação da sua equivalente mensal, nominal e descapitalizada, a discussão sobre capitalização da taxa contratada passa a ser irrelevante. Assim, eventual reconhecimento da inconstitucionalidade da Medida Provisória 2.170-36/2001 pelo Supremo Tribunal Federal não teria o condão de alterar o posicionamento jurisprudencial neste ponto.

Por outro lado, em sentido estrito, o conceito de juros capitalizados (devidos e vencidos), juros compostos (devidos e vencidos), capitalização ou anatocismo é inerente à incorporação ao capital dos juros vencidos e não pagos, fazendo sobre eles incidir novos juros. Como bem destaca a Ministra Maria Isabel Gallotti,

(...) ao conceito de juros capitalizados (devidos e vencidos), juros compostos (devidos e vencidos), capitalização ou anatocismo é inerente a incorporação ao capital dos juros vencidos e não pagos, fazendo sobre eles incidir novos juros. Não se trata, aqui, de método de matemática financeira, abstrato, prévio ao início da vigência da relação contratual, mas de vicissitude intrínseca à concreta evolução da relação contratual. Conforme forem vencendo os juros, haverá pagamento (aqui não ocorrerá a capitalização); incorporação ao capital ou ao saldo devedor (capitalização) ou cômputo dos juros vencidos e não pagos em separado, a fim de evitar a capitalização vedada em lei.

E, adiante, conclui a Ministra,

o Decreto 22.626/33 não proíbe a técnica de formação de taxa de juros compostos (taxas capitalizadas), a qual, repito, não se confunde com capitalização

de juros em sentido estrito (incorporação de juros devidos e vencidos ao capital, para efeito de incidência de novos juros, prática vedada pelo art. 4º do citado Decreto, conhecida como capitalização ou anatocismo).

Fixada tal diferenciação entre taxa de juros capitalizados e capitalização em sentido estrito, a Medida Provisória 2.170-36/2001 passou a admitir a capitalização dos juros (em sentido estrito) quando contratada, ou seja, que os juros vencidos e devidos podem ser capitalizados mensalmente quando houver pactuação expressa nesse sentido.

E, de acordo com Ministra,

(...) Tal pactuação significaria que, não paga determinada prestação, sobre o valor total dela (no qual estão incluídos os juros remuneratórios contratados) incidiriam novos juros remuneratórios a cada mês, ou seja, haveria precisamente a incidência de juros sobre juros vencidos e não pagos incorporados ao capital (capitalização ou anatocismo), prática esta vedada pela Lei de Usura em intervalo inferior a um ano e atualmente permitida apenas em face de prévia, expressa e clara previsão contratual.

Segundo jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça e o próprio REsp 973.827, esta prática – capitalização de juros vencidos e não pagos – acabou admitida em nosso sistema jurídico, como regra nas operações bancárias, pela vigente Medida Provisória 2.170-36/2001.

E, mais uma vez, na lição da eminente Ministra,

A consequência do texto da medida provisória foi permitir, como regra geral para o sistema bancário, não apenas o regime matemático de juros compostos, mas o anatocismo propriamente dito (...).

Conclui-se, portanto, que a capitalização de juros vedada pela Lei de Usura e permitida, desde que pactuada, pela MP 2.170-36, diz respeito às vicissitudes concretamente ocorridas ao longo da evolução do contrato. Se os juros pactuados vencerem e não forem pagos, haverá capitalização (anatocismo, cobrança de juros capitalizados, de juros acumulados, de juros compostos) se estes juros vencidos e não pagos forem incorporados ao capital para sobre eles fazer incidir novos juros.

Da arguição de inconstitucionalidade da MP 2.170-36. Fundamentos.

Não obstante a conclusão do REsp 973.827/RS, paira sobre a Medida Provisória 2.170-36/2001 dúvida acerca de sua constitucionalidade.

Com efeito, desde 2000, a ação direta de inconstitucionalidade ADI n.º 2.316/DF, na qual se argui a inconstitucionalidade do art. 5º, *caput* e parágrafo único, da Medida Provisória 2.170-36/2001, aguarda julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Até o presente momento, o julgamento do pedido de liminar não foi concluído e não houve suspensão da eficácia do referido dispositivo legal.

Os fundamentos a amparar a inconstitucionalidade arguida resumem-se à falta de urgência, ao fato de se tratar de disposição prejudicial ao consumidor e de matéria cuja disciplina foi reservada pela Constituição à lei complementar.

No que tange ao argumento da falta de urgência, porém, o próprio Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que apenas em caráter excepcional o requisito da urgência se submete à censura do Poder Judiciário por força do Princípio da Separação dos Poderes. Confira-se:

Conforme entendimento consolidado da Corte, os requisitos constitucionais legitimadores da edição de medidas provisórias, vertidos nos conceitos jurídicos indeterminados de ‘relevância’ e “urgência” (art. 62 da CF), apenas em caráter excepcional se submetem ao crivo do Poder Judiciário, por força da regra da separação de poderes (art. 2º da CF) (ADI 2.213, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 23-4-2004; ADI 1.647, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 26-3-1999; ADI 1.753-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 12-6-1998; ADI 162-MC, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 19-9-1997).

(ADC 11-MC, voto do Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 28-3-2007, Plenário, DJ de 29-6-2007.) No mesmo sentido: ADI 4.029, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 8-3-2012, Plenário, DJE de 27-6-2012.

Em relação à alegada inconstitucionalidade material, ao fundamento de se tratar de norma prejudicial ao consumidor, também sob esse aspecto não merece prosperar a insurgência, pois a capitalização mensal somente é admitida quando expressamente contratada, observando-se o direito do consumidor à informação clara e precisa. Além disso, como destacado no REsp 973.827/RS, o próprio Banco Central afirma que *sob o ponto de vista econômico, a capitalização de juros, tal como prevista pela medida provisória impugnada, apresenta-se muito mais benéfica ao tomador, atendendo assim aos interesses da coletividade*, pois evita o chamado *anatocismo indireto*.

Por fim, de igual modo não merece prosperar o fundamento de reserva de lei complementar para disciplinar a matéria, pois esta necessidade estabelecida pelo artigo 192 da Constituição diz respeito apenas à lei complementar que venha a dar tratamento global ao sistema financeiro nacional, em substituição à Lei 4.595/64. O artigo 5º da Medida Provisória 2.170-36/2001, por sua vez, trata apenas de questão pontual relacionada à capitalização de juros nas operações de

crédito, não invadindo a reserva de lei complementar.

Com efeito, o ordenamento jurídico não veda de forma absoluta a capitalização mensal de juros no Sistema Financeiro Nacional e diversos outros diplomas legais, que não leis complementares, admitem essa capitalização, tais como Lei 10.931/2004 (cédula de crédito bancário) e Lei 11.977/2009 (que inseriu o artigo 15-A na Lei 4.380/64 autorizando a capitalização mensal de juros no Sistema Financeiro de Habitação).

Não merece prevalecer, portanto, o entendimento pela inconstitucionalidade da Medida Provisória 2.170-36/2001, permanecendo hígidas as teses postas pelo REsp 973.827/RS, quais sejam:

(1) É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31/03/2000, desde que expressamente pactuada.

(2) A pactuação mensal dos juros deve vir estabelecida de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada.

Diante dessas duas conclusões, tratando-se de contrato (a) firmado após 31/03/2000 com cláusula expressa prevendo a capitalização mensal de juros ou (b) com previsão de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da taxa de juros mensal, sendo a causa de pedir a proibição do anatocismo, não há necessidade de produção de prova pericial, restando análise de matéria unicamente de direito.

O Enunciado 301 da Súmula TJRJ e o Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 0009812-44.2012.8.19.0001.

Apesar do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, em 10/10/2013 o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decidiu, por unanimidade, acolher a proposta de uniformização de

jurisprudência do Exmo Relator Desembargador LUIZ FERNANDO RIBEIRO DE CARVALHO, feita no âmbito do Processo 0009812-44.2012.8.19.0001, que originou o Enunciado 301 da Súmula daquele Tribunal.

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

CONSTITUCIONALE PROCESSUAL CIVIL. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA SUSCITADO PELA EGRÉGIA 2ª CÂMARA CÍVEL DESTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DIVERGÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA ACERCA DA VIABILIDADE DE COBRANÇA DE JUROS REMUNERATÓRIOS CAPITALIZADOS EM CONTRATOS DE MÚTUO COM PARCELAS PRÉ-FIXADAS. DISSENSO QUE DEVE SER PACIFICADO NO SENTIDO DE QUE A PREFIXAÇÃO DE PARCELAS NÃO AFASTA A POSSIBILIDADE DE QUE HAJA COBRANÇA DE JUROS CAPITALIZADOS EM PRESTAÇÕES PREVIAMENTE ESTABELECIDAS, ANTE A EXISTÊNCIA DE MÉTODOS DE CÁLCULOS QUE PERMITEM EMBUTIR PREVIAMENTE OS JUROS COMPOSTOS NAS PRESTAÇÕES IGUAIS DE UM FINANCIAMENTO, A EXEMPLO DA TABELA PRICE. ILEGALIDADE QUE DEVE SER OBSERVADA NO CASO CONCRETO, À LUZ DA OBEDIÊNCIA AO DIREITO À INFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR E DA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA PARA AFERIR ABUSIVIDADE DA TAXA DE JUROS PRATICADA PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ACOLHIMENTO DO INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA, COM APROVAÇÃO DO SEGUINTE VERBETE SUMULAR: “A PREVISÃO DE PARCELAS PRÉ-FIXADAS 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.”

O objeto do Incidente de Uniformização de Jurisprudência recaiu *exclusivamente* sobre a possibilidade, ou não, de capitalização de juros em contratos de mútuo com parcelas pré-fixadas.

Em seu voto, sustentou o Exmo Relator que

se mostra equivocado imaginar que o simples fato de as prestações serem pré-fixadas estaria protegendo o consumidor de eventual cobrança ilegal, já que se o referido método não aniquila sequer a possibilidade de o empréstimo ser remunerado com juros capitalizados, tampouco poderia fazê-lo em relação a uma abusividade na taxa de juros praticada.

Mais adiante, reafirma que, ainda que reconhecida a legalidade da capitalização mensal dos juros pelas instituições financeiras, conforme conhecido posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, haveria *a possibilidade de cobrança de juros remuneratórios em patamar desproporcional à média praticada no mercado, o que não estará afastado pela mera prefixação das parcelas, devendo ser aferida em cada caso concreto e à luz da prova técnica.*

Por último, conclui que

a legalidade das cláusulas contratuais deve ser aferida à vista da comprovação da prestação de informação clara e adequada ao consumidor acerca da metodologia de cálculos dos juros remuneratórios e das respectivas taxas (art. 6º, III, CDC), bem como do correto emprego das disposições contratuais ajustadas no cálculo da prestação, seja ela pré-fixada ou não.

Foram interpostos embargos declaratórios contra aquele acórdão, sob o argumento de que houve omissão a respeito do sentido exato das obrigações impostas às instituições financeiras pelo enunciado proposto, no que tange ao tema da informação clara e adequada sobre os juros contratuais ao consumidor. Segundo o embargante, a juris-

prudência do TJRJ deveria caminhar no sentido indicado pelo Superior Tribunal de Justiça, de que basta a previsão contratual de taxa de juros efetiva anual superior ao duodécuplo daquela mensal para que esteja atendido o dever de informar e configurado de forma perfeita o ajuste de juros remuneratórios capitalizados.

Os embargos foram rejeitados pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça em sessão do dia 03/02/2014. No voto condutor deste acórdão, o Exmo Relator fez algumas ponderações, destacando-se o seguinte:

- a) a forma como as instituições financeiras devem prestar a informação clara e adequada não é objeto do incidente de uniformização de jurisprudência;
- b) não caberia, na proposição de um enunciado que trata especificamente do tema da existência ou não de capitalização ilegal de juros em contratos de mútuo com parcelas pré-fixadas, estabelecer de que modo as instituições financeiras devem prestar informações sobre seus serviços ao consumidor;
- c) a legalidade da cláusula contratual que prevê a cobrança de juros capitalizados pelas instituições financeiras é matéria pacífica na jurisprudência do TJRJ, inclusive no que diz respeito à possibilidade de mera inscrição no contrato da taxa de juros efetiva anual, não se mostrando necessário o pronunciamento do Órgão Especial a respeito;
- d) como a matéria em discussão possui forte componente fático, que deve ser analisado a cada caso concreto, não é possível o engessamento do direito tal como pretendido pela Embargante, eis que cada litígio deve ser resolvido à luz da observância do direito do consumidor à informação clara e adequada para a correta leitura das cláusulas do contrato correspondente.

Críticas e conclusões. A desnecessidade da perícia para solução da lide envolvendo anatocismo em mútuos bancários com parcelas fixas.

A leitura do voto propositivo do verbete sumular traz diversas indagações acerca da sua aplicabilidade. Por ocasião do julgamento dos embargos declaratórios, deixou-se claro que o incidente de uniformização de jurisprudência versava exclusivamente sobre a possibilidade de capitalização de juros quando houvesse parcelas pré-fixadas, o que configuraria matéria fática. Daí a desnecessidade de abordagem de questões correlatas que foram objeto da citada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Ocorre que tais questões, de cunho jurídico, são efetivamente prejudiciais à matéria sumulada, de maneira que a aplicação das diretrizes da Corte Superior fará com que, nos casos concretos trazidos a julgamento, a prova pericial se torne desnecessária e inútil.

Em sua fundamentação, o Exmo Relator, admitindo a legalidade da capitalização mensal dos juros nos contratos bancários, justifica a utilidade da prova pericial para apuração de outros abusos, como a possibilidade de cobrança de juros remuneratórios em patamar desproporcional à média praticada no mercado. Tais questões, porém, *não* eram objeto do incidente de uniformização e tampouco se depreendem da redação do enunciado, que tem por foco especificamente a capitalização dos juros remuneratórios.

Por sua vez, ao se reconhecer a pacificação da jurisprudência de acordo com o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça quanto à aplicabilidade da taxa anual efetiva, esvazia-se o argumento da possibilidade de anatocismo, fenômeno próprio dos empréstimos de periodicidade mensal, com renovações sucessivas, tal como ocorre nos créditos rotativos de cartão de crédito e de cheque especial.²

2 A Resolução BACEN n° 3.517 de 06/12/2007, artigo 1°, § 5°, I, conforme redação da Resolução n° 3.909, de 30/09/2010, é expressa a respeito (aqui grifado):

Art. 1º As instituições financeiras e as sociedades de arrendamento mercantil, previamente à contratação de operações de crédito e de arrendamento mercantil financeiro com pessoas naturais e com microem-

Com efeito, conforme entendimento da Corte Superior, constitucionalmente incumbida de dar à lei federal sua correta interpretação, *a mera circunstância de estar pactuada taxa efetiva e taxa nominal de juros não implica capitalização de juros, mas apenas processo de formação da taxa de juros pelo método composto, o que não é proibido pelo Decreto 22.626/1933.*

Logo, considerando que a taxa efetiva contratada é aquela prevista para o período anual, não se concebe que no cálculo da parcela possa haver a capitalização mensal de juros. Contratados juros a uma taxa anual, o argumento da sua capitalização mensal soa, até mesmo, inepto. Se algum abuso foi cometido no cálculo da parcela à luz da taxa efetiva anual, este não se dá pela ótica do anatocismo. Outra deveria ser a causa de pedir a justificar a realização da perícia.

Neste ponto, salienta-se a constatação notória da banalização e mau uso de institutos jurídicos por parte de demandantes que se escudam em suas definições abrangentes e especificidades técnicas com claro desvirtuamento de propósitos. Termos como dano moral, anatocismo e, outrora, dignidade da pessoa humana passaram a ser empregados nas petições iniciais de forma displicente e atécnica, visando sustentar demandas frágeis, como subterfúgio para o enriquecimento ilícito.

Voltando à Súmula, ainda que se reconheça a inconstitucionalidade da Medida Provisória 2.170-36/2001, a taxa de juros anual efetiva prevalecerá, pois, de acordo com os conceitos acima destacados, ela não implica capitalização mensal de juros em sentido estrito, esta sim prática vedada pela Lei de Usura e que passou a ser admitida pela Medida Provisória 2.170-36/2001.

presas e empresas de pequeno porte de que trata a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, devem informar o custo total da operação, expresso na forma de taxa percentual anual, calculada de acordo com a fórmula constante do anexo a esta resolução.

(...)

§ 5º No caso de operações de adiantamento a depositantes, de desconto, de cheque especial e de crédito rotativo, devem ser considerados os seguintes parâmetros:

o prazo de trinta dias;

(...)

Por sua vez, só se admite a produção de provas sobre fatos controvertidos. Nos casos trazidos ao Judiciário deste Estado, as instituições financeiras não negam que a composição da taxa efetiva anual envolve a capitalização da taxa equivalente mensal. Assim, ainda que se entenda que o percentual mensal nominal previsto no instrumento deva ser considerado como sendo a taxa efetiva contratada, prejudicando a utilização do percentual anual no cálculo das prestações, sendo o fato incontroverso, a perícia é desnecessária. Cabe ao Juízo, desde logo, aplicar o direito que entende adequado.

Eventualmente reconhecida a inconstitucionalidade da Medida Provisória 2.170-36/2001 ou caso não haja previsão contratual expressa autorizando a capitalização mensal de juros, só são duas as hipóteses em que se concebe a utilidade da perícia na forma esposada pelo Enunciado 301 da Súmula do TJRJ: a) nos casos em que o contrato de mútuo bancário, com parcelas fixas, não preveja a taxa efetiva anual contratada, mas tão somente uma taxa mensal; b) nos casos em que a parte autora se insurja contra a capitalização em sentido estrito, no período de inadimplência (algo incomum nas causas de pedir).

A primeira hipótese é rara, considerando a imposição da previsão de taxa de juros anual efetiva por normas regulamentares do BACEN. 3

No segundo caso, não haveria repercussão no valor das parcelas contratadas, pois, em relação à fórmula para seu cálculo, como já destacado, não há que se falar em anatocismo. Do mesmo modo, em geral, os contratos possuem cláusula prevendo a capitalização mensal em sentido estrito ou se trata de cédula de crédito bancário, título que por lei admite o anatocismo. Nada a justificar, portanto, a realização de

3 Neste sentido é a Resolução BACEN nº 3.517 de 06/12/2007, anteriormente citada e, mais recente, a Resolução BACEN nº 4.197, de 15/03/2013, que em seu artigo 1º e parágrafo único dispõe:

Art. 1º A planilha de cálculo do Custo Efetivo Total (CET), de que trata a Resolução nº 3.517, de 6 de dezembro de 2007, deve ser apresentada previamente à contratação da operação de crédito e de arrendamento mercantil financeiro, bem como constar, de forma destacada, dos respectivos contratos.

Parágrafo único. O demonstrativo de que trata o caput deve explicitar, além do valor em reais de cada componente do fluxo da operação, na forma definida na Resolução nº 3.517, de 2007, art. 1º, §§ 2º e 3º, os respectivos percentuais em relação ao valor total devido.

perícia. Ademais, na esmagadora maioria das demandas essa não é a causa de pedir, até porque não há ainda cobrança da dívida ou sequer saldo devedor. O Poder Judiciário, ao final das contas, acaba exercendo, sem necessidade, papel de mero órgão de consulta para fixação do montante devido pelo consumidor inadimplente.

Por não guardar sintonia com a realidade dos casos submetidos a juízo no dia a dia forense, a simulação da matéria, nos termos em que se deu, foi inoportuna. Ao exigir perícia em tais casos, ela acaba por provocar o engessamento na condução dos processos, efeito contrário a que se propunha o Exmo. Relator.

ACESSO À JUSTIÇA, CELERIDADE PROCESSUAL E DEMANDISMO CRESCENTE

Desembargador Carlos Eduardo da Fonseca Passos

Coordenador do GEDICON

Durante certa época, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, foram frequentes duas preocupações, a ponto de se tornarem cardeais: a garantia do acesso à justiça e a celeridade processual.

Muito se investiu, se fez e se pensou, para se transformarem em reais e compatíveis estes dois valores, tanto no 1º quanto no 2º grau de jurisdição, inclusive com a cooperação de outras instituições essenciais à justiça: multiplicação de juizados, mutirões, aplicação massificada do art. 557, do CPC, uniformização sistemática da jurisprudência, dinamização das ações coletivas, métodos alternativos e consensuais de composição dos conflitos, melhoria da tecnologia informacional, etc.

Avanços foram obtidos, porquanto o tempo da duração do processo decresceu com a preservação da garantia do acesso à justiça, especialmente através de uma exegese mais benevolente do conceito de juridicamente necessitado.

Supunha-se que, por intermédio da adoção de todos esses mecanismos, o Judiciário fluminense, malgrado seus percalços, mas reconhecido pela sua celeridade, comparado com o resto do país, pudesse ter um pouco de alívio e tempo de reflexão sobre um fenômeno incontornável, como foi morosidade no passado: a litigiosidade ontologicamente crescente.

Inúmeras causas se podem atribuir a esta manifestação social. E, a despeito de enumerá-las, não foram obtidas soluções para os efeitos deletérios que o demandismo enseja, dentre os mais importantes, fadiga de magistrados e julgamentos mecanizados, sem qualquer sofisticação intelectual (em termos informacionais, um editar-copiar e

um editar-colar permanentes).

Todos os relatórios e todas as estatísticas procuram demonstrar, com números, que, a despeito do demandismo, o acesso à justiça e a celeridade estão assegurados.

Contudo, isso é um subterfúgio para ocultar o que não se logrou enfrentar, resolver, e constitui o tema do agora: a fúria demandista incontrolável.

Goethe ensina que “satisfazer-se com as limitações próprias é miserável. Sentir a nossa limitação perante o que nos ultrapassa será certamente angustiante, mas tal angústia nos eleva” (Máximas e Reflexões, Relógio D’Água, p. 288).

Considero que o desafio de hoje é outro. O verdadeiro e atualíssimo fenômeno, que assombra o cotidiano forense é o número de demandas cada vez maior. É com isso que se tem de lidar e o que deve ser resolvido.

Para ilustrar esta constatação, basta que se rememore a drástica e mais expressiva redução do prazo médio recursal, alcançada, de há muito, na gestão Des. Sergio Cavalieri (2005/2006), de 155 para 106 dias, a denotar que tal conquista já se caracteriza como algo remoto.

Indubitável que há atrasos inaceitáveis, mas estes são pontuais se comparados ao passado.

A celeridade processual e a garantia do acesso à justiça, ao menos no âmbito da Justiça estadual do Rio de Janeiro, constituem entraves superados e concernentes ao século XX. Por isso, acertada a ponderação do escritor alemão, de que “os homens, porque não atingem o necessário, preocupam-se com o desnecessário” (op. citada, p. 302).

O que se impõe como novo desafio, o do século XXI, é o enfrentamento do demandismo, de modo a permitir uma jurisdição de qualidade, sem a opressão insuportável da quantidade de feitos

a serem julgados “de qualquer maneira”, com vistas ao atendimento da celeridade e às metas estabelecidas pelo CNJ. Em outros termos, o embate do momento não consiste em reduzir o tempo dos processos afins, mas o seu número.

O demandismo se manifesta no curso e na multiplicação de demandas. Não é só o número de processos que assusta, senão também na mesma relação processual decidir-se a mesma questão mais de uma vez, tal como ocorre no abuso do manejo dos embargos de declaração. Para tanto, já existem propostas de solução através de verbetes sumulares do TJ-RJ, tais como os de nºs 169, 170 e 173. No entanto, estes enunciados são meramente proverbiais, porquanto raramente aplicados.

As penas de litigância de má-fé são tão pouco exploradas, que mais parecem condenação de alguém à morte pela força, do que simples multa processual, tal a forma acanhadamente moderada e restrita com que é decretada.

Goethe adverte que “quando se sabe o que verdadeiramente importa, deixamos de ser palavrosos (...). Pensar e agir, agir e pensar, é esta a súpula de toda a sabedoria, desde sempre reconhecida, mas que nem todos entendem. Ambas as coisas devem ser o eterno movimento pendular da vida, como expirar e inspirar; tal como a pergunta e a resposta, uma coisa não devia existir sem a outra” (Os Anos de Peregrinação de Wilhelm Meister, Livro Segundo, Capítulo Nono).

Nesse contexto, insere-se a criação de um GRUPO DE TRABALHO DE MONITORAMENTO PERMANENTE DE DEMANDAS ANÁLOGAS MULTITUDINÁRIAS NAS VARAS CÍVEIS, constituído por juízes perspicazes, que percebam, precocemente, o foco demandista e encontrem a solução adequada para reprimir a conduta, propondo à Administração superior o que for pertinente, com divulgação para os demais magistrados. O erro consiste em permitir que a quantidade de processos se avolume, para, só então, tomar a iniciativa de encontrar uma solução. É imperativo, pois, que se antecipe a tal situação,

cortando o mal pela raiz no seu nascedouro.

Em passado recente, demandas indenizatórias, fundadas na ocorrência de dano moral por inscrição indevida em cadastro restritivo de crédito, entulhavam os juízos cíveis. Realizada apuração por grupo de trabalho constituído por ordem da Administração, constatou-se que numerosas delas eram fraudulentas. Como resultado desse trabalho, condenações penais foram impostas, além de ocorrer expressiva minoração do número de processos distribuídos, que tinham aquele objeto.

Não se está a afirmar que o demandismo pressuponha atividade delituosa, mas que depende de um controle permanente, daí a proposta da criação de um grupo de trabalho de caráter perene, malgrado não seja aconselhável manutenção de seus integrantes por tempo considerável, havendo um remanejamento dos membros à medida que o desgaste for surgindo.

Em suma, é o demandismo que está na ordem do dia. É sobre ele que se deve pensar e agir, agir e pensar, sem, necessariamente, ter tal ordem cronológica, a fim de que seja reduzido o número de processos análogos multitudinários, tal como ocorreu no passado com as demandas indenizatórias acima mencionadas.

MAIS UMA FORMA DE DEMANDISMO: EXIBIÇÃO JUDICIAL DE EXTRATOS BANCÁRIOS

Desembargador Carlos Eduardo da Fonseca Passos

Coordenador do GEDICON

Apareceu no mercado forense mais uma estratégia processual, que indicia nova modalidade de demandismo: multiplicação de “ações” de exibição de documentos. Referidas pretensões são deduzidas por correntistas contra instituições financeiras. Visam à apresentação de extratos bancários detalhados, para a verificação de eventuais juros abusivos e prática do anatocismo mensal, para instruir futura demanda de revisão contratual, repetição do indébito e outras formas criativas de provocar o Judiciário.

O alerta sobre a difusão destas demandas, como de hábito, sob o pálio da gratuidade de justiça, foi suscitado nos estudos do GEDICON, por iniciativa da eminente Juíza Ana Lucia Vieira do Carmo, justificadamente preocupada com a melhor gestão dos serviços judiciários e os prejuízos que ações temerárias e gratuitas provocam ao Fundo Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que tem compromissos mais sérios de realização de despesas.

A ida à justiça, quando se trata de ação consumerista, algumas vezes, constitui para o demandante a tentativa da obtenção do lucro e para seu patrono um novo meio de vida, desprezando-se a máxima de Metrodoro de que todos os bens dos mortais são mortais.

Na verdade, nunca considerei a justiça uma virtude, como o perdão, a coragem e a misericórdia. Concordo com Nietzsche, quando discorre acerca da justiça como satisfação transcendente da vingança:

“O sentimento da justiça é um ressentimento, ele está ligado à vingança: tal como a representação

de uma justiça no além está ligada ao sentimento de vingança. A justiça consiste na represália (ofensa como retaliação); à ofensa deve corresponder uma injúria recíproca: talião. Esta é uma concepção tão velha quanto o mundo e sempre popular. Por outro lado, buscou-se uma razão e se chegou, pela justiça oficial, a uma razão final: prevenção da ofensa pela intimidação” (Escritos sobre Direito, Ed. Loyola, p. 72).

Mas nem mesmo Nietzsche, com sua capacidade desconstrutora monumental, poderia imaginar que a justiça se transformasse, em certos casos, em um imenso mercado, um estrondoso balcão de negócios, como ocorre com algumas demandas fundadas em relação de consumo.

Se confrontadas, eticamente, a pretensão escorada na vingança e a outra baseada em um balcão de negócios, em termos de menor desmerecimento, eu fico com a primeira. A ida à justiça por retaliação é muito menos indigna do que a vinda ao Judiciário pela busca do lucro.

Essas ações de exibição de extratos afrontam não só o pouco que resta de decoro em certas ações consumeristas, como também agride comezinho princípio de que tudo aquilo que é desnecessário e inútil é proibido no processo civil. Inverte-se a ordem das coisas, segundo irônica máxima goethiana: o útil ganha novamente prioridade e se acaba por achar que se tem de utilizar tudo.

O correntista tem acesso direto aos extratos bancários. Por outro lado, impelido por uma dúvida consistente acerca dos critérios matemáticos (ainda que a matemática financeira não seja ciência das mais simples) estabelecidos no extrato, nada impede que o consumidor solicite, em ambiência extrajudicial, esclarecimentos acerca da taxa de juros adotada, bem como se houve capitalização mensal.

A solicitação de extratos, em sede extrajudicial, é absolutamente indispensável, pois constitui em mora o devedor, porquanto, para que a pretensão seja deduzida, de forma útil e necessária, mister que haja

recusa da instituição financeira.

É, então, pressuposto básico que a instituição bancária se recuse a entregar os extratos, dado que, só a partir de então, irá caracterizar-se a recusa e, portanto, o retardo ilegal.

Não se pode exigir, que a entidade financeira descubra interesses e propósitos do correntista. É imperativo que o cliente externar seu intento e a forma adequada para tanto é a solicitação extrajudicial, por escrito, dos documentos pretendidos, com a fixação de prazo para a respectiva entrega, a fim de se caracterizar a mora, antes do ingresso da demanda.

Jurisprudência antiga já indicava tal orientação, como se depreende do aresto abaixo, **verbis**:

“O Poder Público pode buscar na via judicial, **após fracasso na via administrativa**, exibição de livros e documentos contábeis, para lançamento de tributos (...)” (TJ-PR, Ap. 37516-0, julgamento em 24/05/95).

Ao invés disso, é mais fácil e lucrativa a via direta à justiça, através da fórmula romântica de que nenhuma lesão ou ameaça desta deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário, obviamente, de graça. Em nome deste princípio, deixa de se considerar a busca do lucro: os honorários de advogado da primeira demanda, exhibitória de documentos, absolutamente desnecessária, salvo prévia recusa extrajudicial da instituição financeira, em apresentar extratos mais pormenorizados; e a segunda, de caráter principal, conforme a inventividade do causídico.

Na hipótese, emerge **mutatis mutandis** a mesma situação verificada e resolvida pelo verbete sumular nº 232, do TJ-RJ, **verbis**:

“É incabível a cobrança judicial da cobertura do seguro DPVAT no prazo legal de regulação do sinistro”.

O mercado forense não desconhece o número de processos julgados de cobrança do DPVAT, sem prévia regulação do sinistro, não

obstante a lei de regência estabeleça prazo definido para tanto.

Essa proliferação de demandas não reprimida pelo Judiciário decorre de uma confusão conceitual entre garantia de acesso à justiça e necessidade de constituição em mora do devedor.

Na linha do raciocínio aristotélico, como se sabe, há uma tríade: observar (agindo empiricamente), intelectualizar (correlacionar os conhecimentos) e idear (formar a ideia). Ocorrendo falha em uma dessas operações, o pensamento torna-se falacioso e leva ao erro, como o de Marco Polo, em uma de suas expedições, ao imaginar que um rinoceronte era um unicórnio. Não por outra razão Pascal advertia que “a maioria dos nossos erros decorre de raciocínios bem estruturados, com base em fatos mal observados”. É o exagero da analogia, de utilidade inegável para impedir a dispersão, mas que, exagerada, se transforma, equivocadamente, em identidade.

Embora não seja acaciano, não se podem misturar estes dois princípios- negar justiça e constituição em mora. Essa baralhada de definições acaba por ensejar uma enxurrada de demandas oportunistas, nas quais a palavra de ordem é lucrar através de processos judiciais, o demandante consumidor e seu advogado, além de inchar o Poder Judiciário de desimportâncias.

Ora, se não houve recusa da entrega de extrato mais detalhado, como cogitar de exibição de documentos, que pressupõe uma negativa de encaminhamento da compilação dos débitos e créditos bancários?

A adoção deste raciocínio de que há vedação do acesso à justiça, quando se exige prévia tentativa extrajudicial de obtenção dos documentos e, após a primeira decisão sobre o assunto, copiada pelos magistrados seguintes em um editar-copiar, editar-colar incessante, faz lembrar o lugar da autoridade no pensamento medieval, exposta por Steven Marrone, em A Filosofia Medieval em seu contexto, **verbis**:

“A autoridade, ou algo semelhante a ela, desempenha sempre algum papel no pensamento de qualquer época. Nenhum pensador, nem mesmo um

Descartes, começa realmente do zero ou, até mesmo nos campos mais científicos, tenta oferecer prova de tudo o que reclama como verdadeiro. Em nossa própria época, a confiança nos especialistas é tão universal que chega a ser invisível. E a assunção de que a sanção política ou institucional, quando invocada, apoia-se em critérios transparentes de anuência, é mais frequentemente não examinada, talvez mesmo não justificada, do que o contrário. **A aquiescência autoconsciente dos medievais para com a voz da autoridade não é, portanto, tão cegamente crédula em comparação com os hábitos modernos, como pode ser suposto**” (Filosofia Medieval, A. S. McGrade (Org.), Ideias & Letras, p. 62).

Malgrado o autor acima referido tenha relativizado o questionamento cartesiano e amesquinhado, de forma indireta, a importância da jurisprudência, chegou o momento de, no exame de algumas demandas consumeristas, pensar como Descartes: é preciso duvidar de tudo.

Quer isto significar, que as iniciais destas ações preparatórias de exibição devem ser instruídas com a prova da negativa da entrega dos extratos detalhados, isto é, da notificação por escrito da entidade financeira, com prazo certo para atendimento, decorrido *in albis*.

Por óbvio que no exame dessas petições, em caso de não esclarecimento, deverá o juiz determinar a sua emenda (art. 284, do CPC), para se certificar se houve prévia tentativa de obtenção do documento em sede extrajudicial. E constatado que não houve recusa, deverá indeferi-la por falta de interesse processual.

Para concluir, se fosse possível enunciar algum princípio sobre a questão, diria: é imprescindível extremar a situação da negativa de acesso à justiça daquela em que há necessidade de constituição em mora do devedor. Quando assentada esta distinção em termos práticos, numerosas demandas inúteis e desnecessárias serão “rifadas” no seu nascedouro.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. CARÁTER PROTETÓRIO – NÃO CONHECIMENTO. NÃO SUSPENSÃO OU INTERRUÇÃO DO PRAZO RECURSAL. CELERIDADE E EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. PODER JUDICIÁRIO MODERNO E CONECTADO COM OS ANSEIOS DA SOCIEDADE.

Mauro Nicolau Junior¹

“Ele não está aqui, fui eu quem tocou o sino”, respondeu o camponês. “Mas então, ninguém morreu?” Insistiram os habitantes; o camponês respondeu novamente: “Não, ninguém que tivesse um nome ou a figura de uma pessoa, eu toquei o sino pela Justiça, porque a Justiça está morta”²

1) INTRODUÇÃO

O presente trabalho é fruto de aprofundado estudo sobre o tema acima mencionado no Grupo de Estudos de Direito Concreto em Matéria Cível e Fazendária da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Sem qualquer pretensão de esgotar a matéria o objetivo, ao contrário, é analisar a aplicabilidade da norma legal que determina a interrupção do prazo recursal em razão da interposição de embargos de declaração.

Até muito pouco tempo atrás se entendeu que a simples interposição de tais embargos era suficiente para obtenção do prolongamento

¹ Juiz de Direito titular da 48ª Vara Cível do Rio de Janeiro, Mestre pela Unesa, membro do Gedicon-Emerj.

² SARAMAGO, José. *Da justiça à democracia, passando pelos sinos*. Le Monde Diplomatique, n. 576, p. 3, Mars 2002

do prazo de recurso para apresentação de qualquer outro recurso, entendimento que não mais se adequa à necessidade de cumprimento da norma constitucional de que a prestação jurisdicional deve ser célere e efetiva até porque na esmagadora maioria das vezes tais embargos são utilizados como forma de procrastinar e protelar a tramitação processual.

2) REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Os recursos, como qualquer ato postulatório, submetem-se a um prévio exame de admissibilidade, antes da análise da eventual procedência da impugnação. Assim, conforme destacada lição de José Carlos Barbosa Moreira, “cumpre estremar, na atividade cognitiva do órgão judicial, dois juízos perfeitamente caracterizados: o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito”³

O juízo de admissibilidade é necessariamente prévio ao juízo de mérito, funcionando como verdadeira preliminar. Aquele será positivo, se concorrerem todos os pressupostos exigíveis para a emissão do novo pronunciamento; será negativo na hipótese de faltar pelo menos um desses pressupostos.⁴

Tecnicamente, diz-se que, na ausência desses pressupostos, o recurso não será conhecido.

Importa perquirir, nesse diapasão, se a existência de omissão, contradição ou obscuridade correspondem ao juízo de admissibilidade ou ao juízo de mérito dos embargos de declaração.

Humberto Theodoro Júnior entende que “o pressuposto de admissibilidade dessa espécie de recurso é a existência de obscuridade

3 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis**. Rio de Janeiro: [s.n.], 1968, p. 33.

4 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis**. Rio de Janeiro: [s.n.], 1968, p. 33.

ou contradição na sentença ou no acórdão, ou omissão de algum ponto sobre que devia pronunciar-se o juiz ou tribunal”⁵

Segundo esse entendimento, a eventual inexistência de omissão, por uso adequado das expressões “conhece-se do recurso”, “não se conhece do recurso”, “dá-se provimento ao recurso” e “nega-se provimento ao recurso”⁶ pode conduzir a conclusões equivocadas.

Enquanto que, presentes todos eles, o recurso será conhecido não têm natureza recursal quando destinados, conforme sua concepção pura contida em clássicas definições, a meros esclarecimentos do julgado, sem interferir em seu teor substancial, mas eles são autêntico recurso quando se dá o contrário, a saber, quando são opostos com o objetivo de inverter sucumbências⁷ ou alterar o próprio julgado.

Apontado pelo embargante qualquer dos três vícios, os embargos de declaração deverão ser conhecidos. A efetiva existência ou inexistência desses vícios levará, respectivamente, à sua admissibilidade ou não.

Em termos objetivos, o juízo de conhecimento dos embargos de declaração resta preenchido com a indicação dos vícios pelo embargante. Indicação do vício e existência do vício são temas absolutamente distintos: aquele relacionado ao juízo de conhecimento e este ao juízo de admissibilidade. Nesse sentido, confira-se precedente da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça relatado pelo Ministro Luiz Fux:

“Os embargos de declaração têm como requisito de admissibilidade a indicação de algum dos vícios previstos no art. 535 do CPC, constantes do

5 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 48ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I, p. 707.

6 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Que significa ‘não conhecer de um recurso’ in **Temas de direito processual**: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 125-143.

7 DINAMARCO, Cândido Rangel. “Os embargos de declaração como recurso” in **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 183.

decisum embargado, não se prestando, portanto, ao rejuízoamento da matéria posta nos autos”⁸

É evidente, por outro lado, que a indicação do vício pelo recorrente está vinculada ao pressuposto da regularidade formal, sem o qual, aí sim, o recurso (até mesmo por inépcia) não será conhecido. Exatamente nesse sentido, Luiz Fux afirma que:

Os embargos de declaração, além da tempestividade como requisito de admissibilidade dos embargos, também tem que preencher o requisito consistente na regularidade da forma por isso que a lei impõe petição dirigida ao juiz ou relator, com indicação do ponto obscuro, contraditório ou omissão.⁹

Conclui-se, pois, que basta a indicação na petição dos embargos de declaração de um dos vícios previstos no art. 535 do Código de Processo Civil para que eles sejam recebidos mas para que sejam conhecidos é necessário que tais vícios estejam presentes. E o provimento ou desprovimento do recurso dependerá da veracidade e correção quanto à afirmação da existir realmente, em concreto, os vícios alegados.

3) DEMANDISMO – PODER JUDICIÁRIO EM CRISE

Este raciocínio estaria perfeito se o direito pudesse ser aplicado de forma técnica e voltado a sua verdadeira aptidão e objetivo, qual

8 STJ, Corte Especial, EDcl. nos EREsp. nº 579.833/BA, Min. Luiz Fux, D.J. de 04.12.2006

9 FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I, p. 866.

seja, fazer justiça e buscar a distribuição efetiva da prestação jurisdicional. No entanto, há muito tempo o Poder Judiciário, lamentavelmente, se tornou local onde se busca locupletamento indevido, onde se protela a mais não poder o cumprimento das próprias obrigações, onde se utiliza de forma indevida e sem o necessário pudor os instrumentos legais e processuais com o intuito precípua exatamente oposto àquele a que se destina a própria existência do próprio Poder Judiciário, qual seja, distribuir Justiça.

E é nesse ponto que deve o magistrado e os demais profissionais do direito que buscam o resgate da credibilidade e honorabilidade do Poder, das decisões judiciais e de suas próprias profissões, proceder à releitura das normas legais e sua submissão ao filtro constitucional, notadamente ao princípio norteador que determina que a prestação jurisdicional deva ser CÉLERE E EFETIVA e, assim, evitar e frear as condutas que se antepõem à consecução de tais mandamentos.

O tema não é novo e já passou pelo crivo atento do magistrado Carlos Eduardo da Rosa Fonseca Passos em seu artigo “Embargos de declaração: Questão de ordem pública¹⁰” notadamente quando diz que:

Dado o número insuportável de interposição de embargos de declaração, em grande parte estimulada pelo verbete nº 98, da Súmula do STJ (“embargos de declaração com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”) cuja finalidade foi, por via transversa, barrar o ingresso do recurso especial, alguns enunciados sobre a matéria foram editados e sumulados, com vistas a simplificar os julgamentos dos embargos, esperando-se que eles alcancem a finalidade prática que se buscou, ao invés de passar a ter mero significado proverbial.

Refiro-me aos seguintes enunciados da Súmula do TJRJ, todos relatados no Órgão Especial pela eminente Desembargadora Leila Ma-

10 In Revista EMERJ, v. 16, nº 61, 2013, **Cinco Escritos Sobre Ações de Massa e Demandismo**.

riano, os quais não contrastam com o verbete nº 98, da Súmula do STJ, senão objetivam combater os abusos por ele proporcionados e mostram que não há propósito prequestionador e muito menos é nítido tal fim. São eles:

“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”.

“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”.

“172 - A contradição, para ensejar a interposição de embargos de declaração, deve estar contida no próprio conteúdo da decisão embargada”.

“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”.

“238 - Consideram-se protelatórios embargos de declaração opostos sem o recolhimento da multa prevista no art. 557, parágrafo 2º, do CPC”.

Veja-se que, da mesma forma, a preocupação quanto à morosidade e à utilização indevida dos embargos de declaração se mostra relevante em todos os níveis jurisdicionais.

Não restam dúvidas que, assim posta a situação, vivenciamos uma “crise” que desafia seu enfrentamento na busca de soluções consentâneas com a modernidade e, principalmente, com a realidade.

De acordo com os ensinamentos de Thomas S. Kuhn, “*as crises são uma pré-condição necessária para a emergência de novas teorias*”¹¹. Assim sendo, a crise é o prenúncio da consolidação de um conjunto de novas ideias.

A erupção de uma crise passa necessariamente pelo eclipse dos pensamentos paradigmáticos anteriores tendo em vista que a realidade social já não encontra nestes, um respaldo satisfatório. Destarte, emerge outro conjunto de ideias mais atiladas com as necessidades espaço-temporais. Assim, a crise neste contexto assume uma nova feição: terra fértil para a sementeira de novas ideias e pensamentos que areja o âmbito científico com novas ideias e regras e, inclusive, com um novo discurso. É da dissociação entre a promessa e o fato concreto que se constitui a crise.

4) A ADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E SEUS EFEITOS.

Os recursos em geral apresentam efeitos da interposição (efeito obstativo, efeito devolutivo, efeito translativo, efeito suspensivo e efeito interruptivo) e efeitos do julgamento (cassação e substituição)¹²

O efeito obstativo dos recursos, na lição de Luiz Fux, consiste em “impedir o trânsito em julgado da decisão”¹³ conforme se extrai do art. 467 do Código de Processo Civil.

11 KUHN, T. S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1998. p. 107 e ss.

12 Nesse sentido, manifesta-se a doutrina de Alexandre Freitas Câmara: “Os recursos produzem dois tipos de efeitos: efeitos da interposição e efeitos do julgamento. (...). A doutrina costuma apontar três efeitos da interposição dos recursos: um deles, impedir o trânsito em julgado, é comum a todos os recursos admissíveis. Já os outros dois (efeitos devolutivo e suspensivo) podem ou não se produzir, diferindo os recursos entre si quanto à sua produção. (...). Além dos efeitos de interposição (e do efeito da recorribilidade, que é o efeito suspensivo), há que examinar os efeitos do julgamento dos recursos. Estes podem ser dois: substituir ou anular o provimento recorrido” (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. II, p. 76 e 80). Como se percebe do texto, acrescentei nos efeitos da interposição dos recursos o translativo e o interruptivo.

13 FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I, p. 753.

Não há dúvida na doutrina quanto à sua ocorrência em relação aos embargos de declaração, pois o trânsito em julgado da decisão é postergado para momento posterior ao julgamento do recurso.

No que tange ao efeito devolutivo dos embargos de declaração, não há consenso na doutrina. Trata-se do efeito de transferir ao órgão competente para o julgamento do recurso a análise, em extensão e profundidade, da matéria impugnada.

José Carlos Barbosa Moreira considera que “interpostos sempre para o mesmo órgão que proferiu a decisão embargada, não têm os embargos de declaração efeito devolutivo”¹⁴

Sem adentrar os demais efeitos que não são o objeto do presente estudo passa-se ao **efeito suspensivo dos embargos de declaração**.

Quando se faz referência a efeito suspensivo dos embargos de declaração há imediata necessidade de se explicitar exatamente a respeito do que se está referindo, principalmente sob uma perspectiva histórica.

Isso porque, originariamente, o art. 538 do estatuto processual previa que “os embargos de declaração suspendem o prazo para a interposição de outros recursos”. Diante do texto legal, à época, era comum certa confusão terminológica entre a suspensão do prazo para interposição de outro recurso e a suspensão da eficácia da decisão embargada. Qual era, afinal, o efeito suspensivo?

Atualmente, o problema está superado¹⁵, pois a redação do art. 538 do Código de Processo Civil, com a alteração promovida pela Lei

14 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 156.

15 Nesse sentido Teresa Arruda Alvim Wambier: “É importante, antes de tudo, que se saliente, ainda que se correndo o risco de dizer o óbvio, que o efeito de interromper os prazos para a interposição dos demais recursos nada tem a ver com a problemática consistente em se saber se os embargos de declaração impedem a decisão impugnada de produzi efeitos” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Efeito suspensivo dos embargos de declaração” in **Linhas mestras do processo civil: comemoração dos 30 anos do CPC**. COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; DINAMARCO, Pedro da Silva (Coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 614-615).

nº 8.950/94, estipula que “os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes”.

Assim, à suspensão dos efeitos da decisão no universo factual, chama-se efeito suspensivo; à interrupção do prazo para a interposição de outros recursos, chama-se efeito interruptivo.

É do efeito suspensivo que se trata agora. Sergio Bermudes explica, genericamente, que “o efeito suspensivo obsta a eficácia da decisão judicial, proferida no processo, na extensão do recurso que o produz”, sendo certo que “o efeito suspensivo não veda apenas a eficácia executória da decisão recorrida”, mas sim tolhe “qualquer eficácia ao ato recorrido, para impedir a sua execução, num sentido lato, envolvente da prática de todos os atos, que, de qualquer modo, lhe possam dar efetividade”¹⁶

Por tudo o quanto se disse, parece que o efeito suspensivo dos embargos de declaração deve decorrer de uma única circunstância que é o pedido expresso formulado pela parte fundada na impossibilidade real de que a decisão seja cumprida ou na possibilidade de integral alteração da decisão em virtude do acolhimento dos embargos. Não se deve entender, em nosso sentir, que a interposição dos embargos de declaração, por si só, geraria a cessação dos efeitos da decisão. Em face da perspectiva de não poder cumprir a decisão impugnada, deve o próprio embargante formular pedido de que ao seu recurso seja atribuído efeito suspensivo”¹⁷

Dessa análise, se pode afirmar, sem hesitar, que a aferição quanto ao efeito suspensivo deve ser feita não em relação aos embargos, mas sim quanto ao recurso previsto no Código para atacar a decisão possivelmente embargada. Os embargos, em si mesmo, seja a sua interposição, seja a mera potencialidade no seu manejo, não influenciam na eficácia da decisão judicial. Se os embargos versarem, por exemplo, contra uma sentença proferida no processo de conhecimento, sem

16 BERMUDES, Sergio. “O efeito suspensivo nos recursos cíveis” in **Direito processual civil: estudos e pareceres**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 100-101.

17 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: RT, 2005, p. 87.

que estejamos diante de uma das hipóteses previstas nos incisos do art. 520, evidentemente que a sentença não produzirá efeitos. Mas, tal fato não decorre dos embargos, mas sim da recorribilidade da sentença por meio do recurso de apelação. Por outro lado, se a sentença for proferida num processo cautelar (art. 520, IV), desde a sua publicação terá ela aptidão para produzir efeitos, não tendo os embargos de declaração, mesmo que opostos, qualquer interferência quanto a eles.”¹⁸

Assim, o que se tem na atualidade, notadamente após a alteração legislativa extinguido a “fase de execução do julgado” e inaugurando o “cumprimento voluntário da sentença” é que a interposição dos embargos de declaração não afasta a necessidade do cumprimento da condenação na medida em que os embargos não atribuem o efeito de suspensividade da decisão embargada devendo, assim, ser cumprida tal como proferida até porque tais embargos não são ordinariamente meio de reforma ou cassação da decisão impugnada, mas sim de integração, sempre vinculados à correção dos vícios de omissão, contradição ou obscuridade.

Conforme já esclarecido, o art. 538 do Código de Processo Civil trata do efeito interruptivo ao estatuir que “os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes”. Trata-se do chamado efeito interruptivo dos embargos de declaração, que atua sobre o prazo para interposição de outros recursos contra aquela mesma decisão e não sobre a eficácia da decisão.

Há uma divergência doutrinária sobre a atribuição do referido efeito nas hipóteses de não conhecimento dos embargos de declaração.

José Carlos Barbosa Moreira afirma que “deve entender-se, porém, que tal efeito (interruptivo) unicamente se produz quando os embargos de declaração sejam admissíveis e, portanto, hajam de ser conhecidos”¹⁹

18 JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 3. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 263-264.

19 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Questões de técnica de julgamento nos tribunais” in **Temas de direito processual**: nonasérie. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 288.

Em sentido contrário, Alexandre Freitas Câmara defende que “o efeito interruptivo é um efeito da interposição do recurso, produzindo-se o referido efeito ainda que, depois, se verifique que os embargos de declaração eram inadmissíveis”²⁰

5) INEXISTÊNCIA DE EFEITO INTERRUPTIVO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO QUANDO CONSIDERADOS PROCRASTINATÓRIOS EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE SEUS PRESSUPOSTOS (LACUNA, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO).

Nesse ponto o Superior Tribunal de Justiça vem se posicionando de forma reiterada no sentido de afirmar que os embargos de declaração, quando reconhecidos como procrastinatórios e, portanto, não recebidos, não produzem o efeito interruptivo da fluência do prazo recursal previsto no artigo 538 do CPC possibilitando, em consequência, inclusive o trânsito em julgado, como adiante se vê:

Os embargos nitidamente protelatórios, quando não conhecidos por ausência de seus pressupostos formais **não suspendem nem interrompem o prazo recursal** (STJ, 5ª Turma, Resp. 329.388-PR, relator Ministro Felix Fischer, julgado de 13.11.00. Da mesma forma, STJ-1ª Turma, Resp. 453.993-MG-AgRg. Rel. Min. José Delgado, j. 24..06.2003).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE RECONSI-

20 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. II, p. 120. Sergio Bermudes, em parecer, defende que “os intempestivos embargos de declaração consubstanciam um ato processual ineficaz, como são os que têm lugar depois de findo o respectivo prazo, insuscetíveis de produzir qualquer consequência, a começar pelo efeito de interromper o prazo para interposição de outros recursos, conforme o art. 538 do Código de Processo Civil” (BERMUDES, Sergio. “Embargos de declaração intempestivos” in **Direito processual civil: estudos e pareceres**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 246). Não obstante, em outro texto, considera o mesmo autor que “julgados os embargos, tanto por decisão que deles não conheça quanto por decisão que a eles dê, ou negue, provimento, o prazo recomeça a correr para todos, desde o início” (BERMUDES, Sergio. “O efeito infringente dos embargos de declaração” in **Direito processual civil: estudos e pareceres**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 71). Pelo fato desse último texto estar descrito como inédito na coletânea ora citada, parece ser essa última a posição atual do ilustre advogado.

DERAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NÃO INTERRUPTÃO DO PRAZO RECURSAL. **Os embargos de declaração consistentes em mero pedido de reconsideração não interrompem o prazo recursal.** Os embargos de declaração, ainda que rejeitados, interrompem o prazo recursal. **Todavia, em se tratando de pedido de reconsideração, mascarado sob o rótulo dos aclaratórios, não há que se cogitar da referida interrupção.** Precedente citado: REsp 964.235-PI, DJ 4/10/2007. AgRg no AREsp 187.507-MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 13/11/2012. (AgRg no AREsp 187.507-MG - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO, MASCARADO SOB O RÓTULO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - NÃO INTERRUPTÃO DO PRAZO RECURSAL, STJ - AgRg no AREsp 187.507-MG

Exatamente no mesmo sentido o precedente citado: REsp 964.235-PI, DJ 4/10/2007. AgRg no AREsp 187.507-MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 13/11/2012e os que adiante seguem:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. INTERRUPTÃO DO PRAZO RECURSAL. INOCORRÊNCIA.** RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO”. (REsp 984.724/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 2/6/08).

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. PRAZO. INTERRUPTÃO. INOCORRÊNCIA. 1. **A teor da jurisprudência desta Corte, os embargos de declaração recebidos como pedido de reconsideração não têm o condão de suspender o prazo recursal para a in-**

terposição do agravo interno. 2. Agravo regimental a que se nega provimento”. (AgRg no REsp 1.108.166/SC, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 9/11/09)

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NATUREZA DE PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. INTERRUPTÃO DO PRAZO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. **Os embargos de declaração, ainda que rejeitados, interrompem o prazo recursal. Todavia, se, na verdade, tratar-se de verdadeiro pedido de reconsideração, mascarado sob o rótulo dos aclaratórios, não há que se cogitar da referida interrupção**. Precedentes. 2. Recurso especial não provido”. (REsp 1.214.060/GO, Rel. Min. Mauro Campbell, Segunda Turma, DJe de 28/9/10).

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NATUREZA DE PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERRUPTÃO DO PRAZO RECURSAL. PRECEDENTES. 1. **A jurisprudência de ambas as Turmas que integram a Primeira Seção do STJ consolidou-se no sentido de que, possuindo os Aclaratórios nítido caráter de pedido de reconsideração e sendo assim recebidos, não há interrupção do prazo para a interposição de outros recursos**. 2. Recurso Especial não provido”. (REsp 1.214.060/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 4/2/11).

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO ROTULADO COMO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO INTERROMPEM O PRAZO RECURSAL. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. **“Os embargos de declaração, ainda que rejeitados, interrompem o prazo recursal. Todavia, se, na verdade, tratar-se de verdadeiro pedido de reconsidera-**

ção, mascarado sob o rótulo dos aclaratórios, não há que se cogitar da referida interrupção. Precedentes” (REsp 1.214.060/GO, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, Segunda Turma, DJe de 28/9/10). 2. Agravo regimental não provido”. (AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 187.507 - MG, Reg. 2012/0118195-8, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julg. unân. de 13/11/2012, in DJe 23/11/2012).

Necessário salientar que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça desvinculou a nomenclatura que se tenha atribuído à peça recursal ao que ela realmente é permitindo a apuração real da intenção dos embargos de declaração que, como antes dito, na esmagadora maioria das vezes, busca que o prolator da decisão ou sentença a reveja ou, o que é pior, simplesmente obter a interrupção da fluência do prazo recursal para “ganhar” mais tempo para apresentar o recurso adequado o que, por óbvio, desvirtua não apenas tais embargos como a própria atuação processual vinculada aos parâmetros da boa fé e à dignidade da Justiça.

Esse mesmo entendimento vem sendo sufragado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro por algumas Câmaras Cíveis, atentas ao fato de que os embargos de declaração vêm sendo utilizados de forma apenas e tão somente a procrastinar a prestação jurisdicional e protelar o prazo recursal provocando a dilatação ilegal e abusiva do lapso temporal legalmente estabelecido para a apresentação do recurso cabível contra a decisão que pretenda enfrentar, como adiante se vê:

Agravo. Embargos de declaração. Não conhecimento. Interrupção do prazo recursal. **Não há suspensão do benefício processual consubstanciado na interrupção do prazo recursal, quando os embargos de declaração, devidamente fundamentados e pertinentes deixam de ser conhecidos,** por não haver omissão, obscuridade ou contradição a ser sanada, como é o caso dos autos Provimento do recurso.

(Agravo de instrumento 2002.002.05901, 18ª Câmara Cível, relator, Desembargador Jorge Luiz Habib, j. 21/05/2002).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NÃO RECEBIMENTO POR AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DESCRITOS NO ART.535 DO CPC. SUSPENSÃO DO PRAZO PARA A INTERPOSIÇÃO DE OUTRO RECURSO. **Não sendo recebidos pelo Juízo monocrático, os embargos de declaração, que não atenderam os requisitos de admissibilidade, subjetivos ou objetivos, não se aplica a interrupção do prazo recursal, contida no art. 538 do CPC.** Mas, apenas a sua suspensão, pois, do contrário, estaríamos incentivando o oferecimento de embargos extemporâneos, ou manejados com intuito procrastinatório, ou incabíveis, sob o benefício da interrupção do prazo. Hipótese na qual se constata a total impropriedade do recurso de apelação subsequente, dada sua intempestividade. Recurso não conhecido. (Apelação Cível 2001.001.18543, 11ª Câmara Cível, relator, Des. Cláudio de Mello Tavares, j. 12.12.2001).

Aliás, a matéria não é nova e já de há muito tempo vem sendo objeto de preocupação dos magistrados de primeira instância que atuam na área cível como adiante se vê:

Dispõe o enunciado 10 do fórum permanente de juizes cíveis do Rio de Janeiro, publicado no Diário Oficial do dia 2 de abril de 2004, página 5, que:

“A resistência injustificada ao andamento processual, inclusive, nos embargos declaratórios evidenciando má-fé ou intenção protelatória, ante a inexistência de omissão, contradição ou obscuridade do julgado, poderá implicar nas multas cumulativas dos artigos 18 e 538, parágrafo único, ambos do CPC, sem prejuízo

da indenização da parte em quantia correspondente até 20% do valor da causa ou da liquidação por arbitramento (art. 18 § 2º do CPC).”

Em outros Estados da Federação, da mesma forma, o demandismo e o abuso da utilização das vias instrumentais vem sendo objeto do necessário enfrentamento, notadamente quando bafejados pelos ventos dos pampas, sabidamente vanguardeiros quando se trata de inovações jurisprudenciais, como se vê a frente:

Ementa: agravo - recurso de que não se conhece quando utilizado para atacar a decisão que nega efeito suspensivo a agravo de instrumento. Agravo de instrumento - recebimento do apelo - interrupção de prazo por conta de embargos declaratórios - **quando os embargos declaratorios tem caracter procrastinatorio nao interrompem o prazo para outros recursos**. Ademais, estava aberto a parte o manejo de recurso de apelação, meio hábil para a pretendida reanálise da prova, erroneamente intentada mediante declaração. (4fls.) (agravo nº 70001061563, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, relator: Des. José Francisco Pellegrini, julgado em 08/06/2000).

Ementa: embargos de declaração. Interrupção do prazo para outros recursos. **Sendo os embargos de declaração flagrantemente descabidos, não tem o condão de interromper o prazo de apelação.** Hipótese na qual, constatada a total impropriedade dos embargos declaratórios, reconhece-se a intempestividade da apelação subsequente. Apelo não conhecido. (5 fls) (apelação cível nº 70000100669, 10ª CC, TJRS, relator: Des. Luiz Lúcio Merg, julgado em 30/03/2000).

6) O PODER JUDICIÁRIO NA MODERNIDADE DEMOCRÁTICA

O JUDICIÁRIO brasileiro, diferentemente do que ocorria no passado, está na berlinda e não apresenta mais condições de impedir mudanças. Reformas virão e mudanças já estão em curso, algumas mais e outras menos visíveis, alterando a identidade e o perfil de uma instituição que sempre teve na tradição uma garantia segura contra as inovações, reacionária a mudanças, mesmo percebendo que o sistema em vigor não mais se mostra apto a atingir seus objetivos.

Esta dimensão contempla as funções do Judiciário relacionadas ao seu papel de organismo encarregado de distribuir justiça. Desse ângulo, cabe examinar a instituição como uma agência pública prestadora de serviços.

Grande parte da insatisfação popular com a justiça refere-se a esta dimensão. A ela são dirigidas ácidas críticas, tais como: “a justiça tarda e falha”; “a justiça não é igual para todos”; “a justiça é elitista”; “mais vale um mau acordo do que uma boa demanda”; “para os amigos tudo para os inimigos a lei” etc.

Para o exame dessa dimensão, uma vez mais, é necessário distinguir alguns aspectos. Há que se examinar, de um lado, a demanda por justiça e, de outro, o processamento desta demanda.

No que se refere à demanda, o crescimento nos índices de procura pela justiça estatal está altamente relacionado às taxas de industrialização e de urbanização. Crescimentos nesses indicadores provocam aumentos no número e no tipo de conflitos e, conseqüentemente, torna-se maior a probabilidade de que litígios convertam-se em demanda judicial.

Essa potencialidade depende, por sua vez, da **consciência de direitos e da credibilidade na máquina judicial**. Assim, a mera transformação estrutural por que passou a sociedade brasileira, de predominantemente agrária e rural para industrial e urbana, num intervalo de menos de cinquenta anos, tomando-se 1930 como ponto de partida, justificaria a multiplicação dos conflitos.

Tais tendências foram, no entanto, em grande parte, contidas pela *ausência de vida democrática e pelo descrédito na justiça*.

As dificuldades de acesso ao Judiciário são constantemente lembradas como um fator inibidor da realização plena da cidadania. O desconhecimento dos direitos, por um lado, e a percepção de uma *justiça vista como cara e lenta*, de outro, afastam dos tribunais a maior parte da população.

Daí afirmar-se que a grande massa só procura a justiça estatal quando não há outra alternativa. Nestas circunstâncias, não se trataria de uma utilização voluntária, para a efetivação de direitos, mas compulsória. Isto significa que a face do Judiciário conhecida por largos setores de jurisdicionados não é a civil, mas, sobretudo, a criminal.

Quanto à mentalidade, o Judiciário não difere, neste aspecto, de outras instituições igualmente fechadas, com traços aristocráticos. O figurino da instituição tem se mostrado um ponto problemático, uma vez que, longe de encorajar o substantivo, prende-se à forma; em vez de premiar o compromisso com o real, incentiva o saber abstrato.

O descompasso entre o valorizado pela instituição e as mudanças vividas pela sociedade responde, em grande parte, pela imagem negativa da magistratura junto à população e, em consequência, a não aceitação de suas decisões (baixa legitimidade).

Sublinhe-se, contudo, que nos últimos anos têm crescido as **reações internas a esse modelo.**

Tanto assim que, hoje, dificilmente, pode-se afirmar que a magistratura constitua um corpo homogêneo. E já se podem ouvir fases como “o direito se acha na lei e não nas ruas”. Mas, como ignorar os reclames populares? Como pretender que o juiz seja um pária da sociedade, alienado, indiferente, sem se deixar influenciar pelo meio em que vive? Alguns setores querem que o juiz retorne à “torre de marfim” de onde nada possa ver e ouvir a não ser o que queiram que ele saiba. Para ser imparcial não é preciso ser neutro, alias, muito ao contrário, é necessário que o juiz participe da sociedade, ouça seus

clamores, entenda os movimentos e rumos, sinta as forças pujantes diretamente de suas fontes. Só assim poderá julgar de acordo com os valores aceitos pela sociedade em que vive.

Ao contrário, não apenas multiplicaram-se os grupos internos, como muitos juízes têm se mostrado críticos da instituição e sensíveis a propostas de mudança, mesmo que afetem diretamente interesses corporativos e tradicionais.

Ainda que esses grupos não sejam majoritários, constata-se uma significativa renovação interna, no sentido de um maior pluralismo e a uma consequente quebra no modelo de mentalidade tradicional.

Esta mudança não deve ser vista como apenas positiva. Ela embute riscos, sobretudo se implicar uma ampliação do espaço de partidários de um **“direito alternativo”**, comprometidos com uma concepção de justiça social, que tem no magistrado um paladino, ou *ainda de juízes que, ao abandonar a discricção, guem-se pela presença na mídia e pela ânsia de substituir a classe política, constituída pelo mandato popular*. Há que se encontrar um equilíbrio.

Por outro lado o Poder Judiciário deve se resguardar da ameaça real e permanente de ser utilizado como “massa de manobra” ou “braço armado” de facções, partidos políticos, oligarquias e grupos de pressão o que foi sentido e mencionado pelo Ministro decano do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Celso de Melo ao discursar no primeiro ano a frente da Presidência do STF quando afirmou que:

O MEMBRO DE UMA SUPREMA CORTE QUE NÃO SOUBER QUE, MUITAS VEZES, É PRECISO PRESERVAR O POVO DE SUA PRÓPRIA SANHA JUSTICEIRA NÃO MERECE OCUPAR AQUELA CADEIRA. PORQUE, ENTÃO, LHE FALTARÃO ESTOFO, FORMAÇÃO INTELECTUAL, LEITURA, DISCERNIMENTO.

- Numa democracia, os tribunais informam as ruas, mas as ruas não informam os tribunais.

- Numa democracia, os juízes ensinam ponderação ao povo, mas o povo não ensina fúria aos juízes.
- Numa democracia, os juízes ensinam tolerância aos intolerantes; mas os intolerantes não ensinam intolerância ao juiz.
- Numa democracia, em suma, os juízes, se preciso, preservam o povo de si mesmo, ensinando que nem mesmo a ele é lícito, no calor das demandas da hora, solapar as bases que garantem os direitos a todo e a cada um.

Por isso um juiz tem de ouvir o espírito das leis, não o espírito das ruas. Porque o espírito das ruas ou é a voz indistinta da maioria, embriagada de sua força, ou é a voz de uma minoria influente que transforma em demanda coletiva o seu interesse particular. A lei? A lei é de todos. Não enxerga classe, cor de pele, origem, confissão religiosa ou o que seja.

7) EFICIÊNCIA DO SERVIÇO PÚBLICO JUDICIÁRIO.

Outros fatores poderiam concorrer para a explicação da falta de agilidade da estrutura burocrática do Judiciário. Dentre eles, saliente-se: escassez de recursos materiais e/ou deficiências na infraestrutura; o conjunto de problemas relacionado à esfera legislativa propriamente dita e aos ritos processuais.

Mesmo reconhecendo a importância dos recursos materiais, estudos comparativos internacionais demonstram que incrementos em recursos não provocam iguais ganhos em agilidade e previsibilidade dos serviços prestados. É POSSÍVEL FAZER MAIS COM O MESMO! (Des. Sergio Cavalieri, ex-presidente do TJRJ)

Quanto aos problemas relacionados à esfera legislativa, conside-

ra-se que a morosidade da justiça também tem a ver com as normas processuais, isto é, com os efeitos e dificuldades que podem decorrer das próprias etapas e garantias especificadas em lei. A discussão dessas normas tem como horizonte a possível simplificação do processo, com a implantação de procedimentos mais rápidos, simples e econômicos.

Em relação ao princípio da eficiência é “o mais moderno princípio da função administrativa”, garantindo a presteza, perfeição e rendimento funcional da atividade desempenhada.

Segundo esse princípio, o agente público deve atuar de modo a produzir resultados favoráveis à consecução dos fins que cabe ao Estado alcançar.

Esse princípio foi adicionado ao texto constitucional por meio da Emenda Constitucional nº 19/98, pela qual se deu a reforma administrativa do Estado, alterando não só a redação de diversos dispositivos constitucionais, mas trazendo mudanças profundas no dia-a-dia da administração pública.

A inserção do princípio teve a pretensão de conferir direitos aos cidadãos e estabelecer obrigações efetivas aos agentes públicos, revelando o descontentamento da sociedade frente a sua antiga impotência para lutar contra a deficiência na prestação dos serviços públicos. Incluído no texto constitucional, o princípio ao menos prevê uma maior oportunidade para os indivíduos exercerem sua real cidadania contra tantas falhas e omissões do Estado e obriga a todos os intérpretes e aplicadores do direito a uma “releitura – filtragem” das normas infraconstitucionais adequando-as ao princípio, agora, de matiz constitucional.

Para se extrair o completo sentido do que vem a ser a colocação do princípio da eficiência no citado artigo da Constituição Federal há que se interpretá-lo em sentido amplo, abrangendo as condutas de burocracia e tecnocracia vinculadas ao serviço público. Para a administração pública, eficiência e eficácia são faces de uma mesma moeda. A primeira preocupa-se em resolver os problemas, cumprindo os de-

veres da forma menos onerosa possível, intimamente ligada à idéia de redução de custos; a segunda busca a produção de alternativas racionais e criativas na tentativa de obter o resultado pretendido.

Como se pode observar, pelos métodos da hermenêutica constitucional é possível inserir no conceito de eficiência do art. 37 as ideias de eficácia e efetividade, porém deve ficar claro que, para a moderna administração, esses institutos são princípios próprios, que devem ser analisados separadamente fazendo parte dos novos princípios que devem orientar a administração pública.

Em relação à **celeridade**, a Emenda Constitucional nº 45 trouxe expressa referência a esse princípio, ao adicionar ao art. 5º da Constituição Federal o inciso a seguir transcrito:

“LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Essa garantia assinada na Carta Magna *não terá valor real se não forem introduzidas mudanças institucionais que visem concretizar o princípio expresso*. Buscar a celeridade é um dos imperativos de qualquer reforma na área judiciária, mas a simples proclamação de um princípio em uma norma programática muito pouco contribui para apontar o caminho a ser seguido. A celeridade é um princípio básico da prestação jurisdicional e deve existir mesmo antes de expressa em lei.

Diversas são as causas que emperram a celeridade da justiça: o enorme número de processos que sobrecarregam o trabalho nos tribunais, a grande possibilidade de recursos dada às partes, à falta de comprometimento na elaboração das leis. Conhecendo as causas, é preciso que se busque a solução.

INOVAÇÃO = CORAGEM E OUSADIA PARA MUDAR

Partir exige um dilaceramento que arranca uma parte do corpo à parte que permanece aderente à margem do nascimento, à vizinhança do parentesco, à casa e

à idéia dos usuários, à cultura da língua e à rigidez dos hábitos. Quem não se mexe nada aprende. Sim, parte, divide-se em partes. Teus semelhantes talvez te condenem como um irmão desgarrado. Eras único e reverenciado. Tornar-te-ás vários, às vezes incoerente como o universo que, no início, explodiu-se, diz-se, com enorme estrondo. Parte, e tudo então começa. Partir, sair. Deixar-se um dia seduzir. Tornar-se vários, desbravar o exterior, bifurcar em algum lugar. Eis as três primeiras estranhezas, as três variedades de alteridade, os três primeiros modos de ser e expor. Porque não há aprendizagem sem exposição. (SERRES, Michel. *Filosofia mestiça*. Tradução Maria Ignez Duque Estrada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 27.)

8) OS NOVOS PRINCÍPIOS: EFICÁCIA, EFETIVIDADE E FOCO NO CIDADÃO.

Há que se distinguir eficiência da eficácia, definindo a *primeira como a capacidade de utilizar economicamente os recursos e a segunda como a capacidade de alcançar um objetivo*. Para tanto, é preciso que exista um planejamento das ações, sob pena de não haver indicadores precisos dessas métricas.

O conceito de eficácia de uma organização diz respeito à sua capacidade de realização de produtos, bens ou serviços. Já eficiência, como exposto acima, é um conceito ligado à aplicação dos métodos com o fim de que os recursos sejam aplicados de forma racional. Eficiência está relacionada aos meios; eficácia, aos fins.

A eficiência é alcançada quando os insumos são manipulados de forma adequada para atingir os produtos e a eficácia é atingida quando os produtos são atingidos conforme o programado. Já a efetividade é o termo adotado para traduzir o comportamento gerencial que, ma-

nipulando os insumos de forma adequada (eficiente), atinge os produtos conforme o programado (eficaz) com valor social, isto é, tendo tais produtos ampla aceitação no mercado.

A efetividade, entendida como princípio a ser seguido pelo Judiciário, traduz-se como o impacto trazido pelo resultado obtido por suas decisões. Difere da eficácia, pois esta apenas indica se o objetivo programado foi atingido, enquanto aquela se preocupa em apontar se houve uma melhora na prestação do serviço, sendo traduzida pelo impacto causado pela ação adotada. Efetividade é a soma da eficiência e da eficácia ao longo do tempo. **Eficiência** no sentido de produtividade = mais serviços ou produtos com menos insumos e tempo; **eficácia** – atributos de qualidade dos produtos/serviços e **efetividade** – impacto ou efeito no meio ambiente externo.

Talvez nessas palavras esteja a chave para um Poder Judiciário moderno, participativo, transparente, efetivo e, acima de tudo, que conte com a confiança da sociedade.

Vale destacar que a Constituição Federal menciona apenas a eficiência como princípio a ser seguido pela Administração Pública, mostrando, em uma primeira análise, uma necessária preocupação com os gastos públicos. A partir de uma interpretação extensiva é possível entender que estão inseridas dentro desse conceito as ideias de eficácia e eficiência. Mas, na ciência moderna, conforme mostrado, eficiência, eficácia e efetividade são definições distintas e seria conveniente separá-las para que as ideias das duas últimas não sejam abandonadas, pois resultam em indicadores, respectivamente, de orientação ao planejamento e foco no cidadão.

A questão do foco no cidadão apresenta-se diluída nos princípios de eficácia, efetividade e celeridade, mas também pode ser entendida como uma preocupação autônoma que deve orientar o trabalho dos membros do Poder Judiciário na busca de atender os anseios daqueles que a ele recorrem, não só dando soluções para os conflitos apresentados, mas também agindo de forma transparente, fundamentada e acessível ao público em geral.

O importante para o cidadão não é o julgamento do mérito ou a possibilidade de ingressar em juízo, mas que a ele seja dada a possibilidade de solucionar o conflito de forma justa e é nesse sentido que a doutrina está elevando o acesso à justiça à condição de direito humano fundamental. O que a Constituição garante não é apenas o acesso ao Poder Judiciário, mas, sim, o acesso à ORDEM JURÍDICA JUSTA resultante de um processo dialético que garanta a equiparação de armas e instrumentais produzido em tempo razoável.

Quando, enfim, se chega a uma sentença o jurisdicionado imagina que esteja tudo resolvido. **Ledo engano** - Juridiquês, exagero de páginas, recursos que nunca se acabam, execução difícil (efetividade), descumprimento das decisões pelo Poder Público, precatórios, na área criminal a certeza da impunidade (mesmo condenados não tem lugar no sistema prisional e os que entram lá são esquecidos se não têm como pagar um advogado que lute por ele), Defensoria Pública insuficiente.

O cidadão e a sociedade, como um todo, precisam de resultados concretos sem os quais não podem viver. Se pensarmos em uma reforma do Judiciário que atenda aos interesses do povo, devemos criar caminhos para que ele possa também dela participar.

O acesso à justiça pode ser dicotomizado em duas vertentes: uma formal e outra material. Na formal, considera-se a possibilidade das pessoas ingressarem com uma ação no Poder Judiciário. Na material, além dos cidadãos terem condição de utilizar o sistema judicial, é necessário que o sistema tenha condições de garantir o respeito à cidadania e a sua concretização em seu conceito mais amplo.

O conceito de foco no cidadão abrange a democratização da justiça como uma solução para viabilizar um acesso mais fácil ao Judiciário, desburocratizando procedimentos, simplificando sistemas recursais, atenuando práticas tecnicistas e formalistas e contando com a participação mais direta e efetiva do cidadão.

Mas, há que se reconhecer, existe uma sensação de impotência para mudar, de que nada do que se fizer produzirá resultados, de que

está, a Justiça, definitivamente fadada a convivência com o retrógrado, com a rejeição social, com a falta de felicidade de seus membros e com o nítido sentimento de inferioridade em relação aos demais poderes.

Nem os profissionais mais gabaritados se sentem estimulados a atuação judicial, principalmente, na primeira instância. Tome-se como exemplo a entrevista concedida à Desembargadora Maria Thereza Braga pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro já após sua aposentadoria do STJ.

Só não atuamos na Primeira Instância, por uma razão simples, porque o andamento do Judiciário é terrível, é lento, e as varas estão superlotadas, é necessário ir várias vezes, pedindo preferência para esse ou aquele caso, o que levam muitos à prescrição da ação penal.

Já nos tribunais, é diferente. Embora estejam eles também com um número excessivo de processos, não sei se por organização, pela presença de auxiliares, que são secretários, caminha-se mais rapidamente um processo.

Temos um ponto que é fundamental para evitarmos, como regra, assim, a Primeira Instância: é o tratamento que os advogados recebem na Primeira Instância. Às vezes não há cadeira, tem que ficar em pé, marca audiência para às 2h e só faz às 4h. Então, acaba não compensando, não é? Não é uma questão de discriminação, mas apenas de facilitação do nosso trabalho. E ouvir testemunhas. Uma vez tive que advogar na Primeira Instância, não pude recusar, mas foi uma experiência terrível. O juiz marca audiência para às 2h, chama às 4h, e depois, ainda faz adiamento na sessão. Essa é exclusivamente a razão. Já nos tribunais, havendo a publicação da pauta, ela é obedecida.

É possível sentir a forte influência do capital, notadamente do estrangeiro, na busca de fazer vergar a coluna dorsal do Poder Judiciário, de fazê-lo submisso às suas intenções e objetivos na busca do lucro a qualquer custo. Argumentam que em tempos de crise até mesmo as garantias de direitos sociais mínimos poderia colocar em risco a estabilidade econômica, impondo-se o “embalsamamento” do Poder Judiciário, como o fez expressamente o Documento produzido pelo **Banco Mundial conhecido como paper 430** em estudo voltado à realidade do Poder Judiciário nos países da América latina:

Muitos países estão colocando as reformas legais e judiciais como parte de seus programas de desenvolvimento. Isso é resultado do crescente reconhecimento de que o progresso econômico e social não é atingível de forma sustentável sem respeito às regras fixadas nas leis e à consolidação democrática, e sem uma efetiva proteção dos direitos humanos amplamente definida; cada um desses pontos requer um bom funcionamento do Judiciário, que interprete e dê força às leis, equânime e eficiente. Um Judiciário efetivo é previsível, resolve casos em um tempo razoável e é acessível ao público.

Nada mais quer do que a certeza de que os contratos sejam cumpridos da forma como foram escritos, claro, por eles e sem qualquer preocupação com os direitos alheios. Quando se decreta a nulidade de uma cláusula por ser abusiva, lesiva, leonina, ao invés de afirmarem que estamos cumprindo a lei que assim o prevê preferem pregar aos ventos a instabilidade originada de tais decisões, pois, quem, afinal, vai investir num país onde as regras contratuais feitas e assinadas não são cumpridas? E então, jogam sobre as costas do Judiciário até mesmo o peso do chamado “RISCO BRASIL”.

Nada está perdido, ao contrário, com os holofotes voltados para o Poder Judiciário já se é possível enxergar as mazelas, os defeitos, os privilégios, o tratamento diferenciado como, por exemplo, a ausência

de democracia no que diz respeito a escolha dos altos escalões de nossos Tribunais por todos os magistrados e não apenas por alguns.

Essa visão só se pode ter com a análise detida e esmiuçada da situação que vivenciamos, com estatísticas, controle de produtividade, informações detalhadas sobre o que e como faz cada órgão jurisdicional.

Só assim, com a plena consciência da realidade poder-se-á buscar soluções o que, reconheçamos, já vem sendo feito em diversos níveis, inclusive e principalmente pelo Conselho Nacional de Justiça que vem se mostrando atuante e eficaz na modernização da Justiça direcionando-a, definitivamente, para o Século XXI. É NOS MOMENTOS DE CRISE QUE SE CRESCE E SE SUPERA OBSTÁCULOS ATÉ ENTÃO VISTOS COMO INTRANSPONÍVEIS. UTOPIA É, ENFIM, NÃO A CERTEZA DO INALCANÇÁVEL, MAS SIM A FONTE PROPULSORA DO CAMINHAR como ensina Eduardo Galeano:

A utopia está no horizonte. Aproximo-me dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte se distancia dez passos mais além. Para que serve a utopia? Serve para isso: para caminhar.

9) DO DISCURSO À PRÁTICA

Ajuizada a ação o relógio é disparado contra nós, juízes, funcionários e o Poder Judiciário como um todo. A partir de então cada minuto que se passa é debitado à nossa ineficiência e morosidade. Se assim o é ninguém mais legitimado a controlar e fiscalizar a tramitação processual do que nós próprios fazendo com que sejam cumpridos os prazos, obedecidos os ritos procedimentais sem se imaginar como sendo o guardião do direito do jurisdicionado quando mal representado por advogados despreparados para a atuação eficaz. Afinal, incumbe à OAB controlar e fiscalizar o acesso e a qualidade dos profissionais a ela vinculados.

Os Tribunais são feitos para profissionais – não há mais como se

compadecer com a inapetência e negligência de qualquer pessoa que neles se ponham a atuar.

Estes fatores devem ser conscientizados aos funcionários estimulando-os a busca da melhoria a cada dia (princípio da eficiência). Tudo que fizemos hoje poderemos fazer melhor amanhã. Seguem-se algumas sugestões de atitudes concretas já realizadas pelo autor e que se mostraram altamente salutares e eficazes e, convém salientar, sem necessidade de qualquer alteração legislativa, apenas com agudo censo de gestão.

Devemos ter certeza do acervo que temos sob nossa responsabilidade mesmo que originados de informações descoincidentes entre a realidade e o sistema informatizado.

Controle de prazos de processos fora de cartório que estejam com advogados, promotores, defensores, peritos, contadores etc – redução dos prazos mortos.

Efetiva realização das audiências designadas com o acompanhamento e preparação prévios dos atos preparatórios (intimações, publicações, mandados, precatórias, etc).

Julgamentos em audiência.

Extinção dos processos que não preencham o mínimo necessário a sua existência (requisitos da petição inicial, condições da ação e pressupostos processuais) o que deve ser averiguado desde o ajuizamento.

Controle efetivo da juntada de documentos aos autos do processo vedando práticas protelatórias. (documentos novos intempestivos).

Determinação de emenda da inicial apenas uma vez (art. 283 CPC);

Recolhimento das custas antecipadamente (art. 19 do CPC E Código Tributário Estadual);

Condenação no décuplo das custas ante o pedido infundado de gratuidade de justiça;

Condenação nas custas e multa de ½ salário mínimo pela busca e apreensão de autos não devolvidos no prazo legal além de vedação de o advogado retirar os autos com carga.

Extinção dos processos de execução ou cumprimento de sentença em que o réu/devedor, comprovadamente não tenha patrimônio para fazer frente à dívida se revelando insolvente.

É preciso coragem, sem esquecer a frase paradigmática e absolutamente verdadeira de Mahatma Ghandi acima mencionada.

“O homem que quiser inovar para o bem, inexoravelmente, passará por cinco estágios: indiferença, ridicularização, ofensa, repressão e, finalmente, respeito”.

10) REALIDADE

Para que seja possível alterar uma realidade antes se deve ter consciência de qual é ela e para tanto alguns dados foram levantados e seguem adiante:

10.a) “POPULAÇÃO NÃO ACREDITA, MAS PROCURA O JUDICIÁRIO” (Consultor Jurídico, 1/9/09). Colhem-se dessa pesquisa alguns dados significativos que nos ajudam a enxergar a realidade.

95% dos entrevistados acham que a Justiça é lenta e 61% acreditam não ser um sistema confiável. No entanto, é difícil encontrar alguém que não tenha ao menos uma ação ajuizada e em tramitação. Fica a dúvida: se não há confiança qual o motivo de buscarem o Judiciário?

Maria Tereza Sadek, professora da USP chama a atenção para o fato de que a população não sabe distinguir o que é Judiciário do que não é e invariavelmente imagina que Polícia, Ministério Público, Defensoria, Advocacia – todos fazem parte do Poder Judiciário.

No Brasil tudo é objeto de decisão judicial, desde saber se espuma é chopp ou se o gelo do Mac Donalds é coca-cola ou qual a distância que o Dado Dolabella deve manter da Luna Piovani até se a televisão é essencial por ser necessária para assistir o BBB e se um cãozinho pode ou não frequentar um edifício (este chegou ao STF!!!)

10.b) TRABALHO E PRESSÃO DEIXAM JUIZES DEPRIMIDOS._

A sensação real de que não se consegue entregar uma boa prestação jurisdicional – luta, luta, mas morre na praia – vem se mostrando forte causadora de depressão em magistrados.

Insônia ou sono em excesso, irritabilidade, inconstância de humor, baixa produtividade – são alguns sintomas de depressão e que podem ser encontrados em muitos magistrados.

- Para a AMB os problemas de saúde que vêm sendo enfrentados pelos juízes no Brasil não são inerentes a profissão, mas às condições de trabalho. A carga aceitável de trabalho para cada magistrado é de mil processos por ano, mas, 85% dos juízes julgam mais do que esse número de processos por ano.

- Além do número o ambiente de trabalho também é ruim, salas soturnas, cores tristes e instalações arcaicas, sem ergonomia – ao contrário de uma empresa moderna onde se percebe o esforço de animar o ambiente com cores e instalações.

- SE A PESSOA PERCEBE QUE ESTÁ RENUNCIANDO AOS SEUS DESEJOS, PODE DESCONFIAR QUE VAI ENTRAR EM DEPRESSÃO!!! Essa situação de depressão e desesperança com a carreira vem incidindo em numero cada vez mais crescente a ponto de se sentir significativa saída de magistrados da carreira quer por aposentadoria precoce quer para atuarem em outras atividades.

11) INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

A lei não é absolutamente nada antes de ser “interpretada”- Essa a função primordial do magistrado e deverá fazê-lo conectado com os anseios e realidades de seu tempo

O Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, enquanto ainda Desembargador do TJMG em lapidar acórdão, colacionou os seguintes ensinamentos:

Como afirmou Del Vecchio, a interpretação leva o Juiz quase a uma segunda criação da regra a aplicar. Reclama-se, para o juiz moderno, observou Orosimbo Nonato na mesma linha de raciocínio, com a acuidade sempre presente nos seus pronunciamentos, quase que a função de legislador de cada caso, e isso se reclama, exatamente para que, em suas mãos, o texto legal se desdobre num sentido moral e social mais amplo do que, em sua angústia expressional, ele contém.²¹

Ademais, não se pode esquecer que a melhor aplicação da norma jurídica é aquela que se coaduna com o momento em que se interpreta. Essa é a função do jurista moderno, atual, ligado e conectado ao seu tempo, ao seu mundo e aos que o rodeiam. O direito do século XXI será diferente do direito dos anteriores séculos, exatamente porque o jurista de hoje tem (ou deveria ter) uma atitude muito diferente da atitude do jurista de séculos anteriores.

Assim já o dizia o Ministro Milton Luiz Pereira do egrégio Superior Tribunal de Justiça²², ao alertar para o relevante papel do hermeneuta que “liberta a interpretação construtiva da norma legal, na aplicação dinâmica do direito, não se constituindo como instrumento restrito só do exame de literal violação da lei, escravizando a ordem jurídica ao

21 (Apelação 68.829, TJMG, RG. 618/169)

22 (EI em AR 429-BA 1995 – 0029492-3 – v.m. em 25/5/2000. DJ 11/9/2000)

formalismo impiedoso”.

A própria norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade, a sua essência reside no fato de que a relação por ela regulada venha a ser concretizada na realidade.²³

E ela se complementa com a ideia de interpretação, trazida por **Peter Häberle**²⁴, de que “não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada”.

Para ele, interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo à realidade pública, mesmo com espaço para participação das potências públicas pluralistas, concretizando-se uma *interpretação democrática*.

Fica-se aqui, com o primado de Paulo Bonavides²⁵ para quem a interpretação jurídica, em si, é a reconstrução do conteúdo da lei, sua elucidação, de modo a operar-se uma restituição do sentido do texto viciado, obscuro ou não condizente com a realidade temporal-geográfica. Em verdade, a interpretação mostra o Direito vivendo plenamente a fase concreta e integrativa, objetivando-se na realidade.

Se assim é não há como entender posicionamentos retrógrados e menos preocupados com a melhor prestação jurisdicional, cumpridora dos mandamentos constitucionais que, mesmo após reformas legislativas, continuam pretendendo julgar da mesma forma, olhando o novo com as lentes do passado, como, por exemplo:

- a tentativa de se tornar obrigatória a intimação para o “cumprimento voluntário da sentença” – felizmente rechaçada pelo STJ. Havia até quem pretendesse que a intimação fosse pessoal.

23 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

24 (*Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997)

25 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

- Baixa aplicação do artigo 285-A do CPC que permite o julgamento “liminar” pela improcedência do pedido quando no juízo houver sido proferidas sentenças idênticas. Há até quem sustente a inconstitucionalidade dessa norma;

- Reações raivosas ao sistema BACENJUD e a conhecida “penhora on line”;

- Não aceitação das Súmulas Vinculantes sob o argumento que vivemos o sistema da *Civil Law e não da Common Law* com seus precedentes vinculantes. A aversão a posicionamentos e pensamentos diferentes, ao que parece, faz com que muitas pessoas defendam a democracia e a liberdade apenas para si próprios.

Tenha-se como exemplo, com o respeito merecido, o doutrinador paranaense Luiz Guilherme Marinoni que em artigo publicado no CONJUR de 28 de junho de 2009 afirma que **JUIZ NÃO PODE DECIDIR DIFERENTE DOS TRIBUNAIS** onde chega a afirmar que:

Imaginar que o juiz tem o direito de julgar sem se submeter às suas próprias decisões e às dos tribunais superiores é não enxergar que o magistrado é uma peça no sistema de distribuição de justiça, e, mais do que isto, que este sistema serve ao povo. O juiz ou tribunal não decidem para si, mas para o jurisdicionado. Por isto, pouco deve importar se o juiz tem posição pessoal acerca de questão de direito que difere dos tribunais que lhe são superiores.

A convivência com os opostos e a aceitação do próximo é que constroem um ambiente democrático. Reações preconceituosas não convivem com a modernidade do direito e de uma sociedade que se pretende democrática até porque é, sempre foi e sempre será o diálogo e a dialética as formas mais eficientes de progresso do pensamento jurídico-filosófico.

12) ESPERANÇA NO HOMEM QUE CONSTRÓI O PODER JUDICIÁRIO

A única solução possível e viável de transformação do Poder Judiciário e do Estado de forma geral em instrumentos de garantia da cidadania e a todos e não mais a uma minoria privilegiada é investir no homem e no sentido ético da convivência social que há de se pautar pela solidariedade, pelo reconhecimento e respeito aos opostos e à busca da redução das desigualdades. **Rogério Gesta Leal** afirma que:²⁶

Este sentimento inaugura uma nova ética, não individualista e prisioneira de um projeto de mundo construído por mônadas laborais, mas a partir de uma ética que, poderíamos denominar, de solidária ou comunitária, fundada, por sua vez, em princípios/vetores inexoráveis a serem seguidos, dentre outros, pelos operadores jurídicos, como:

- 1) de que todos somos responsáveis por todos;
- 2) que é preciso pensar globalmente sim, porém, agir localmente;
- 3) que só se pode propagar uma ideia (ético-política) vivendo de acordo com ela;
- 4) que o processo de concretização e proteção dos direitos fundamentais é, também, o objetivo de sua consolidação definitiva;
- 5) que os meios de atuação com os direitos humanos sejam tão dignos quanto os fins que pretende alcançar; 6) que o que não for feito aqui e agora, não cria um outro estado do mundo, que é muito mais futuro do que presente.

E é este homem do direito atual que relê o que efetivamente restou de perene, após o desmoronamento de uma secular estrutura de

²⁶ (*Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 168.)

dogmas, afastando de si a segurança da fossilização e da estagnação de conceitos e de normas, para admitir a abertura de castelos – ou de prisões – em prol da atenção às transformações geradoras da crise, em prol da vivificação dos valores da vida e dos anseios atuais, este ser de incansável movimento e de infinitos sonhos que se está a falar.

Sua vivacidade, sua inteligência ímpar, sua aguda percepção dos fenômenos, sua supremacia na escala biológica, tudo isso que o colocou em pé, uma primeira vez, prossegue agigantando-se em seu espírito, não lhe conferindo paz, serenidade ou repouso, mas, antes, incitando-o eternamente a caminhar além, a esmiuçar segredos e a constringer costumes ancestrais.

Este caminhar desvenda-lhe outros mistérios, inova-lhe o espírito, estabelece novos horizontes de contemplação de sua ambientação jurídica. Fá-lo novo e faz novos os seus projetos. Por isso, novo há de ser também o direito que dimensiona e organiza a sua vida privada. O desafio consiste em trocar práticas de medievo pelos saberes construídos no terceiro milênio. E este é apenas o singelo ponto de partida rumo ao que abre o terceiro milênio.

Como dito no início dessa palestra a Constituição Federal atribuiu ao Poder Judiciário a difícil missão de concretizar o direito, realizar as expectativas da sociedade na busca de um povo liberto e para isso dotou-o das cláusulas gerais e dos princípios constitucionais criando um novo sistema jurídico mais aberto, permeável e poroso permitindo a participação dos opostos, das diferenças e divergências, recebendo conhecimentos das diversas ciências.

Mas a manutenção dos olhos voltados aos modelos do passado transformará o sonho da democracia social em pomposa inutilidade. SEJAMOS AGENTES DA MUDANÇA, seus protagonistas e não meros espectadores.

Não se ignora que é necessário **um processo lento de mudança de paradigma** para que as cláusulas gerais se solidifiquem fortalecidas na aplicação e utilização corretas e voltadas ao bem da coletividade, mas há que ser desfraldada a **bandeira da solidariedade**, à frente de

todos os propósitos, que deve ser acompanhada, também, da **bandeira do sonho**, como construtora da utopia do possível e da **bandeira da luta** na busca de um país melhor.

O direito e as relações humanas demandam abertura dialética, capilaridade, contato com os demais ramos do saber, sendo necessária a discussão desprovida **de preconceitos arraigados a um positivismo que cega** e que parece já não mais ter espaço no direito e que deve ser submetido, sempre, aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais, afrouxando os nós que transformam o jurista num autômato e retirando a venda colocada na deusa Themis que, muitas vezes, se pretende seja ela cega para não ver as atrocidades que são cometidas em seu nome.

A JUSTIÇA NÃO É CEGA. TEM OS OLHOS ABERTOS, É ÁGIL, ACESSÍVEL, ALTIVA, DEMOCRÁTICA E EFETIVA. TIRANDO-LHE A VENDA, RESTA ELA LIBERTA PARA QUE POSSA VER E, COM OLHOS DESPERTOS, HÁ DE SER JUSTA, PRUDENTE E IMPARCIAL, HÁ DE VER A IMPUNIDADE, A POBREZA, O CHORO, O SOFRIMENTO, A TORTURA, OS GRITOS DE DOR E A DESESPERANÇA DOS NECESSITADOS QUE LHE BATEM À PORTA.

E CONHECE, COM SEUS OLHOS ESPERTOS, DE ONDE PARTEM OS GRITOS E AS LAMÚRIAS, O LUGAR DAS INJUSTIÇAS, ONDE MORA O DESESPERO.

MAS NÃO SÓ VÊ E CONHECE. AGE.

ESTA A JUSTIÇA QUE RECLAMA, CHORA, GRITA E SOFRE E SE FAZ PRESENTE SEMPRE QUE NECESSÁRIO PARA GARANTIR A IGUALDADE DOS DIREITOS E A EFETIVA GARANTIA QUANDO VIOLENTADOS. UMA JUSTIÇA QUE SE EMOCIONA. E DE SEUS OLHOS VERTEM LÁGRIMAS. NÃO POR SER CEGA, MAS PELA ANGÚSTIA DE NÃO PODER SER MAIS JUSTA.²⁷

27 NICOLAU JUNIOR, Mauro. Paternidade e Coisa Julgada. Limites e Possibilidades à Luz dos Direitos Fundamentais e dos Princípios Constitucionais. Ed. Juruá, Curitiba, 4ª reimpressão, 2011, p. 353.

BREVE ANÁLISE QUANTO A EFICÁCIA E EFETIVIDADE DO VERBETE SUMULAR Nº 76 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO:

“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”

EDUARDO ANTÔNIO KLAUSNER

JUIZ DE DIREITO

1. INTRODUÇÃO

O verbete sumular n. 76 foi adotado pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em 29 de novembro de 2004, por unanimidade de votos, (registro do acórdão em 01/03/2005), ao dar provimento ao Incidente de Uniformização de Jurisprudência n. 2004.018.00009, Relator Des. Amaury Arruda de Souza, suscitado na Apelação Cível n. 2004.001.06241, Relator Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos, 18ª. Câmara Cível, julgado em 29 de novembro de 2004.

Posteriormente, em novo Incidente de Uniformização de Jurisprudência suscitado pela 20ª. Câmara Cível, de n. 0005818-11.2012.8.19.0000, Relator Des. Sérgio Verani, o enunciado do verbete foi revisado em decisão por maioria, julgamento em 22 de outubro de 2012, acórdão publicado em 11 de abril de 2013¹.

O objetivo do presente trabalho é verificar a eficácia e a efetividade

1 Frise-se que no sítio do TJERJ, na página do CEDES que contém todos os verbetes da Súmula, o enunciado ainda está com a redação antiga, apesar de decorridos dois anos da revisão e mais de ano da publicação do acórdão.

do verbete sumular, tanto no seu aspecto jurídico-normativo, quanto no aspecto de concretização do seu comando no recolhimento da taxa judiciária dos entes públicos elencados no seu enunciado.

2. FUNDAMENTOS PARA ADOÇÃO DO VERBETE SUMULAR E EXAME DE SUA EFICÁCIA

O Incidente de Uniformização de Jurisprudência 2004.018.00009 foi suscitado por conter o apelo do INSS o argumento de que por se tratar de autarquia federal não deveria arcar com taxa judiciária, vez que está isento de custas nos termos do art. 17, inc. IX, da Lei n. 3.350/99.

O tratamento da questão controvertida merecia uniformização, valendo-se da via prevista no art. 555, parágrafo 1º., do Código de Processo Civil - CPC, em razão de possível divergência sobre o tema entre os órgãos fracionários do Tribunal de Justiça com prejuízo do interesse público, inclusive com reflexos na receita do Fundo Especial do Tribunal de Justiça, (FETJ), como expressamente declara o excelentíssimo desembargador relator da apelação.

À época do incidente, a jurisprudência do Tribunal era controvertida quanto à isenção do INSS no pagamento da taxa judiciária. Algumas Câmaras Cíveis entendiam que o conceito de custas engloba a taxa judiciária, logo a isenção prevista na Lei Estadual n. 3.350/99 alcançava a isenção do pagamento de taxa judiciária pela autarquia federal acima citada, *v.g.* AI n. 21.459/2002, Rel. Des. Maria Raimunda T. Azevedo, j. 21.05.2003. Outras Câmaras Cíveis decidiam que a isenção de custas não compreendia a taxa judiciária, por falta de previsão expressa no art. 115 do Decreto-Lei n. 05/75, em consonância com os Enunciados Administrativos do próprio FETJ, n. 16 e 33, *v.g.* AC n. 06858/2003, Rel. Des. Jorge Habib, j. 02.09.2003².

2 Os arestos citados foram arrolados no acórdão da 18ª. C.C. do TJERJ, A.C. 2004.001.06241, já citado.

Por outro lado, o Relator que suscitou o Incidente de Uniformização de Jurisprudência, Des. C.E. Fonseca Passos, aduziu no seu voto, entre outras razões, o significativo argumento de que a taxa judiciária, por ser tributo, não poderia ser equiparada as custas judiciais, *in verbis*:

“[...] não se equipara a taxa judiciária às custas, eis que aquela tem caráter tributário, é tratada no Código Tributário Estadual e este, no art. 115, não isenta a autarquia federal apelante daquele tributo, ao passo que as custas são disciplinadas na Lei n. 3.350/99.

Ademais, a isenção de tributo é norma de caráter excepcional, a merecer interpretação literal, aliás, como determina o art. 111, inciso II, do Código Tributário Nacional, de modo que a equiparação de custas a taxa é absolutamente inaceitável.”

Outra questão levantada pelo Desembargador-Relator acima nomeado foi quanto ao momento em que a taxa judiciária e os emolumentos deveriam ser exigidos do INSS, bem como sobre o “enquadramento da taxa judiciária como despesa processual”, justificando, assim, por mais de uma razão, a necessidade de uniformizar-se a jurisprudência do Tribunal no tema suscitado para exame pelo Órgão Especial.

O Órgão Especial, tendo por relator o Des. Amaury Arruda de Souza, em sessão no dia 29 de novembro de 2004, acolheu o Incidente de Uniformização de Jurisprudência para incluir na Súmula de Jurisprudência dominante do Tribunal de Justiça o verbete que recebeu o n. 76, com o seguinte enunciado:

“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.”

O acórdão do Órgão Especial traz a seguinte justificativa na Ementa:

“JUSTIFICATIVA: o artigo 17, IX, da Lei Estadual n. 3.350/99 isenta de custas a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, os Territórios Federais e as respectivas autarquias. A expressão “custas” não abarca a taxa judiciária, que tem natureza tributária e deve ser paga pela autarquia previdenciária, vez que o art. 115 do DL 05/75 (Código Tributário Estadual) não a isenta do pagamento, o qual, na forma do art. 27 do CPC, deve ser feito a final.”

O Órgão Especial decidiu ainda não poder ser aplicada a Lei Federal n. 8.620/93, que em seu art. 8º., parágrafo 1º., isenta o INSS de custas e emolumentos, porque a taxa judiciária não possui a mesma natureza jurídica das custas judiciais e emolumentos, trata-se de tributo. Constituindo a taxa judiciária cobrada pelo Estado do Rio de Janeiro tributo estadual, é vedado à União conceder isenção do pagamento de taxa judiciária estadual em favor de autarquia federal por caracterizar isenção heterônoma, nos termos do art. 151, III, da Constituição Federal.

Outrossim, decidiu o Órgão Especial que a taxa judiciária por também qualificar-se como despesa processual, deve ser recolhida adiantadamente quando as autarquias federais e municipais agirem na qualidade de autoras, e ao final quando sucumbirem³.

Posteriormente o enunciado foi reformulado e passou a ter a redação inscrita no *caput* deste trabalho, ao ser julgado o Incidente de Uniformização n. 0005818-11.2012.8.19.0000, Relator Des. Sergio Verani.

O Des. Sergio Verani, em seu relatório e voto, frisa que as 1ª., 3ª, 5ª., 8ª, 10ª., 11ª., 12ª, 14ª., 16ª, 17ª, 18ª, e 20ª. Câmaras Cíveis “prestigiam as decisões que reconhecem a isenção de cobrança de taxa judiciária às autarquias municipais, diante da comprovação de reciprocidade de

3 Logo, o fato da taxa judiciária ser um tributo não impede a plena realização do comando do art.27 do Código de Processo Civil, diferentemente do que afirma FERNANDES, Juiz Sérgio Ricardo de Arruda ao comentar este verbete em obra específica. Verbetes Sumular n. 76. MANES, Des. Humberto de Mendonça, (coordenador). *Comentários aos Verbetes Sumulares do TJRJ*. 2006, Rio: Espaço Jurídico, p. 253.

isenção em relação ao Estado do Rio de Janeiro”, diferentemente da posição adotada pelas 4ª., 7ª, 15ª e 19ª. Câmaras Cíveis. Na verdade, pelo voto do Relator, fica evidenciado que as 1ª., 5ª. e 8ª. Câmaras Cíveis são ecléticas, às vezes julgam a favor da isenção das autarquias municipais, e às vezes julgam contra.

Por sua vez, concomitantemente ao Incidente de Uniformização de Jurisprudência ora em tela, foi constatada a existência de processo administrativo de iniciativa do CEDES, Relator Des. Reinaldo P. Alberto Filho, para a conversão em Súmula do Enunciado n. 03, do I Encontro dos Desembargadores integrantes de Câmaras Cíveis de 10/05/2012, nos seguintes termos: “as autarquias municipais estão dispensadas do prévio recolhimento da taxa judiciária nas execuções fiscais”.

O acórdão do Órgão Especial repisa argumentos já postos nos acórdãos anteriormente citados e que deram ensejo ao verbete n. 76 em seu enunciado original, e ilustra a novel decisão com posições doutrinárias e outros julgados sobre o tema.

A redação do enunciado só foi alterada para acolher a regra do parágrafo único do artigo 115 do Código Tributário Estadual, parágrafo único esse acrescentado pela Lei n. 4.168, vigente a partir de 29.09.2003.

A ementa do acórdão *sub examine* merece ser transcrita *ipsis litteris*:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO CONSTITUCIONAL. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. DIVERGÊNCIAS DE JULGADOS SOBRE A POSSIBILIDADE DA EXTENSÃO DE ISENÇÃO DO PAGAMENTO DE TAXA JUDICIÁRIA ÀS AUTARQUIAS MUNICIPAIS, FULCRO NO ART. 115, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO ESTADUAL. INCIDENTE CONHECIDO E ACOLHIDO. NOVA REDAÇÃO PARA A SÚMULA 76.

O artigo 115, parágrafo único, do Código Tributário Estadual,

estatui de forma clara que tão somente as autarquias estaduais foram beneficiadas com a isenção do pagamento da taxa judiciária, excluídas as autarquias federais e municipais.

A alegação de que a autarquia municipal é ente público ou confunde-se com o próprio Município, logo, estaria isenta desde que comprovada a reciprocidade de tratamento igualitário, não condiz com a realidade, bem como vai de encontro à regra do art. 111, II do CTN, que exige interpretação literal da legislação tributária.

O termo autarquia significa “poder próprio”.

“As autarquias são detentoras, em nome próprio, de direitos e obrigações, poderes e deveres, prerrogativas e responsabilidades. Ademais, em razão de sua personalidade, as atividades que lhes são trespassadas, os fins e interesses que perseguem são próprios, assim como são próprios os bens que possuem ou que venham a possuir”. (Diógenes Gasparini, Direito Administrativo, 4ª edição).

A isenção “é exceção feita pela própria regra jurídica de tributação.” Justifica-se, por isto, que o intérprete não possa ampliar o seu âmbito de incidência, sabido que as normas excepcionais não comportam interpretação ampliativa.

Os entes públicos despojam-se do seu dever constitucional sobre a responsabilidade na execução das políticas públicas, privatizando a sua gestão, mas não querem perder o princípio referente à isenção da taxa judiciária, vinculado ao ente público.

Enunciado da Súmula nº 76 do TJRJ: “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”.

Acolhimento do incidente, alterando-se a redação do Enunciado nº 76 desse Tribunal de Justiça, para a seguinte: “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”.

O voto vencido, de autoria do Des. Nagib Slaib, foi no sentido da manutenção do texto original do enunciado, entendendo que a Constituição Federal não autoriza a dispensa do recolhimento do tributo, e que não permite a distinção de tratamento entre os entes federativos.

Após a edição do novo enunciado do verbete ora em comento, constata-se em breve pesquisa no sítio do Tribunal de Justiça na internet que a divergência entre os órgãos fracionários do Tribunal de Justiça ainda vem ocorrendo, alguns aplicando o verbete n. 76 e outros não. Cite-se, como exemplo de não observância do verbete n. 76, após a nova redação e reedição, a decisão monocrática do Des. Pedro Saraiva de Andrade Lemos, 10ª. Câmara Cível, Apelação Cível n. 0020772-71.2008.8.19.0204, tendo por apelante o INSS, exarada em 14 de agosto de 2014, e calcada em outros arestos estaduais e do Supremo Tribunal Federal para embasar o julgamento. A parte da ementa que interessa para esta análise está assim redigida, *in verbis*:

“[...] Autora que deduz pretensão indenizatória não acolhida. Sucumbência recíproca configurada. Isenção da Autarquia Ré do pagamento de custas processuais, inclusive a taxa judiciária. Art. 10, inciso X, e 17, inciso IX, ambos da Lei n.º 3350/99. Sentença mantida em sua maior parte, reformada apenas no que tange a imputação do ônus sucumbencial à parte ré.[...]”

Como fica evidente, a questão quanto ao pagamento da taxa judiciária por autarquias federais e municipais ainda não está definitivamente resolvida. Logo, conclui-se de todo o examinado neste tópico que, considerando que a eficácia do verbete sumular constitui-se na capacidade de atingir os objetivos nele traduzidos e

realizar os ditames jurídicos objetivados pelo Tribunal de uniformizar a jurisprudência no sentido versado no enunciado, o verbete sumular em comento vem apresentando baixa eficácia jurídica.

A existência de divergência jurisprudencial tão eloquente após a edição do verbete n. 76, a ponto de provocar novo Incidente de Uniformização de Jurisprudência cerca de oito anos depois, novo Incidente de Uniformização de Jurisprudência esse que ratifica a tese original e somente altera pequena parte do enunciado para adequá-lo a lei, já é indicador de ineficácia do verbete, ou, ao menos, de baixa eficácia do mesmo. Constar que mesmo após a reedição do verbete sumular novas decisões foram prolatadas em sentido diverso ao enunciado, reforça a indicação de baixa eficácia jurídica da súmula. Logo, outras medidas para concretização do objetivo versado no verbete sumular devem ser tomadas no âmbito do próprio Tribunal de Justiça.

3. A EFETIVIDADE DO VERBETE N. 76 PARA A ARRECAÇÃO DA TAXA JUDICIÁRIA.

No que concerne ao exame da efetividade do verbete sumular n. 76 para a arrecadação da taxa judiciária, entendido como o desempenho concreto do comando contido no precedente e materializado na atividade judiciária e administrativa visando à arrecadação da taxa judiciária, o método de investigação deve ser empírico, ou seja, verificar se na prática judiciária os agentes públicos encarregados da arrecadação do tributo cumprem o precedente⁴.

4 “[...]A pesquisa empírica, articulada através de trabalho de campo, é nada mais nada menos do que a possibilidade de vivenciar a materialização do Direito, deixando de lado, por um momento, o referencial dos códigos e das Leis, para explicitar e tentar entender o que, de fato, acontece e - no caso do Direito - o que, efetivamente, os operadores do campo e os cidadãos dizem que fazem, sentem e veem acontecer todos os dias enquanto os conflitos estão sendo administrados pelos Tribunais[...], cf, LIMA, Roberto Kant de, e BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. O desafio de realizar pesquisa empírica no direito: uma contribuição antropológica. In http://www.uff.br/ineac/sites/default/files/o_desafio_de_realizar_pesquisa_empirica_no_direito.pdf, capturado em 28.8.2014.

Para tanto, foi contatado a Diretoria Geral de Finanças do Fundo Especial do Tribunal de Justiça, que orientou a pesquisa para o departamento competente, o DICOB, Divisão de Cobrança.

No DICOB foi feito contato com sua Diretora, Vera Ungerer, que informou não existirem relatórios formais aptos a identificarem os pagamentos de taxa judiciária realizados em causas envolvendo especificamente autarquias, por limitações do sistema de informática do Tribunal de Justiça.

No entanto, a acima citada Diretora, com base no que consta dos registros computadorizados, apurou existirem 447 registros de cobrança de taxa judiciária contra o INSS e que o número de procedimentos de cobrança de taxa judiciária da citada autarquia federal declinou a partir de 2011, aventando a hipótese de que o INSS esteja pagando a taxa judiciária quando do procedimento de execução ou cumprimento de sentença nas varas judiciárias.

A Diretora acima identificada informou, também, que a sua divisão faz cobrança amigável e que, após noventa dias sem que o procedimento de cobrança amigável tenha sucesso é expedido certidão para inclusão na dívida ativa do estado e cobrança judicial. Adiantou que, após incluído o débito na dívida ativa do estado, eventual pagamento do tributo reverte para os cofres do Poder Executivo e não para o FETJ.

No intuito de verificar se a hipótese aventada pela Diretora do DICOB estava correta, e considerando os limites materiais, formais e temporais da presente pesquisa, foi escolhida aleatoriamente uma Vara Cível com competência para acidentes de trabalho, uma vez que o réu em tais ações é o INSS.

Eleita a 23ª. Vara Cível por sorteio, colheu-se informações sobre o recolhimento da taxa judiciária em ações acidentárias.

Esclareceu o Responsável pelo Expediente Cesar Botelho da acima referenciada Vara Cível que quando não há o recolhimento

antecipado da taxa judiciária pelo autor, especialmente por fazer jus a gratuidade de justiça, a taxa judiciária não é recolhida na Vara. Mesmo em caso de sucumbência do INSS, a execução da condenação não inclui custas judiciais ou taxa judiciária. Informou ainda o nomeado RE que a cobrança das custas ou da taxa judiciária, por determinação da Administração Superior, é da responsabilidade do DIPEA, – Divisão de Processamento Especial e Arquivamento, para onde são enviados os processos findos para arquivamento, (vide arts. 229-A, e 229-B da Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral de Justiça⁵).

Ouvido o Diretor do DIPEA, Paulo Roberto Bacelar Pacheco, esclareceu que não há relatório específico sobre a arrecadação da taxa judiciária das autarquias federais e municipais. No entanto, informou que quando o DIPEA cobra das autarquias federais e municipais, especialmente do INSS, o Instituto recorre ao Tribunal de Justiça, e, por vezes ao Superior Tribunal de Justiça, conseguindo liberar-se do pagamento do tributo.

Em seguida, por sugestão do Diretor do DIPEA, foi ouvido o Chefe da Central de Arquivamento, Marcelo Marçal Silva. O Chefe da Central de Arquivamento esclareceu que não existe um relatório ou uma especificação por pessoa no que concerne ao recolhimento de custas e taxa judiciária antes do arquivamento. No entanto, informou que o INSS normalmente paga a taxa judiciária e as custas judiciais que são cobradas pela Central nos processos findos. Outrossim, disse que, no que concerne as autarquias municipais, há determinação por escrito do Juiz Auxiliar da Corregedoria Geral de Justiça - CGJ e responsável pelo órgão administrativo para que não se faça a cobrança da taxa judiciária e das custas judiciais das autarquias municipais. Tal determinação da autoridade judiciária foi motivada pelo pequeno valor normalmente devido pelas autarquias municipais e pela grande quantidade de feitos acumulados para arquivamento, o que contraria a determinação da Presidência do TJERJ para pronto arquivamento dos processos findos.

5 Nova redação dada pelo Provimento n. 2/2013 de 14 de janeiro de 2013, da Corregedoria Geral de Justiça.

Passou-se, então, a ouvir o Juiz Titular da 12ª. Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, Sergio Seabra Varella competente para as execuções fiscais requeridas pelo Município do Rio de Janeiro e suas autarquias, (parágrafo 5º., inciso I, do art. 97, do CODJERJ).

O acima mencionado magistrado esclareceu que nas execuções fiscais quem paga a taxa judiciária é o executado ao final do processo, e que, quando o pagamento da taxa judiciária não é realizado, a própria serventia, com o auxílio da estrutura funcional da Presidência do TJERJ, procede a cobrança amigável, enfatizando que neste ano de 2014, até a presente data, já foram expedidas oito mil cartas de cobrança. Quando a cobrança amigável não dá resultado, é expedida uma certidão pela serventia para inclusão do débito na dívida ativa do município, cabendo ao próprio cartório e não ao DIPEA o arquivamento dos autos.

No entanto, enfatizou o magistrado entrevistado, não tem na serventia ações que envolvam qualquer autarquia municipal.

Por fim foi ouvido o RE Jorge Luiz Domingos Vaz, da 7ª. Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, órgão judiciário com competência genérica para feitos do interesse do Estado do Rio de Janeiro, do Município do Rio de Janeiro, suas autarquias e empresas públicas, (art. 97, I, do CODJERJ), o qual informou que em todos precatórios expedidos para pagamento são cobradas custas e taxa judiciária, quando devidas. Entretanto, nas Requisições de Pequeno Valor, - cujo valor da execução é limitado ao equivalente a quarenta salários mínimos quando o réu é o estado, e a trinta salários mínimos quando o réu é o município, - nem custas judiciais, nem taxa judiciária são cobrados, cabendo ao DIPEA, quando findo o processo e antes do arquivamento, proceder a cobrança.

4. CONCLUSÃO

Pelo exposto neste pequeno trabalho, conclui-se que a eficácia jurídica do verbete sumular está aquém do esperado de um precedente

que vigora há aproximadamente dez anos, eis que mostrou-se incapaz de uniformizar o entendimento dos órgãos jurisdicionais fracionários do Tribunal de Justiça sobre a matéria objeto de seu enunciado.

Também se pode concluir que sua efetividade para propiciar a arrecadação da taxa judiciária não vem sendo acompanhada e registrada pelo Tribunal de Justiça, não havendo relatórios concretos passíveis de análise, ou dados suficientes para mensuração da sua efetividade.

No entanto, revela a pesquisa que, especialmente no que toca a taxa judiciária devida por autarquias municipais, há deliberada renúncia em matéria de arrecadação do tributo por parte do Judiciário, materializada na decisão administrativa da autoridade judiciária responsável pelo DIPEA e nas decisões jurisdicionais das Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça que deliberadamente não observam o verbete sumular.

Logo, recomenda-se aos membros do GEDICON o encaminhamento de sugestão a Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - TJERJ para que adote procedimentos que permitam melhor controle da receita decorrente do recolhimento da taxa judiciária pelas autarquias federais e municipais. Igualmente recomenda-se aos membros do GEDICON encaminhar a Presidência do TJERJ proposta no sentido de divulgar entre os órgãos fracionários do Tribunal, bem como entre os órgãos jurisdicionais de primeiro grau, o teor do verbete ora analisado, estimulando a sua observância como medida salutar para a uniformização de jurisprudência, para a economia processual e para a arrecadação do FETJ.

Recomenda-se, ainda, aos membros do GEDICON, sugerir a Presidência do Tribunal e a Corregedoria Geral da Justiça rever a decisão administrativa que determina o arquivamento de feitos sem o recolhimento da taxa judiciária, especialmente quando se tratar de autarquia municipal, considerando que a mesma aparenta vício formal e material quanto à legalidade, e uma vez que a citada decisão renuncia

a arrecadação de receita tributária cujo *quantum* não foi mensurado com prejuízo do FETJ.

Por fim, recomenda-se ao GEDICON que alerte o CEDES sobre o fato do enunciado do verbete n. 76 constante na lista da Súmula do TJERJ que mantém na página do Poder Judiciário Estadual na internet estar com a redação errada, para que seja de pronto corrigida a fim de que não seja causa de equívocos.

DIREITO MARÍTIMO E COMERCIAL. CONSIDERAÇÕES. PROPOSTAS

Des. Antonio Carlos Esteves Torres

ATUALIZAÇÃO INTERPRETATIVA DA MATÉRIA

O Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, nos primeiros momentos da primeira década do ano 2000, na madrugada do terceiro milênio, em ato (Resolução OE nº 19/2001) de organização judiciária, alterou a competência das Varas de Falências e Concordatas, inserindo na ordem decisória dos antigos juízos de quebra os litígios sobre sociedades anônimas, propriedade industrial, e direito marítimo. A posição do Órgão Especial, colegiado condutor dos destinos da Justiça no Estado do Rio de Janeiro, teve por escopo redistribuir processos em que se discutissem matérias pertencentes a esses ramos especialíssimos do direito, retirando as causas a eles correspondentes das Varas Cíveis, cujo acervo, na ocasião, gigantesco, como o é, ainda hoje, impedia que o magistrado destinasse aos litígios da espécie toda a atenção que o universo empresarial exigia.

Com essa medida, infundia-se na Magistratura Fluminense a possibilidade de aprofundamento no domínio técnico dos assuntos ligados à nova competência, o que se solidificou, ainda mais, com a criação, na ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ, o FÓRUM PERMANENTE DE DIREITO EMPRESARIAL, que realiza seminários e exposições sobre os assuntos de interesse da empresa e de seus condutores, com a colaboração dos integrantes do cenário, entre magistrados, professores, membros do Ministério Público, defensores públicos e advogados em geral. Os alunos da EMERJ constituem o público-alvo primeiro.

Os resultados não demoraram. Decisões mais seguras e efetivamente mais rápidas passaram a atrair os que buscavam a prestação jurisdicional, com a preventiva eleição de foro contratual na Capital do Estado, na estratégia de conservação na Justiça Fluminense do curso processual de suas futuras causas.

A importância do campo científico, além da manifestação dos profissionais de direito, regozijados, se reflete no acolhimento de realizações de encontros e eventos dessa ordem, todos voltados à desmistificação doutrinária e teórica do mundo societário, da propriedade industrial, do direito marítimo. Anualmente, a EMERJ, através do Fórum Permanente de Direito Empresarial, abre suas portas para as mais instigantes palestras a respeito. Outras organizações da esfera empresarial têm-se associado ao empreendimento, participando das realizações.

ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

É nesse clima que se observa, com a devida atenção, o desenrolar de estudos e manifestações sobre os projetos que visam a atualizar o vetusto Código Comercial, fragmentariamente, em vigência, e mantenedor de aspectos especiais, conservada a parcela do direito marítimo e revogada a parte geral (Primeira Parte), como se colhe do resultado atualizador do Código Civil, Lei nº 10.406, de 10.1.2002.

São vastos os caminhos da nossa saga legislativa. Cada diploma legal tem a sua história. Em se tratando de Constituição e Códigos, batalhas se transformam em guerra. Em termos constitucionais, de 1824 a 1988, sucessão de regimes e emendas, estas, para a Carta vigente, a caminho da centena (hoje, são 83). Códigos resistem um pouco mais. No entanto, emendados aqui e ali.

São quase inúteis os ataques e as críticas lançados sobre os valorosos adeptos da codificação comercial e nem sempre bem esclarecidas as

razões de seus heroicos defensores. De toda sorte, têm algum prestígio os argumentos dos que obtemperam com as dimensões intencionais da reunião obrigacional do Código Civil de 2002, e não deixam de ser arrazoados os que apontam o horizonte principiológico estimulador dos projetos em andamento para o Código Comercial.

Neste embate, a mecânica legislativa não deixa de se movimentar. Segue seu caminho estruturador do arcabouço jurídico. O direito marítimo tem sido objeto de atualização - a nova legislação sobre portos, Lei nº12.815/13, ainda está por ser assimilada -, e de inúmeros atos administrativos e decisórios, garantidores do disciplinamento regulatório da espécie. Interesses científico-políticos e demandas teórico-doutrinárias põem em confronto os seguidores de ambas as linhas.

REVISITAÇÃO DOS PRINCÍPIOS BÁSICOS

Todas as vezes em que o mundo do direito se põe em ação para realizações dessa ordem, inevitavelmente, as bases primeiras de qualquer de seus ramos são revisitadas. Reacendem-se polêmicas pretéritas não completamente resolvidas. Reexaminam-se conceitos. Para que se justificasse a alteração da competência das Varas de Falências e Concordatas no Rio de Janeiro, a Administração do Tribunal de Justiça Fluminense estabeleceu a competência das Varas Empresariais, incluindo o direito marítimo, como se encontra na Resolução nº19/2001. Antes da edição do ato, os organizadores fizeram reuniões em que se discutiram pontos fundamentais sobre Direito Comercial e a relação com os demais consectários, especialmente, o Direito Marítimo.

A vertente comercial da atividade marítima, difusa e tentacular, faz parte da história da civilização. O mar e o navio são os protagonistas da evolução e do progresso. As dimensões são ainda imprecisas, não definitivamente computadas. Vejam que, ainda hoje, mesmo com

instrumental de incrível sofisticação, ratificado o entendimento de que o mar é um mistério, não se têm notícia do aparelho Boeing 777, voo MH370, de companhia aérea malásia, desaparecido entre Kuala Lumpur e Pequim, cumprindo viagem resultante de, como dizem as notícias, aumento do comércio entre a Malásia e China. Aumento do Comércio. Este fator, é conveniente lembrar, serve de palco para a aventura de Vasco da Gama (caminho marítimo para as Índias, com a tomada de Constantinopla, pelos turcos, em 1453) e dos demais episódios dos Descobrimentos. Colombo também andava à busca desse destino. Mudava-se o Mundo.

Entre bússolas e cronômetros, vapor e contêineres, na feliz dicção de belo artigo publicado pela Revista italiana Focus, na edição de setembro deste ano (número 263), *“...as etapas da história da navegação que mudaram mesmo cidades e povos... Cinco milênios no mar. O mar parece isolar e limitar, no entanto, acontece o inverso: graças à navegação, tornou-se o elemento, que, mais do que qualquer outro, uniu os povos e fez a conexão com as culturas”*.

Épocas e costumes se fixam através da atividade comercial. A etimologia configura na palavra negócio – a negação do ócio – o início da mudança de toda uma filosofia de vida. O comércio de mercadoria não era mister para as classes mais altas, na Grécia, para os cidadãos que se entregavam ao ofício pensador, ao ócio intelectual. Meter a mão na massa era coisa de escravo ou de subalterno. Governar, segundo autorizados linguistas, na sua origem, significava pilotar navio. Os liames com objetivos comerciais são irrecusáveis. Está na gênese teleológica.

Se ainda se pudesse opor hesitação para reconhecimento do conceito especialíssimo do Direito Marítimo, bastaria percorrer episódios da patologia consistente na pirataria, de origens marítimas inegáveis. Corsários (oficiais), bucaneiros (Antilhas) e piratas (bandidos genéricos) famosos, como Francis Drake, Barba-Roxa e Henry Morgan não ficaram no passado. Há um ano, a Revista The Economist, novembro de 2013, desvendava segredos marítimos da pirataria somali, financiada

por facções oficiais, “investidoras” na ação criminosa, cuja renda vem de resgates milionários. O cinema demonstrou a mecânica na obra “Captain Phillips”, que retrata ocorrência da vida real.

DIREITO COMERCIAL E MARÍTIMO

Essas rápidas pinceladas na tela da História etimológica e semântica servem de suporte à tese de que o Direito Comercial e o Direito Marítimo são, na realidade, como está sugerido no texto do ato designativo de competência empresarial, no Rio de Janeiro, em alguma circunstância, fora da Marinha de Guerra e do exercício recreativo, Direito Comercial Marítimo.

Ao profissional do direito exige-se, na especialidade comercial, que saiba distinguir os fatores que caracterizam a matéria de sua vocação. A visibilidade do diferencial que torna única a matéria passa por diversas lâminas da sua ontologia. A troca da mercadoria, como hábito e meio de vida. O mar e o navio. Os acidentes marítimos que só se dão e se resolvem no universo da especialidade do assunto.

“Didaticamente, o que havia a ponderar era quanto à regularidade da inclusão de princípios de direito marítimo num código de direito comercial”.

“Além de que *naquelle* corpo de princípios se compendiam regras referentes a institutos de natureza civil, como todas relativas à individuação do navio (nome, capacidade, domicílio) propriedade, meios de aquisição, e alienação, *hypotheca*, seguros, abalroação, assistência, salvamentos de pessoas e de cousas, é notório que o direito marítimo se rege, na generalidade de seus institutos, mesmo em alguns que têm natureza mercantil, por normas próprias, diversas, quando não caracteristicamente divergentes, das normas gerais de direito”.

Os dois últimos parágrafos são reprodução *ipsis litteris* de excerto sobre discussão quanto à mesma matéria agora em voga, em instâncias das relações da atividade marítima, publicada em livro de Waldemar Martins Ferreira, O COMMERCIO MARITIMO E O NAVIO, de 1931. Inglez de Souza sugeria a nomenclatura *indústria de navegação* e era combatido por Rodrigo Octávio, que se inclinava para a expressão *commercio marítimo*, “consagrada pelo uso,” ... indicava ...”aproximadamente o *objecto* definido, sem gerar confusões com o direito marítimo internacional e com o direito público administrativo que rege as relações marítimas ou *fluviaes* entre os poderes públicos do Estado e entre estes e os particulares, e cuja regulação pertence às leis e regulamentos da marinha mercante”.

Nota-se, portanto, que o tratamento da classificação do particular marítimo, ao longo dos últimos oitenta anos, singra ao estilo pantográfico, reaparecendo no cenário divergente, de tempos em tempos, sem que ainda hoje se possa considera-lo completamente assentado. Se assim não fosse, as diatribes acerca de codificação não estariam no ar, como no presente momento, envolvendo nomenclatura, princípios e influências internacionais. Exatamente como se extrai da passagem reproduzida.

DIFICULDADES INTERPRETATIVAS

A Associação Brasileira de Direito Marítimo, seguindo iniciativa de Sampaio de Lacerda, reserva uma das suas vice-presidências a um magistrado. Cabe a nós, neste momento, exercer o cargo. Antes, além de outros desembargadores com ligação de qualquer ordem com a matéria, esteve a ocupar a cadeira Marcos Faver, em cujo período de chefia do Poder Judiciário, engendrou-se o ato administrativo que alterou a competência dos juízos falenciais, alargando-lhes o campo de atuação. A nós cabe a prerrogativa de pesquisa judicante, obrigatoriamente aprofundada na busca da melhor solução decisória.

Com esses dados e comemorativos, cumpre revelar que os magistrados, também os profissionais outros do mundo do Direito, advogados, integrantes do Ministério Público, transitam por zona de chão movediço, visto que o ordenamento legal que rege o direito marítimo é buliçoso como o mar. Começa pelas inevitáveis amarras com disposições internacionais inarredáveis, desde sempre. Alguns localizam as origens regulatórias internacionais na legislação babilônica (Hamurabi) e os fatos mais significativos do histórico marítimo, os acidentes, mantêm características próprias não encontradas em outro universo.

Corre no mundo jurídico a versão do Capitão Francesco Schettino, comandante do desafortunado Costa Concordia, sobre defeito elétrico no navio, que o teria levado a optar por variação (encalhe voluntário), no intuito de impedir que, estando à deriva, a embarcação viesse a ser lançada a mar alto, pondo em risco milhares de outras vidas, além das cerca de 30 que se perderam.

Ao capitão do navio, comandante, cabem decisões de peculiaridade operacional que não se amoldam a qualquer outra forma de condução de veículos. Desde as arribadas forçadas, entrada em porto distinto dos determinados na viagem; passando por abalroação, choque de navios, até abandono da nave ou de mercadorias, tudo com as consequências no desenvolvimento do contrato de seguro, também espécie negocial com espectro idiossincrásico acentuado, o Direito Marítimo e seu objeto compõem particularidade científica dificilmente afastada do âmbito comercial e exigente de dedicação específica, com trato em legislação internacional inarredável, até porque o cenário da singularidade contratual costumeira, no mais das vezes, se espraia por mais de um continente.

A IMO (Organização Marítima Internacional), seguindo os propósitos da Convenção STCW (Seafares' Training, Certification and Watchkeeping for Seafares), sobre falhas humanas no transporte marítimo, de que o Brasil é signatário, para o caso do Costa Concordia, já expediu recomendações, entre elas, o treinamento de passageiros

com o navio obrigatoriamente atracado ou imediatamente após a suspensão (partida), além da localização de instrumentos de salvação ao alcance do passageiro, eximido de voltar ao camarote.

A menção aos principais acidentes marítimos, as consequências nos contratos de seguro e a atuação de organismos internacionais são circunstâncias trazidas a lume para lembrar por que a especialização dos profissionais, incluindo juízes, se faz necessária e para auxílio aos que estiverem trabalhando nas alterações codificadas do comércio, para que estejam atentos a este imenso universo.

CAMINHAR DA MATÉRIA NO MUNDO

Ainda em julho deste ano que está por terminar, Sua Majestade, o Rey de España, sancionou a Lei 14/2014, sobre a Navegação Marítima. As disposições gerais daquele diploma legal mencionam ampla reforma del Derecho marítimo daquele país, contemplando não só atualização e codificação mas a coordenação com o Direito Marítimo internacional, buscando superar diferenças com o direito, público ou privado, interno.

De acordo com o caminhar dos trabalhos legislativos ibéricos, conjugam-se normas sobre a política portuária e o tratamento das embarcações (para os espanhóis, até um determinado tamanho, acima do qual passa a ser navio) nacionais e estrangeiras; atribui-se tratamento diferenciado a boias, balizas e demais artifícios flutuantes destinados à segurança da navegação.

Têm papel de destaque a coordenação com os dispositivos das convenções internacionais, especialmente a STCW, já comentada acima, bem como o SOLAS, sobre a segurança da vida humana, e o CTM, regulador do trabalho no mar. Conservam-se os regimes das Regras de Haya-Visby, sobre danos e avarias, que, segundo a OCDE, regulam 95% do comércio mundial, também respeitadas as regras de

York e Anvers, pela sua simplicidade e eficácia. São recepcionadas as disposições sobre abalroação, como se fixou no Convênio de Bruxelas, desde 1910. As normas de Roterdã são objeto de expressa manutenção. O Convênio sobre salvamento marítimo feito em Londres em 1989 é respeitado.

Esses dados andam em plena concordância com o comando regulatório de nosso interesse, sendo que, atendendo a reclamos que estão na linha de comentários sobre as alterações de nosso ordenamento jurídico, especifica-se a possibilidade de exoneração ou limitação de responsabilidade pactuada. Recomenda-se o uso da sistemática de arbitragem, que, entre nós, ainda encontra alguma resistência residual.

O modelo anglo-saxão de cláusulas de seguro marítimo, como já se tem observado nos contratos brasileiros, vai assumindo a tipologia redacional costumeira e abrangendo a fórmula negocial mais aceita. Examinem uma apólice deste ramo de acordo de vontades e vejam que, pelo avantajado número de cláusulas, esta política de ação veio para ficar.

Em tudo por tudo, verifica-se a assimilação do direito internacional pelo nacional, exatamente como temos em mente prosseguir no intento legislativo do nosso Direito Comercial Marítimo, num caminhar irreversível das necessidades brasileiras, embora, aqui e ali, encontremos alguma dificuldade, como as impostas pela Convenção de Arresto, já objeto de reprovação por parte do Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, devido a colisões com o cenário processual brasileiro.

A esse respeito, aguça a curiosidade a quase ausência de abordagem mais clara sobre a extensão da Convenção de Viena de 1980 sobre contratos de compra e venda internacionais, internalizada recentemente, via do Decreto nº 8.327/2014, a meu sentir, aplicável à espécie marítima, o que demandará dos interpretes o exercício de conjugação com as demais normas e regras estrangeiras e das quais não se pode afastar, pena de distanciar o país do comércio no mundo.

Este ato convenial ostenta desenho abrangente e generalizado, de modo a facilitar a internalização. São expressos os indicativos uniformizadores e mantenedores dos princípios gerais do direito, da boa-fé, do respeito à intenção das partes, a par da observância da razoabilidade interpretativa.

CONCLUSÕES

Em conclusão e a título de pauta para a abordagem da matéria, cumpre asseverar que o intento de adaptação legislativa aos comandos internacionais é irreversível; subsiste, ainda alguma dificuldade para a consecução desse objetivo e mesmo para a efetivação da sistemática legislativa e interpretativa interna, ainda que iniciativas como as do Rio de Janeiro (também São Paulo especializou Câmaras para o Direito Comercial; eventos como este, bem como a política de ação das Escolas de Magistratura e de Advocacia devem merecer atenção redobrada) estejam em voga no país; projetos em andamento ainda necessitam de maior divulgação e explicações, para que a aceitação seja ampla e positiva; a cabotagem nacional, pelo ambiente altamente favorável, talvez esteja a reclamar revisão e medidas debelatórias de resistências injustificáveis.

São as sugestões e alternativas a serem consideradas e implementadas, com vistas ao propósito de ajuste e propiciação dos meios de desenvolvimento do país.

CASOS CONCRETOS



SENTENÇA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E EMPRESA DE ÔNIBUS. INCÊNDIO ÔNIBUS ITAPEMIRIM.

PROCESSO Nº 0112722-28.2007.8.19.0001

SENTENÇA

Vistos etc.

ADELMO SILVA FURTADO e LYGIA MARIA DAIBERT FURTADO ajuízam ação de indenização pelo rito ordinário em face do ESTADO DO RIO DE JANEIRO e VIAÇÃO ITAPEMIRIM S/A, todos devidamente qualificados na inicial.

Alegam os autores serem pais de FERNANDA DAIBERT FURTADO, sua filha única, nascida em 11 de junho de 1986, morta durante a execução de contrato de transporte mantido com o segundo réu, por volta das 00h15m do dia 28 de dezembro de 2006, “em razão de fato ocorrido no interior do coletivo de propriedade da segunda Ré”, fato danoso da responsabilidade de ambos os réus em razão do qual requerem indenização.

Esclarecem os autores que sua filha, Fernanda Daibert Furtado, embarcou no ônibus de propriedade da segunda ré na cidade de Afonso Cláudio, no Estado do Espírito Santo, em 27/12/2006, com destino à cidade de São Paulo - SP, a fim de comemorar a passagem do ano com a família de seu namorado.

Narram os autores que o ônibus que transportava Fernanda, após parar na Rodoviária Novo Rio, na cidade do Rio de Janeiro, dirigiu-se a garagem da segunda ré para efetuar a substituição do motorista, no bairro Brás de Pina, local “sabidamente perigoso, saindo do percur-

so normal da viagem”, onde o veículo foi parado sobre um viaduto, próximo a garagem da Itapemirim, por ordem de bandidos, e por eles incendiado por volta da 00h15m do dia 28/12/2006. O motorista após parar o ônibus fugiu, só retornando ao seu posto, acompanhado por dois funcionários do segundo réu, após a polícia ter chegado ao local do crime.

Informam os autores que em razão do incêndio no ônibus que transportava FERNANDA, ela faleceu em razão de queimaduras em 54% (cinquenta e quatro por cento) do corpo, as quais atingiram a sua face, o pescoço e o tórax posterior. O falecimento só ocorreu no dia 25/02/2007. A vítima morreu aos 20 (vinte) anos de idade, em decorrência de queimaduras de 2º e 3º graus com consequente pneumonia bilateral.

Frisam os autores que o réu ESTADO DO RIO DE JANEIRO foi omisso especificamente no seu dever de prestar segurança pública, uma vez que seus agentes estavam cientes quanto a existência de planos para possíveis ataques a ônibus e a população por meliantes, a mando dos chefes de facções criminosas reclusos em presídios estaduais, para aquela data, fato informado pela imprensa e confirmado pelas autoridades estaduais.

Por sua vez, a transportadora ré é responsável pela incolumidade de seus passageiros, incolumidade essa violada deliberadamente pela segunda ré, uma vez que retirou o ônibus da rota e o levou a local perigoso para atender a conveniência própria.

Assim sendo, informam os autores terem sofridos danos morais, os danos materiais que especificam, além de lucros cessantes, em razão da morte de sua filha.

Requerem a procedência do pedido para condenar os réus a pagar: 1) indenização por danos morais, não inferiores a R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais) em razão do óbito de sua filha única Fernanda Daibert Furtado; 2) indenização por danos materiais no valor de R\$

4.194,00 (quatro mil e cento e noventa e quatro reais) e mais o decorrente de outras despesas; 3) pensão mensal; 4) custas processuais e honorários de sucumbência. A inicial veio acompanhada de documentos de fls. 22/276.

Às fls. 295/365 a ré Viação Itapemirim S/A apresenta denúncia da lide ao BRADESCO AUTO/RE CIA. DE SEGUROS, acompanhada de documentos.

Contestação da Viação Itapemirim S/A às fls. 378/770, acompanhada de documentos, arguindo preliminarmente a carência da ação. No mérito, alega a parte ré: 1) não ser aplicável o Código de Defesa do Consumidor em matéria de contrato de transporte; 2) inocorrência do desvio do percurso aprovado no esquema operacional definido pela Agência Nacional de Transportes Terrestres; 3) ser o réu Estado do Rio de Janeiro responsável pela segurança pública face os atentados premeditados; 4) ser do causador do dano a obrigação de indenizar, eis que fato de terceiro, e não ser responsável em caso de dano decorrente de força maior; 5) ser necessária comprovação dos danos materiais; 6) ser necessária a comprovação da dependência econômica dos autores em relação à filha; 7) não ser necessária a constituição de capital garantidor. Ao final requer a improcedência do pedido.

Contestação do Estado do Rio de Janeiro às fls. 772/783, arguindo preliminarmente a ilegitimidade passiva e a inépcia da inicial. No mérito, alega a parte ré: 1) ausência de nexo causal; 2) impossibilidade de indenizar sob alegação de omissão genérica ao dever de policiar, vez que o dano foi causado por terceiro e não por agente público, e uma vez que a polícia fez tudo o que estava a seu alcance; 3) excessivo valor da indenização pretendida; 4) não ter amparo a pretensão de pensionamento. Ao final, requer a improcedência do pedido autoral.

Réplica às fls. 788/798.

Decisão às fls. 827, na qual se defere a denúncia da lide requerida às fls. 295/301.

Contestação do denunciado Bradesco Auto RE Cia de Seguros às fls. 835/885, acompanhada de documentos, arguindo preliminarmente a não aceitação da denúncia da lide em razão falta de cobertura securitária para o evento descrito na inicial. No mérito, alega a denunciada: 1) ausência de culpa do preposto da Ré-denunciante; 2) não ser possível a reparação por dano moral; 3) ser necessário comprovação do dano material; 4) não ser cabível a percepção de pensões mensais; 5) ser dispensável a constituição de capital garantidor. Requer ao final a improcedência do pedido.

Réplica às fls. 888/891. Documentos juntados pelo réu Viação Itapemirim S/A às fls.893/948.

Instadas as partes a se manifestarem em provas, a parte autora requereu a produção de prova documental suplementar e oral às fls. 952/953; o réu Estado do Rio de Janeiro e o denunciado se manifestaram no sentido de não terem mais provas a produzir às fls. 971 e 973, respectivamente; a ré-denunciante Viação Itapemirim S/A requereu a produção de prova documental suplementar e oral às fls. 975/977, e o Ministério Público não se opõe as provas requeridas, às fls. 978.

Decisão saneadora às fls. 979 e verso. Ofício da Secretaria do Estado de Segurança Pública às fls. 994/1015. Audiência de Instrução e Julgamento e inquirição de testemunhas às fls. 1034/1037, na qual foram ouvidas testemunhas e as partes apresentaram alegações finais. Promoção do Ministério Público às fls. 1053/1056, no sentido de que não há interesse público que justifique sua atuação.

RELATADOS, DECIDO.

As provas colhidas nos autos atestam que a jovem Fernanda Daibert Furtado, filha dos autores, viajava no veículo da segunda ré, quando o mesmo foi interceptado por criminosos, parado e incendiado pelos mesmos, sem que Fernanda tivesse oportunidade de escapar antes de ficar gravemente ferida. A vítima morreu em razão das queimaduras sofridas, após quase dois meses de internação hospitalar. Tais fatos

são incontroversos, o que se discute nos autos é se os réus respondem civilmente pelos mesmos.

O ônibus da Viação Itapemirim veio da cidade de Afonso Claudio, ES, e tinha por destino a cidade de São Paulo, SP. O coletivo parou na Rodoviária Novo Rio, no Rio de Janeiro, RJ, para embarque e desembarque de passageiros. No entanto, para fazer a substituição do motorista, dirigiu-se a garagem da ré mantida na entrada da Rodovia Washington Luiz (BR-040), via de acesso a partir da Av. Brasil, após sair da Rodoviária Novo Rio, o que é admitido pela ré na contestação. A rodovia BR-040 não é a via que leva a cidade de São Paulo, mas é a rodovia que liga a cidade do Rio de Janeiro a região serrana do Estado do Rio de Janeiro e as cidades do Estado de Minas Gerais. A rodovia que liga o Rio à cidade de São Paulo é a BR-116, Rodovia Presidente Dutra, cujo acesso se dá a partir da Av. Brasil (BR-101), como é notório e está documentado às fls. 755.

A garagem da Viação Itapemirim mantida na entrada da BR-040 está situada próxima à comunidade conhecida como Cidade Alta, (vide depoimentos das testemunhas, fls. 1.036/7), em local perigoso, eis que “verdadeiro reduto de marginais”, como declarado pelo delegado de polícia no auto de prisão em flagrante dos acusados pelo incêndio criminoso do veículo (fls.45), e bem próxima do local de acesso ao interior da comunidade, onde o ônibus foi interceptado. A garagem é tão próxima ao local do evento danoso, que o motorista do ônibus, após parar o veículo e desembarcar, foi correndo, a pé, para a garagem (vide depoimento de fls. 63/64).

Pelo exposto e provado nos autos verifica-se que a ré, Viação Itapemirim, deliberadamente, desviou o veículo da rota para São Paulo para local sabidamente perigoso, no intuito de atender a sua conveniência empresarial, no caso, para substituição dos motoristas que conduziam o veículo coletivo incendiado, embora estivesse o mesmo transportando passageiros e suas bagagens. A substituição dos motoristas poderia ter sido levada a cabo na Rodoviária Novo Rio, onde o coletivo parou, mas a opção empresarial foi fazer a substituição dos

motoristas na garagem.

Apesar do desvio da rota do coletivo para a garagem estar autorizada pela ANTT, não há nenhum indício nos autos de que os passageiros tenham sido previamente informados, antes de contratar o transporte com a ré, de que o percurso para São Paulo incluiria um desvio para a garagem da ré, fora da rota regular dos veículos terrestres que se dirigem para São Paulo, próximo a local perigoso e durante altas horas da noite.

Assim sendo, constata-se que a transportadora ré, no intuito de atender a sua conveniência empresarial, desviou o ônibus do trajeto normal dos veículos que se dirigem a cidade de São Paulo, sonegou tal informação da filha dos autores, assim como dos demais passageiros, - tanto que em nenhum momento provou estarem os passageiros previamente avisados do percurso do ônibus passando pela localidade onde se situa a sua garagem -, e os expôs a surpreendente e desnecessário risco a sua integridade física e patrimonial, violando o direito do consumidor a informação precisa quanto a execução do contrato e os riscos dele decorrentes, direito esse assegurado no art. 6, III, do Código de Defesa do Consumidor – CDC. Logo, a transportadora ré colaborou concorrente para a superveniência do trágico evento danoso. Consequentemente, responde a ré civilmente pelos danos sofridos pela parte autora, nos termos do Código Civil, da súmula n. 187 do Supremo Tribunal Federal, e do CDC, art. 14. Frise-se que o fornecedor só se exime da responsabilidade pelo acidente de consumo se provar culpa exclusiva de terceiro ou do consumidor, o que não ocorreu.

O Código Civil dispõe que:

Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.

Parágrafo único. É lícito ao transportador exigir a de-

claração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização.

Art. 735. A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

Por sua vez, dispõe o Código de Defesa do Consumidor, que:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Pela letra da lei não há qualquer dúvida quanto a responsabilidade objetiva do transportador em indenizar os danos causados, decorrentes da cláusula de incolumidade, típica do contrato de transporte, consequência amparada também pela legislação consumerista, como constatado.

O Supremo Tribunal Federal também já decidiu que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviço público, inclusive as concessionárias de serviço público de transporte, é objetiva relativamente aos usuários do serviço, em exegese do art. 37, parágrafo 6º., da Constituição

Federal, (RE n. 262.651-SP, Rel. Min. Carlos Velloso; citado por Sergio Cavalieri Filho, *in Programa de Responsabilidade Civil*, 9ª ed., 2010, S.Paulo: Atlas, p. 256-257).

No entanto, a segunda ré pretende se eximir da responsabilidade alegando que a conduta dos assaltantes afasta a sua responsabilidade, o que faz escorada na jurisprudência que menciona.

Os argumentos da Viação Itapemirim não podem ser acolhidos, considerando os termos da legislação citada que não exige de responsabilidade o transportador.

A insistência da ré em liberar-se da responsabilidade com base na tese de que o dano decorreu de fato de terceiro, criminoso que interceptou seu ônibus, escora-se na circunstância de que tal tese tem prosperado na jurisprudência pátria, como alega, sob o argumento de que nessa situação não há nexo causal entre a execução do contrato de transporte e o dano. Essa interpretação judicial que, na prática, torna ineficaz as disposições legais acima citadas e transcritas, além de construída *contra legem*, vem de maneira injusta subtraindo das vítimas ou de seus sucessores e dependentes a indenização pela lesão sofrida.

Ao juiz cabe a aplicação da lei. A opção do legislador foi a de responsabilizar o transportador pelos danos sofridos por seu passageiro, mesmo em caso de culpa de terceiro, como se constata do artigo 735, do Código Civil.

No Brasil, especialmente no estado do Rio de Janeiro, assaltos a ônibus são tão frequentes, tão comuns, que há muito deixaram de ser caso fortuito. Basta conferir as estatísticas policiais e as inúmeras ações em curso contra transportadores urbanos nos juízos e juizados cíveis. Numa mera pesquisa de jurisprudência sobre o tema no sítio mantido na internet pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro pode-se colher centenas de julgados. O empreendedor ter seu ônibus assaltado é um risco, portanto, como qualquer outro decorrente de sua atividade.

de empresarial. Risco esse que já considera quando entra no negócio e quando determina o preço da passagem com o consentimento do poder concedente. Considerar os assaltos aos ônibus de transporte de passageiros um fato eventual, fortuito, é não considerar a realidade.

Por outro lado, no caso dos autos, nem a jurisprudência liberal construída em favor do transportador socorre a segunda ré. Não há qualquer justificativa para eximir a Viação Itapemirim da responsabilidade que lhe é atribuída legalmente.

A transportadora ré, deliberadamente, desviou o coletivo que transportava passageiros para a sua garagem situada em local perigoso, habitado por criminosos, a noite, e sem nenhuma proteção. Assim fazendo, concorreu de maneira importante para o fato danoso. A ré poderia ter substituído o motorista na rodoviária, local dotado de policiamento, onde os criminosos provavelmente não se arriscariam, e a viagem teria seguido tranquila até São Paulo. Não há notícia nos autos de qualquer distúrbio causado por bandidos na Rodoviária Novo Rio, na Av. Brasil ou na Rodovia Presidente Dutra. Frise-se que os policiais militares que chegaram ao local da tragédia narrada nos autos são unânimes em afirmar que o ônibus estava desguarnecido, sem qualquer escolta ou agentes de segurança privada da transportadora, e que nenhum agente de segurança da Viação veio ao local do fato. Sequer o motorista do ônibus estava ou retornou ao local do evento quando os policiais chegaram ao local do crime.

Até mesmo o Superior Tribunal de Justiça - STJ, autor de uma jurisprudência liberal em favor do transportador em situações em que ocorre o chamado fortuito externo decorrente de fato de terceiro, considera o transportador responsável civilmente por assalto a ônibus no curso da viagem, assalto esse que causa morte de passageiro, sempre que a transportadora concorra para o evento com fato conexo com o serviço. Vide o decidido no Resp n. 175.794-SP, 4ª. Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, no qual expressamente afirma-se que assalto ao ônibus no intuito de atingir o patrimônio da transportadora não é fato imprevisível nem alheio ao transporte coletivo em zona de frequen-

tes roubos. Mencione-se, ainda, o Resp n. 200.808-RJ, 3ª. Turma, Min. Ari Pargendler, no qual a transportadora foi responsabilizada porque o motorista parou em ponto irregular e perigoso, cuja ementa merece ser transcrita:

“Responsabilidade Civil – Transporte coletivo de passageiros. O transportador só responde pelos danos resultantes de fatos conexos com o serviço que presta, mas neste se inclui o assalto, propiciado pela parada do veículo em ponto irregular, de que resultou vítima com danos graves”

Destaque-se que o Min. Carlos Alberto Direito, ao participar do julgamento acima citado, frisou em seu voto, acompanhando o voto do relator, que no caso ficou evidente ter a empresa agido com culpa ao parar em lugar não devido e, “particularmente, em lugar sabidamente perigoso, segundo consta dos autos (RSTJ 142/272)”. (acórdãos do STJ citados por Sérgio Cavalieri Filho, *in op.cit.*, p.324-325, ao lecionar sobre a responsabilidade do transportador).

Conclui-se, portanto, ser a segunda ré responsável pelo evento danoso que vitimou a filha dos autores e estar obrigada, portanto, a indenizá-los pelos danos materiais e morais por eles sofridos, com base nas normas já citadas e também com base nos artigos 186, 943 e 948, do Código Civil, bem como no art. 17 do Código de Defesa do Consumidor.

Quanto a responsabilidade da primeira ré, Estado do Rio de Janeiro, como bem colocado na inicial, está devidamente provada, e, diferentemente do que argumenta a defesa, a omissão do estado e de seus agentes policiais foi específica. A farta documentação acostada aos autos, especialmente com a petição inicial, prova que todas as autoridades da área de segurança pública sabiam que bandidos se mobilizariam para atacar a população e os meios de transporte. Mesmo assim, optaram as autoridades públicas estaduais em omitir tal informação da população.

Os policiais militares ouvidos em audiência confirmam a notícia

veiculada amplamente pelos jornais. Como declarou o PM Mozar Soares da Cunha: “nesse dia houve um ataque generalizado do comando vermelho na cidade, mas a policia militar já sabia dos planos dos marginais para realizar o ataque na cidade e por isso reforçou o patrulhamento nas vias especiais” (fl. 1036).

No entanto, apesar da Polícia Militar estar ciente dos tenebrosos planos das organizações criminosas, nenhuma viatura estava próximo ao local do evento danoso. A viatura na qual se encontrava o policial depoente estava vindo de Irajá para socorrer outra, cuja guarnição estava sendo atacada no bairro da Penha. Por coincidência, os policiais ouvidos em audiência depararam-se com a trágica situação versada nos autos, conforme narra o policial militar já referido em seu depoimento.

O PM Alexandre Bittencourt de Azevedo, depoimento às fls. 1.037, não só ratifica o narrado pelo PM Mozar, como acrescenta que só soube do estado de alerta quando chegou ao quartel para trabalhar, não tendo ouvido qualquer alerta das autoridades para o público em geral.

A função precípua do Estado é dar segurança a população. O Estado se justifica no monopólio da força, para manter uma sociedade pacífica.

No Brasil, onde adquirir e portar armas de defesa pessoal se sujeita a uma legislação rigorosa e restritiva para o cidadão, criou-se uma cultura na qual a arma não faz parte da vida do cidadão comum. Na falta da efetiva proteção policial estatal, está o brasileiro comum a mercê dos bandidos. Tal fato, por si só, já deveria agravar o dever do Estado e impor ao Estado a responsabilidade civil e administrativa por sua incompetência e negligência em desarmar bandidos.

Desarmar a população e não prestar adequadamente a segurança pública é uma aberração e uma omissão injustificável por si só. Sabem as autoridades policiais que um especial ataque será deflagrado contra a população, população essa que não tem meios para se defen-

der, e não avisar e não tomar providência para ao menos prevenir a população para que não se exponha a uma situação na qual o socorro policial será inútil, difícil ou impossível em caso de ataques de bandidos, chega as raias do ilícito administrativo e criminal. Não prover as ruas e vias da cidade de um real policiamento ostensivo numa situação de alerta como a noticiada nos autos, bem como permitir que criminosos armados andassem pela cidade atacando e queimando ônibus, como ocorreu, sem que houvesse meios e homens para levar a cabo uma atuação policial eficiente para salvar a vida da filha dos autores, atrai para o estado do Rio de Janeiro, responsável pelo policiamento do local onde ocorreu o crime, a responsabilidade civil em razão da omissão específica do seu dever constitucional de policiar e impedir o cometimento do crime.

O primeiro réu não tomou medidas necessárias e eficientes para evitar que o crime narrado nos autos ocorresse. Não avisou a população sobre a possibilidade dos ataques dos bandidos. Não policiou eficientemente as vias públicas. Apesar de saber que na Cidade Alta bandidos se homiziavam, como declarado pelo delegado já citado acima, o Poder Público nada fez, permitindo que lá continuassem os marginais com suas armas e sua sanha criminosa e homicida. Sequer havia uma guarnição policial, ou mesmo um mero agente policial, na localidade onde ocorreu o triste crime em tela para inibir os bandidos. As autoridades que comandam a polícia do estado não só se omitiram, mas demonstraram negligência, incompetência e descaso com a população, e, infelizmente, foi esta soma de fatores, somada a ganância do empresário transportador, que acarretou a tragédia que ceifou a vida da jovem Fernanda e das outras vítimas que morreram queimadas no ônibus. Não há qualquer dúvida, portanto, que o primeiro réu é civilmente responsável pela lesão sofrida pelos autores, com fulcro no artigo 37, parágrafo 6º., da Constituição Federal.

Como leciona o Des. Sergio Cavalieri Filho, na obra já mencionada acima, “haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo. [...]Caso esteja obrigado a

agir, haverá omissão específica e a responsabilidade será objetiva; será suficiente para a responsabilização do Estado a demonstração de que o dano decorreu da sua omissão”(p. 252).

A Oitava Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - TJERJ, decidiu recentemente, em janeiro de 2013, na Apelação Cível n.º 0372229-28.2010.8.19.0001, decisão monocrática do relator Des. Carlos Azeredo de Araújo, que a omissão específica do Estado, para fins de responsabilidade civil, se dá também quando, em eventos da natureza do ocorrido e discutido nos presentes autos, a ação dos bandidos incendiando ônibus é reação a ação da autoridade pública ou de seus agentes, mormente quando a autoridade pública sabe que a reação virá e se dirigirá contra a população. O acórdão coleciona diversos acórdãos de outras Câmaras Cíveis do TJERJ e os seguintes trechos merecem ser citados, *in verbis*:

“APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INCÊNDIO EM ÔNIBUS APÓS INCURSÃO POLICIAL EM COMUNIDADE QUE RESULTOU EM MORTE DE MORADOR/TRAFICANTE. OCORRÊNCIA PREVISÍVEL. HIPÓTESE DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO EM QUE A PRESCRIÇÃO QUINQUENAL PASSA A CORRER DO EVENTO DANOSO. ARTIGO 1.º DO DECRETO 20910/32. RECURSO REPETITIVO JULGADO PELO STJ. RESP 1251993 / PR. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. DANO MORAL QUE DEVE SER REPARADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM R\$10.000,00 (DEZ MIL REAIS) EM ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. RECURSOS AOS QUAIS SE NEGA SEGUIMENTO, NA FORMA DO ART. 557, CAPUT, DO CPC

[...]

Nota-se, que o incidente ocorreu em retaliação à morte de um traficante, conforme veiculado pela imprensa. Em uma das matérias, consta que:

‘(...)Em seu depoimento, ele contou que várias testemunhas afir-

maram que foi Lorde quem ordenou que o ônibus fosse incendiado, em represália à morte de um traficante de sua quadrilha (...)’ – f.33

Deste modo, considerando os fatos narrados pelo autor, bem como a documentação acostada aos autos, afigura-se presente a omissão específica do réu quanto à segurança do autor, com arrimo no art. 144 da Constituição Federal e nos arts. 183, 188 e 189 da Constituição Estadual. Daí, como bem decidiu o juízo a quo, não há como ser afastada a responsabilidade do Estado, diante da ocorrência de omissão específica.

[...]

‘DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. **OMISSÃO ESPECÍFICA DO DEVER DE SEGURANÇA PÚBLICA. AÇÕES CRIMINOSAS ORGANIZADAS PELO NARCOTRÁFICO. INCÊNDIO DE COLETIVO.** DEVER DE INDENIZAR. No incidente ocorrido no dia 24 de fevereiro de 2003, quando criminosos vindos do Morro Santa Marta atearam fogo no coletivo em que se encontrava a 1ª Apelante, houve omissão específica do Estado. Ações organizadas pelo narcotráfico que provocaram, no mesmo dia e com prévio conhecimento das autoridades públicas, inúmeros incidentes na Cidade do Rio de Janeiro. Existência de nexo de causal entre a falha da Administração, em relação à prestação do serviço de segurança pública e o evento. Tal situação importa no reconhecimento da responsabilidade da Administração Pública em indenizar os danos causados. Danos materiais e morais que devem ser reparados. Manutenção da sentença. Conhecimento e desprovimento dos recursos.” (0146990-79.2005.8.19.0001 - 1ª Ementa - APELACAO / REEXAME NECESSARIO -DES. ROGERIO DE OLIVEIRA SOUZA - Julgamento: 03/08/2010 - NONA CAMARA CIVEL)

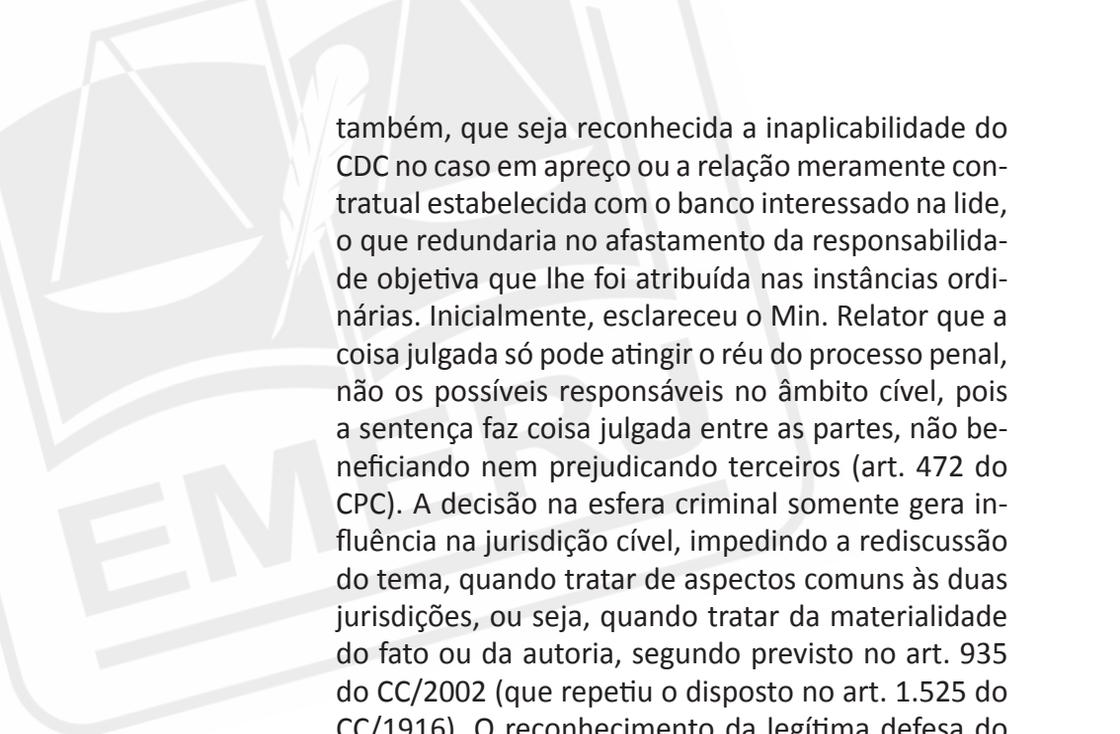
Responsáveis ambos os réus pelo fato danoso, devem indenizar a parte autora pelos danos materiais sofridos em razão da morte de sua filha, bem como pelos danos morais. Danos morais esses decorrentes de todo o sofrimento psicológico pelo qual passaram cuja dimensão

sequer é possível de se aquilatar, mas que para fim de indenização passa-se a fixar como valor a ser satisfeito pecuniariamente.

A morte de um filho já representa uma enorme dor para os pais, e isso é incontroverso. Ver uma filha única morrer vítima de queimaduras, deformada fisicamente na flor da juventude, no auge de sua beleza, sofrendo dores físicas terríveis em razão de queimaduras, após ser vítima de incêndio criminoso; morte esta lenta, lentíssima, que se arrasta por semanas no leito de um hospital, e que todo dia rouba a vitalidade da vítima, as esperanças e sonhos da juventude, bem como de seus pais e parentes; imaginar o terror pelo qual sua filha passou diante da inopinada ação criminosa, queimando viva e encurralada dentro do ônibus; supor a dor absurda sentida pela vítima no momento da ação criminosa, o desespero e a impotência diante da vida e dos sonhos roubados por monstros que se regozijam com o mal; revoltar-se diante do descaso e da omissão das autoridades públicas, imprudentes, incompetentes, negligentes e inconsequentes, a ponto de descuidarem da segurança pública, dever elementar da administração pública, ao ponto a que chegou; viver a angústia de saber que não restará na Terra descendência que na velhice lhes dê carinho, amparo, conforto, e que mantenha sua memória e seu nome; é dano moral de tal grandeza que a indenização não se caracteriza como reparatória, pois muito mal poderá sequer compensar tamanho abalo sofrido pelos autores. Logo, o valor da indenização deve ser suficiente para, ao menos, consolar os autores.

O valor médio de uma indenização por morte atinge o equivalente a quinhentos salários mínimos na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Cite-se a título de exemplo o seguinte aresto:

“A recorrente, empresa de vigilância, pretende demonstrar que o fato de seu empregado ter agido em legítima defesa própria, como reconhecido no procedimento criminal por decisão transitada em julgado, afasta sua responsabilidade no evento que culminou na morte do companheiro da recorrida. Pretende,



também, que seja reconhecida a inaplicabilidade do CDC no caso em apreço ou a relação meramente contratual estabelecida com o banco interessado na lide, o que redundaria no afastamento da responsabilidade objetiva que lhe foi atribuída nas instâncias ordinárias. Inicialmente, esclareceu o Min. Relator que a coisa julgada só pode atingir o réu do processo penal, não os possíveis responsáveis no âmbito cível, pois a sentença faz coisa julgada entre as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros (art. 472 do CPC). A decisão na esfera criminal somente gera influência na jurisdição cível, impedindo a rediscussão do tema, quando tratar de aspectos comuns às duas jurisdições, ou seja, quando tratar da materialidade do fato ou da autoria, segundo previsto no art. 935 do CC/2002 (que repetiu o disposto no art. 1.525 do CC/1916). O reconhecimento da legítima defesa do vigilante, no juízo criminal, não implica, automaticamente, a impossibilidade de a parte autora requerer indenização pelos danos ocorridos, especialmente quando, como no presente caso, pugna pelo reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do banco e da empresa de vigilância, obrigados em face do risco da atividade. A relação jurídica existente entre o contratante/usuário de serviços bancários e a instituição financeira é disciplinada pelo CDC, conforme decidido pelo STF na ADI 259. Tendo em vista a existência de defeito no serviço prestado (art. 14, § 1º, do CDC), que ocasionou a morte do companheiro da autora, aplica-se o disposto no art. 14 do CDC, o qual prevê a responsabilidade objetiva do banco. Assim, respondem solidariamente pela indenização todos os responsáveis pelo acidente de consumo, inclusive os terceiros que prestaram serviço mediante contratação. Em face do risco profissional da atividade

de bancária, a instituição financeira é obrigada pela Lei n. 7.102/1983 a tomar todas as cautelas necessárias a fim de fornecer segurança a seus clientes e funcionários. Diante disso, considerando-se as peculiaridades do caso, bem como os padrões adotados por este Superior Tribunal na fixação do valor indenizatório a título de danos morais por morte, a Turma reduziu a indenização arbitrada pelo Tribunal de origem para o valor de R\$ 232.500,00, correspondente a 500 salários mínimos atuais, com os acréscimos legais a partir desta data. REsp 686.486-RJ, Rel.Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 14/4/2009.”(grifo nosso).

No caso analisado pelo STJ, a vítima morreu atingida por disparo de arma de fogo. No caso *sub judice* a morte da filha dos autores foi mais dramática, mais dolorosa, veio lentamente, sofredamente.

Assim sendo, é razoável que a indenização seja muito superior a quinhentos salários mínimos. Mormente ao se constatar que o valor da indenização contratada no seguro pelo sinistro do ônibus é de, à época dos fatos, dois milhões, oitenta e quatro mil, duzentos e vinte e dois reais e noventa e três centavos (fls.854).

Se a vida e o ser humano não tem preço, porque não é coisa, mas tem dignidade, como ensina Kant e é notório, nesta árdua tarefa que a Justiça tem de determinar o valor da indenização por dano moral em razão da morte de um ser humano jovem, pleno e insubstituível em sua dignidade, algum critério é preciso ser adotado.

Considerar o valor de um dos bens de capital do empresário réu como critério para a fixação da indenização de um bem personalíssimo e inestimável em seu valor intrínseco é razoável, portanto legítimo, uma vez que o critério escolhido é o valor da coisa, - o bem de capital, de conteúdo econômico como unidade produtiva, o ônibus de transporte de passageiros -, envolvida no fato danoso. Há de se considerar, também, para a fixação do valor da indenização, toda a dor e revolta

dos autores com o homicídio brutal e selvagem de sua jovem filha, já analisado mais acima. No mais, não é razoável que o ônibus, (visto como meio de produção, bem econômico para a realização de um serviço), valha mais do que a vida dos passageiros que transporta.

Outrossim, também é preciso considerar a situação econômica das partes para que a indenização não seja imoderada para mais ou para menos. Os autores são pessoas de classe média, e os réus ricos: o primeiro, o estado do Rio de Janeiro, opulento, que auferes royalties da exploração do petróleo em valores bilionários, e que também vem realizando obras bilionárias voltadas para atender a eventos esportivos internacionais, como é notório, (cite-se, a título de exemplo, o novo estádio do Maracanã, preparado exclusivamente para atender as exigências da FIFA e de organismos similares); e o segundo, empreendedora voltada para o transporte rodoviário interestadual, com agências espalhadas por todo o Brasil, (como anuncia em seu sítio na internet), parte do Grupo Itapemirim, com empreendimentos não só em transporte, mas também em mineração, seguros, hotelaria e alimentação, editoria, autopeças e veículos, publicidade e marketing (conforme consta em <<http://www.itapemirim.com.br/empresa-grupo-itapemirim.asp>>).

Logo, fixar a indenização por dano moral no valor de dois milhões e oitenta e cinco mil reais é justo, pois tal valor está adequado a gravidade da lesão, a situação econômica das partes, e a reprovabilidade das condutas dos réus de modo a cumprir, também, uma finalidade pedagógica que os estimule a respeitar e zelar pelo ser humano, cidadão e consumidor. Outrossim, com tal valor é possível comprar um imóvel em região nobre de qualquer cidade brasileira, representando, efetivamente, a compensação que se espera de indenização a tal título.

Sublinhe-se que o valor da indenização ora fixada, corresponde ao valor da indenização contratada com a seguradora por um único ônibus da frota da ré transportadora em 2006, o que também demonstra a proporcionalidade e a razoabilidade da indenização por dano moral fixada, diante do poderio econômico dos réus, da gravidade da lesão

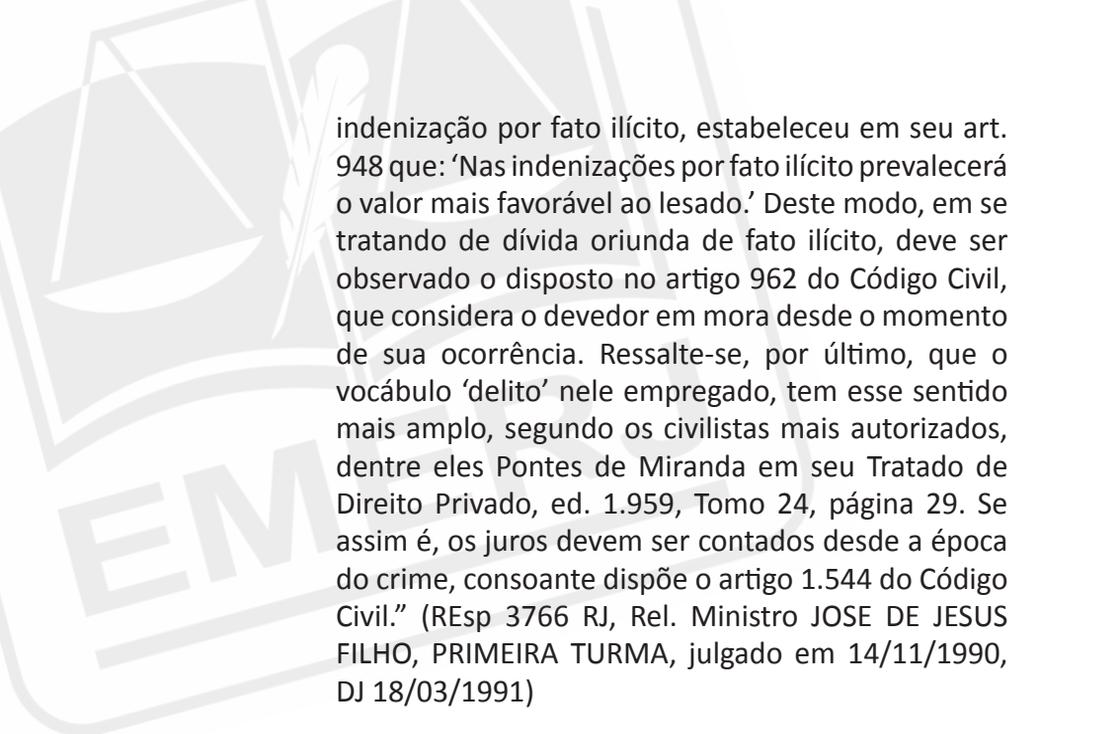
sofrida e da censurabilidade da conduta dos réus.

Destaque-se, também, que a quantia fixada apresenta-se como bastante razoável, ou quiçá módica, quando se constata que o estado do Rio de Janeiro gastou no primeiro semestre de 2013, só em transporte pessoal do governador do estado do Rio de Janeiro e de sua família, inclusive aos finais de semana, nos sete helicópteros que ficam a sua disposição, a quantia de quatro milhões e novecentos mil reais, segundo informado pelo jornal Estado de São Paulo em 09 de julho de 2013, em sua versão on line <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,governador-sergio-cabral-dobra-gastos-com-uso-de-helicopteros,1051741,0.htm>>. No ano de 2007, período contemporâneo a data do evento danoso, segundo o citado periódico, os gastos com o transporte aéreo do governador do estado montaram quatro milhões e oitocentos mil reais.

Fixado o valor principal da indenização por dano moral, sobre o mesmo incide correção monetária a partir da sentença, nos termos da súmula n. 97 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, e juros moratórios a partir da data do ilícito, nos termos do artigo 398 do Código Civil, da Súmula n. 54 do Superior Tribunal de Justiça, e da Súmula n. 129 do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Frise-se que o fato de um dos réus ser pessoa jurídica de direito público não o exime da contagem dos juros a partir da data do ilícito em razão da Lei n. 9.494/97, considerando o disposto no Código Civil de 2002 e um dos arestos que deu azo a Súmula n. 54 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. PESSOA JURIDICA DE DIREITO PUBLICO. JUROS DE MORA. INCIDENCIA. NAS INDENIZAÇÕES POR FATO ILICITO, TRATANDO-SE DE DELITO, OS JUROS DE MORA INCIDEM DESDE A EPOCA DO FATO, NA CONSONANCIA DO ARTIGO 1544 DO CODIGO CIVIL.[...] O Código Civil ao cuidar dos efeitos das obrigações, na parte relativa a



indenização por fato ilícito, estabeleceu em seu art. 948 que: ‘Nas indenizações por fato ilícito prevalecerá o valor mais favorável ao lesado.’ Deste modo, em se tratando de dívida oriunda de fato ilícito, deve ser observado o disposto no artigo 962 do Código Civil, que considera o devedor em mora desde o momento de sua ocorrência. Ressalte-se, por último, que o vocábulo ‘delito’ nele empregado, tem esse sentido mais amplo, segundo os civilistas mais autorizados, dentre eles Pontes de Miranda em seu Tratado de Direito Privado, ed. 1.959, Tomo 24, página 29. Se assim é, os juros devem ser contados desde a época do crime, consoante dispõe o artigo 1.544 do Código Civil.” (REsp 3766 RJ, Rel. Ministro JOSE DE JESUS FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/11/1990, DJ 18/03/1991)

Quanto aos danos materiais, deve o valor da indenização ser fixado de modo a reparar completamente todos os gastos decorrentes do tratamento médico a que se submeteu a filha dos autores antes de falecer, e que tenha sido suportado pelos autores, mais o luto e o funeral, nos termos do artigo 948, I, do Código Civil, valor esse que deve ser apurado em liquidação de sentença, uma vez que não estão todos os gastos elencados na inicial e provados nos autos, como se vislumbra do próprio pedido, parcialmente ilíquido, formulado pela parte autora. Sobre os valores que forem apurados também incidirá correção monetária a partir da data do desembolso e juros moratórios a partir da data do evento danoso, como já fundamentado.

Também deverão os réus pagar alimentos aos autores enquanto estiverem vivos, considerando que a vítima era solteira e não possuía outros dependentes.

Como frisam os doutrinadores pátrios, especialmente José de Aguiar Dias (*Da Responsabilidade Civil, vol. II, 1994, Rio: Forense, p. 759 e s.*) e Sergio Cavalieri Filho, obra citada, p. 121, com base em farta

jurisprudência, a alusão a alimentos contida no inciso II do art. 948 do Código Civil é também indenização e não propriamente alimentos já devidos ou em pagamento ao dependente econômico. Trata-se de direito potencial a alimentos, logo é “valor econômico integrante do patrimônio da pessoa, e se desaparece em consequência de ato ilícito, o responsável por este obrigado está a indenizar o prejudicado pelo desfalque” (cf. acórdão das Câmaras Cíveis reunidas do TJDF, citado por Aguiar Dias às fls. 761, *op.cit.*, entre outros com similar teor).

O valor a ser pago a este título deve corresponder a dois terços do salário mínimo, mensalmente, considerando que não há prova nos autos de que a vítima auferisse renda, (presumindo-se que um salário mínimo é a renda mensal mínima a ser auferida por uma pessoa, e considerando que gastaria um terço da renda em sua própria manutenção, conforme firmado pela jurisprudência, segundo declara Sergio Cavaliere Filho, em sua obra já citada, p. 122), durante a sua provável sobrevivência até os setenta e cinco anos, nos termos da tabela de expectativa de vida do brasileiro em 2006 do Instituto Brasileiro de Geografia Estatística – IBGE, disponível no sítio do instituto na internet, o que ocorreria em 11 de junho de 2.061. Não se incorpora a indenização valores a título de “férias” ou “gratificação de Natal”, nos termos da súmula n. 217 do TJERJ.

Considerando ser um dos réus entidade de direito público e o outro possuir notória capacidade econômica, ficam dispensados da constituição de capital garantidor das pensões, devendo providenciar a inscrição dos autores em folha de pagamento, na forma do artigo 475-Q, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil.

Arcam ainda os réus, em razão da sucumbência, com custas judiciais *pro rata*, isento de pagamento o estado do Rio de Janeiro, na forma da lei. Também suportam honorários advocatícios de sucumbência *pro rata*, cujo valor deve ser fixado com base nos critérios do artigo 20 e parágrafos 4º e 5º., do Código de Processo Civil, em 2,5% do valor da condenação.

Quanto a lide subsidiária, a cláusula do contrato de seguro travado com a transportadora ré que levanta o denunciado em sua defesa, realmente o socorre. Como está redigido, todo e qualquer atuar hostil ou violento de terceiros que cause danos aos bens segurados não está coberto por indenização, *in verbis*:

“Não serão indenizados os prejuízos:

Para os quais tenham contribuído direta ou indiretamente atos de hostilidade [...]” (fl.872).

Tal cláusula é legal e legítima, não só porque as partes que a estipularam são empreendedores/empresários, portanto profissionais, como pelo fato de que contratualmente não é ilícita, nem excessivamente onerosa, considerando que atos de hostilidade como causa de sinistro em veículo de transporte não é um risco necessário e inerente ao contrato de transporte ou a atividade do transportador. Por outro lado, o valor do prêmio pago é estipulado conforme a determinação do risco. Se o segurado não tem interesse em aumentar a cobertura do risco, assume o ônus de tal conduta e paga um prêmio mais barato. Portanto, merece ser julgada improcedente a denunciação da lide a seguradora, suportando o denunciante custas judiciais e honorários de sucumbência de 2,5% sobre o valor atribuído a causa.

Isto posto:

1) julgo procedente o pedido autoral:

1.1) para condenar ambos os réus, solidariamente, a pagar à parte autora:

1.1.1) a quantia de dois milhões e oitenta e cinco mil reais a título de indenização por danos morais, atualizados monetariamente a partir da data da sentença e acrescidos de juros moratórios a partir da data do evento danoso, 28 de dezembro de 2006; 1.1.2) a quantia que for apurada em liquidação de sentença a título de indenização por danos materiais decorrentes das despesas médicas e transporte em

razão do tratamento médico da vítima, remédios, luto e funeral, que tenham efetivamente suportado, atualizada monetariamente a partir de cada desembolso e acrescida de juros moratórios a partir da data do evento danoso, 28 de dezembro de 2006; 1.1.3) alimentos mensais no valor equivalente a dois terços do salário mínimo, a partir de 28 de dezembro de 2006, enquanto os autores estiverem vivos, e com termo final em 11 de junho de 2.061, data em que Fernanda Daibert Furtado completaria setenta e cinco anos se viva estivesse, incidindo sobre os valores já vencidos e devidos atualização monetária e juros moratórios a partir de cada vencimento mensal;

1.2) para condenar ambos os réus a pagar honorários advocatícios de sucumbência de 2,5% do valor da condenação;

1.3) para condenar o segundo réu a pagar metade do valor referente a taxa judiciária e custas judiciais.

2) julgo improcedente o pedido formulado pelo denunciante e segundo réu na lide principal, Viação Itapemirm S/A, contra o denunciado Bradesco Auto RE Cia de Seguros, na denúncia da lide, e condeno o denunciante a arcar com as despesas judiciais decorrentes da lide secundária e honorários advocatícios de sucumbência de 2,5% do valor da causa.

3) submeto a presente sentença ao duplo grau de jurisdição, nos termos do artigo 475, inc. I, do Código de Processo Civil, devendo serem os autos remetidos ao Egrégio Tribunal de Justiça após o decurso do prazo para recurso voluntário das partes, bem como após cumpridas as formalidades legais.

P. R. I. C.

Rio de Janeiro, 17 de julho de 2013

EDUARDO ANTÔNIO KLAUSNER

JUIZ DE DIREITO

INDENIZATÓRIA. INTERNET. FACEBOOK.

PROCESSO N° 0372100-86.2011.8.19.0001

SENTENÇA

TARIK DIAS HAMDAN, menor representado por seus genitores, *Marcello Augusto Hamdan Ribeiro e Susana Neris Dias*, ajuíza ação em face de **FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA** alegando, em síntese, que em 13/01/2011 descobriu que fora criado um perfil falso, com sua foto e o nome de “Tarik Sapir Dias Hammdan”, na rede social mantida pela empresa ré na rede mundial de computadores, o que lhe causa danos e constrangimentos perante seus amigos, em razão dos comentários difamatórios e ofensivos supostamente realizados em seu nome. Apesar das várias tentativas de denunciar o abuso, não logrou êxito em ver excluído o referido perfil, pelo que requer antecipadamente seja o réu compelido a fazê-lo, bem como a informar o “IP” de sua autoria. Ao final, requer reparação por danos morais em valor a ser arbitrado pelo Juízo.

Antecipados os efeitos da tutela às fls. 44-46.

Contra essa decisão, o réu interpôs agravo retido às fls. 76-81.

Contestação às fls. 82-102. Preliminarmente, alega sua ilegitimidade passiva. No mérito, em suma, diz que é tecnicamente impossível monitorar, controlar e bloquear previamente a inserção de conteúdos, mas que são disponibilizados mecanismos eficazes de denúncia dos eventuais abusos cometidos.

Réplica, às fls. 143-156.

Contrarrazões ao agravo retido às fls. 157-164

Decisão saneadora de fls. 241 rejeitou a preliminar e deferiu a produção da prova testemunhal, cuja desistência foi manifestada por ocasião da audiência de instrução e julgamento (fl. 243).

Promoção do Ministério Público às fls. 262-269, pela procedência do pedido.

Passo a decidir.

O artigo 3o da Lei nº 12.965/2014 inicia o elenco de princípios que regem a disciplina do uso da internet no Brasil pela (a) garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento e (b) proteção da privacidade. Mais adiante, o artigo oitavo coloca a garantia de tais direitos como condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

O confronto teórico entre as liberdades de expressão em sentido genérico (incluindo, aí, as liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica intelectual e comunicacional) e os direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada vem, há muito, ocupando o cenário de debates jurídicos, com significativo relevo no episódio do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130/DF, em 30/04/2009, que declarou como não recepcionado pela Constituição Federal de 1988 todo conjunto de dispositivos da Lei Federal nº 5.250, de 09/02/1967 (Lei de Imprensa).

Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal assentou diretrizes hermenêuticas para o enfrentamento de questões envolvendo o aparente conflito de tais direitos, estabelecendo que a garantia das liberdades preceda os direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada, os quais atuam a **posteriori** e cuja violação configura eventual abuso e responsabilidade, a justificar uma indenização.

Com efeito, fez-se constar na ementa, aqui grifada:

PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA.

[.....]

4. MECANISMO CONSTITUCIONAL DE CALIBRAÇÃO DE PRINCÍPIOS.

O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º). Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a “livre” e “plena” manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da

personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisação à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando a posteriori, infletem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa.

(ADPF 130; Relator Min. CARLOS BRITTO; Tribunal Pleno; julgado em 30/04/2009; DJe-208, divulgado em 05-11-2009, publicado em 06-11-2009; EMENT VOL-02381-01 PP-00001; RTJ VOL-00213- PP-00020)

A Lei nº 12.965/2014 promove o enfrentamento entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade a partir de seu artigo 18, quando cuida *Da Responsabilidade por Danos Decorrentes de Conteúdo Gerado por Terceiros*.

Comete, ali, um de seus maiores equívocos.

Os artigos 18 e 19 cuidam, respectivamente, da responsabilidade do provedor de conexão à internet e do provedor de aplicações da internet. Diz que o primeiro não responde por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. O segundo, por sua vez, só responderá civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Soa razoável o conteúdo do primeiro artigo em comento. Realmente, não se vislumbra nexos causal entre o serviço de conexão à internet e eventual dano proveniente da exposição de conteúdo de seus inúmeros sítios.

Quanto ao provedor de aplicações de internet (artigo 19), porém, tenho que a Lei nº 12.965/2014 apresenta vício de inconstitucionalidade por delimitar o princípio da **restitutio in integrum**, previsto no artigo 5º, V, da Constituição Federal de 1988, ao condicionar a responsabilidade à ordem judicial prévia.

Com efeito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sempre admitiu que bastaria a notificação extrajudicial visando a retirada de conteúdo lesivo gerado por terceiro para que a inércia do provedor de conteúdo caracterizasse uma conduta omissiva ilícita, justificando a reparação por danos morais. Isto porque, apesar de o provedor de aplicações ter o controle para a retirada do conteúdo ofensivo, não seria inerente à sua atividade a fiscalização prévia do teor das informações prestadas na rede. Assim, somente quando houvesse inequívoca ciência do conteúdo lesivo surgiria o dever de retirá-lo e, para tanto, basta uma notificação extrajudicial, informal que fosse.

Neste sentido:

CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC.

PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO CONTEÚDO POSTADO NO SITE PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CUNHO OFENSIVO.

DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA DO AR EM 24 HORAS. DEVER.

SUBMISSÃO DO LITÍGIO DIRETAMENTE AO PODER JUDICIÁRIO.

CONSEQUÊNCIAS.

DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 14 DO CDC E 927 DO CC/02.

1. Ação ajuizada em 26.02.2008. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 14.08.2012.

2. Recurso especial em que se discute os limites da responsabilidade de provedor de rede social de relacionamento via Internet pelo conteúdo das informações veiculadas no respectivo site.

3. A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90.

4. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos.

5. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02.

6. Ao ser comunicado de que determinada postagem possui conteúdo potencialmente ilícito ou ofensivo, “deve o provedor removê-la preventivamente no prazo de 24 horas, até que tenha tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações do denunciante, de modo a que, confirmando-as, exclua definitivamente o vídeo ou, tendo-as por infundadas, restabeleça o seu livre acesso, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano em virtude da omissão praticada.

7. Embora o provedor esteja obrigado a remover conteúdo potencialmente ofensivo assim que tomar conhecimento do fato (mesmo que por via extrajudicial), ao optar por submeter a controvérsia diretamente ao Poder Judiciário, a parte induz a judicialização do litígio, sujeitando-o, a partir daí, ao que for deliberado pela autoridade competente. A partir do momento em que o conflito se torna judicial, deve a parte agir de acordo com as determinações que estiverem vigentes no processo, ainda que, posteriormente, haja decisão em sentido contrário, implicando a adoção de comportamento diverso. Do contrário, surgiria para as partes uma situação de absoluta insegurança jurídica, uma incerteza sobre como se conduzir na pendência de trânsito em julgado na ação.

8. Recurso especial provido.

(REsp 1338214/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/11/2013, DJe 02/12/2013)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PROVEDOR DE CONTEÚDO DA INTERNET. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. OMISSÃO. SÚMULA N. 7/STJ.

1. O provedores de conteúdo da internet não se submetem ao art. 927 do CC/2002, que trata da responsabilidade objetiva, pois a inserção de mensagens com conteúdo ofensivo no site não constitui um risco inerente à atividade, nem tampouco ao art. 14 do CDC, por não se tratar de produto defeituoso.

2. Possuem responsabilidade subjetiva por omissão os provedores de internet que, após serem notificados sobre a existência de página com conteúdo ofensivo, permanecem inertes.

3. No caso concreto, o Tribunal de origem, analisando a prova dos

autos, concluiu pela configuração do dano moral, em virtude da inércia da recorrente em bloquear a página da rede social com conteúdo ofensivo, condenando-a ao pagamento de danos morais.

4. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula n. 7/STJ.

5. O valor da indenização foi fixado de forma a preservar a dupla finalidade da condenação, considerando as peculiaridades subjetivas do caso. Rever tal entendimento implicaria o reexame de fatos e provas, o que é vedado pelo óbice da referida Súmula.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 137.944/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 21/03/2013, DJe 08/04/2013)

Ressalva-se em relação a este segundo julgado que não me parece que a discussão passa pelo caráter subjetivo da responsabilidade. Não se foca na culpa do provedor, mas na efetiva conduta ilícita causadora do dano. Não se vislumbra ilicitude na conduta de quem simplesmente disponibiliza canal de publicação de informações a terceiros indetermináveis, sem controle prévio de conteúdo. A ilicitude está em manter tais informações quando sabidamente lesivas. Até então, haveria mero fato de terceiro.

No caso dos autos, não há comprovação de que o autor, ou seus responsáveis, tenha notificado o réu para a retirada dos *posts* ditos falsos e lesivos. Diz a inicial que o fez através da ferramenta de sistema existente, que não fornece qualquer comprovante respectivo. Não sendo esta a única via para a referida notificação, não se reconhece a hipossuficiência técnica da parte autora, que poderia se valer de notificação judicial ou extrajudicial, aí incluindo-se mera correspondência com aviso de recebimento. Logo, tenho que a parte autora não se desincumbiu do ônus da prova quanto aos fatos

constitutivos do direito alegado, em especial a configuração da mora da parte ré.

Vale dizer, os documentos de fls. 172 e seguintes, com alusão ao passo a passo da ferramenta administrativa de denúncia da ré, ademais de não serem conclusivos acerca de sua finalização, apresenta a data de 21/10/2011, igual aquela em que foram concedidos os efeitos da tutela. Os documentos que instruíram a inicial, de igual forma não conclusivos, foram impressos às vésperas do ajuizamento da demanda, sequer configurando tempo hábil para a caracterização da mora da ré.

Pelo que, **JULGO PROCEDENTE EM PARTE** o pedido tão somente para tornar definitiva a decisão antecipatória.

Face à sucumbência recíproca, honorários se compensam e custas são devidas pela metade por cada parte.

Transitada em julgado e satisfeitas as custas, dê-se baixa e arquivem-se.

Rio de Janeiro, 03 de novembro de 2014.

LEONARDO DE CASTRO GOMES

Juiz de Direito