

REVISTA

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ

VOLUME 5

REVISTA
ESCOLA DA
MAGISTRATURA
DO PARANÁ

Curitiba
2015

Diretoria da Escola da Magistratura do Paraná – Gestão 2014/2015

Diretor-Geral:

Doutor FRANCISCO CARDOZO OLIVEIRA

Coordenador Geral de Cursos:

Doutor RODRIGO FERNANDES LIMA DALLEDONE

Supervisor Pedagógico:

Desembargador CLAYTON MARANHÃO

Núcleo de Curitiba

Diretor: DANIEL SURDI DE AVELAR

Vice-Diretor: EDUARDO NOVACKI

Núcleo de Londrina

Diretor: RODRIGO AFONSO BRESSAN

Vice-Diretor: JOSÉ RICARDO ALVAREZ VIANNA

Núcleo de Maringá

Diretor: FÁBIO BERGAMIN CAPELA

Vice-Diretor: MARCEL FERREIRA DOS SANTOS

Núcleo de Ponta Grossa

Diretor: HÉLIO CÉSAR ENGELHARDT

Vice-Diretor: GILBERTO ROMERO PERIOTTO

Núcleo de Cascavel

Diretor: LEONARDO RIBAS TAVARES

Vice-Diretora: FILOMAR HELENA PEROSA CAREZIA

Núcleo de Foz do Iguaçu

Diretor: WENDEL FERNANDO BRUNIERI

Vice-Diretor: MARCOS ANTÔNIO DE SOUZA LIMA

REVISITA

ESCOLA DA
MAGISTRATURA
DO PARANÁ

PROJETO EDITORIAL

Escola da Magistratura do Paraná – EMAP

Lidiane Ogrodovski

COORDENAÇÃO DE ORIGINAIS

Monalisa Vargas

AUTORES

Rodrigo Fernandes Lima Dalledone

Fábio José Nanuncio Tavares

Larissa Kirsten Hetka

Leandro Morett Goes

Rogério de Vidal Cunha

Greice Trevizan Rigo Schechtel

Daniela Daijane de Souza Leal

Isabela Piovesan Marcolino

Renata Rodrigues Guimarães Wollmann

Publicação da Escola da Magistratura do Paraná

Responsabilidade: As opiniões emitidas nos artigos são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Revista da Escola da Magistratura do Paraná / Escola da Magistratura do Paraná.
v. 5. Curitiba: Serzgraf, 2015.

Semestral

ISSN 2359-0203

1. Direito - Periódicos. 2. Escola da Magistratura do Paraná. 3. Artigos Jurídicos.
I. Título.

CDD – 340.05

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Silvana Gutierrez

Seção Técnica de Tratamento da Informação

ÍNDICE

APRESENTAÇÃO	7
Reflexos do Novo Código de Processo Civil Sobre a Atividade Decisória da Administração Pública	
Rodrigo Fernandes Lima Dalledone	9
<i>A Emendatio Libelli</i> e a Nova Dimensão do Princípio Constitucional do Contraditório	
Fábio José Nanuncio Tavares	29
Dever de Cooperação no Novo Código de Processo Civil	
Larissa Kirsten Hetka	45
Motivação: o Novo Código de Processo Civil e a Sentença Penal	
Leandro Morett Goes	63
Da Inaplicabilidade da Contagem de Prazos Processuais em Dias Úteis (CPC/15, Art. 219) ao Processo Eletrônico (Lei 11.419/06)	
Rogério de Vidal Cunha	79
A Eficácia Pragmática da Improcedência Liminar do Pedido	
Greice Trevizan Rigo Schechtel	101
O Novo Código de Processo Civil e o Fim do Emblema Interpretativo da Multa do 475-J	
Daniela Daijane de Souza Leal	125
Separação e Divórcio no Novo Código de Processo Civil	
Isabela Piovesan Marcolino	139
Medidas Cautelares Diversas da Prisão: O Uso da Monitoração Eletrônica	
Renata Rodrigues Guimarães Wollmann	155

APRESENTAÇÃO

O novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13105/2015), que entrará em vigor no começo de 2016, como era esperado, repercutiu efeitos na Escola da Magistratura do Paraná que, em 2015, abriu espaço para vários debates em torno do direito processual. Dentro desse contexto, a Revista da Escola da Magistratura do Paraná, na sua edição de 2015, elegeu como eixo central das publicações os trabalhos de pesquisas, e seus resultados em forma de artigos, voltados para questões do direito processual. Como se poderá observar, os artigos que integram esta edição procuram enfrentar questões do direito processual de importância fundamental para a tutela de direitos na contemporaneidade brasileira, marcada pelo aumento de demandas e pelas lutas por ampliação de titularidades de direitos.

Observadas essas premissas, Rodrigo Fernandes Lima Dalledone trata dos reflexos do novo código de processo civil sobre a atividade decisória da administração pública; Fábio José Nanuncio Tavares escreve sobre a *emendatio libelli* e a nova dimensão do princípio constitucional do contraditório; Larissa Kirsten Hetka trata do dever de cooperação no novo código de processo civil; Leandro Morett Goes escreve sobre a motivação no novo Código de Processo Civil e na sentença penal; Rogério de Vidal Cunha enfrenta a questão relacionada a inaplicabilidade da contagem de prazos processuais em dias úteis e ao processo eletrônico, nos termos do artigo 219, do novo Código de Processo Civil e da Lei n.º 11419/2006; Greice Trevisan Rigo Schechtel trata da eficácia pragmática da improcedência liminar do pedido; Daniela Daijane de Souza Leal escreve sobre o problema interpretativo da multa do art. 475-J e o novo Código de Processo Civil; Isabela Piovesan Marcolino trata da separação e do divórcio no novo Código de Processo Civil; e, finalmente, Renata Rodrigues Guimarães Wollmann trata da questão das medidas cautelares diversas da prisão e o uso de monitoração eletrônica.

Os artigos integrantes desta edição da Revista da Escola da Magistratura do Paraná, do ponto de vista sistêmico, colocam em evidência questões relacionadas a pragmática de aplicação de regras do direito processual, que abrange o processo civil e o processo penal. Vistos os resultados das reflexões, pode-se apontar uma finalidade comum, que é a de reafirmar a instrumentalidade do processo, no objetivo de assegurar efetividade aos direitos na vida concreta das pessoas, tanto mais necessário no momento em que aumenta o risco de vulnerabilidade para aqueles que, no Brasil, como diz o Ministro Luiz Edson Fachin, tem sede de justiça.

O compromisso da Escola da Magistratura do Paraná com a perspectiva de interpretação e de aplicação do direito está refletida nas reflexões constantes dos artigos ora publicados, cujo leitura deve abrir oportunidades para novas ideias sobre uma concepção teórica e de aplicação do direito processual.

Boa leitura.

Curitiba, novembro de 2015

Juiz Francisco Cardozo Oliveira
Diretor-Geral da EMAP

Reflexos do Novo Código de Processo Civil Sobre a Atividade Decisória da Administração Pública

Rodrigo Fernandes Lima Dalledone

Juiz de Direito Substituto em 2º Grau no TJPR. Mestre em Direito do Estado (UFPR). Especialista em Direito Administrativo. Coordenador de Cursos da Escola da Magistratura do Paraná.

RESUMO

O presente texto tem o objetivo de lançar proposições sobre a aplicação subsidiária/supletiva do art. 489, §§ 1º e 2º, do novo Código de Processo Civil à atividade decisória da Administração Pública, a partir da constatação de que o instituto do processo é inerente ao exercício do poder estatal, havendo na Constituição da República um núcleo comum de processualidade que não se restringe à função judicial. O trabalho examina as inovações trazidas pelo NCPC em cotejo com as disposições constantes da Lei Federal 9.784/1999 que regulam a matéria, concluindo que a incidência dos referidos preceitos contribuirá para o incremento da transparência administrativa e para a concreção dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Processo Administrativo; Novo Código de Processo Civil; Aplicação Subsidiária/Supletiva; Direitos fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

Neste momento em que todas as atenções se voltam ao Código de Processo Civil que entrará em vigor no início de 2016, parece oportuno examinar seus possíveis reflexos sobre o Processo Administrativo.

O ponto de partida de nossa análise deve ser, portanto, o artigo 15 do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015 - NCPC): “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

Daí decorre que os preceitos do NCPC servem tanto a reforçar e aprimorar o sentido das normas específicas do processo administrativo nas hipóteses de inexistência de uma regulamentação mais minudente, reforçando o tratamento dado a um determinado assunto, como também para colmatar lacunas dos diversos regramentos setoriais existentes.¹

1 Nesse sentido: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015,

Fixado esse ponto, e dentre os vários pontos de intersecção existentes entre o Processo Civil e o Processo Administrativo, pareceu-nos relevante examinar os reflexos do art. 489 do NCPC sobre a atividade decisória desenvolvida no âmbito do processo administrativo.

Ainda que os aspectos atinentes à motivação do ato administrativo recebam tratamento relativamente homogêneo na doutrina e na jurisprudência, o NCPC parece trazer determinados parâmetros que podem ser utilizados para uniformização das decisões administrativas.

O tema suscita interesse porque, conquanto a Constituição da República estabeleça a competência privativa da União para legislar sobre “direito processual” (art. 22, inc. I), os entes federativos têm competência concorrente para legislar sobre “procedimentos em matéria processual” (art. 24, inc. XI), editando ainda o seu próprio Direito Administrativo, observadas, obviamente, as disposições do Texto Constitucional.

2 A IMPORTÂNCIA DO PROCESSO NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Antes, todavia, não podemos deixar de examinar o fenômeno da *processualidade*, tema que vem ocupando um lugar cada vez mais central no estudo do Direito Administrativo, sobretudo a partir da Constituição da República de 1988 e da Lei 9.784/1999.

Como sabemos, a ideia de processo não está restrita à função jurisdicional, sendo algo inerente ao exercício do poder estatal. Ou, nas palavras do Prof. Carlos Ari Sundfeld, “o processo (...) é o modo normal de agir do estado, sendo consequência direta da ideia de função”.²

p. 75; e CARDOSO, Oscar Valente. A aplicação das normas processuais no novo código de processo civil. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 150, pp. 83-84, set. 2015.
2 SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. **Revista de Direito Público**, n. 84, p. 67, out./dez. 1987.

A chave da compreensão da processualidade administrativa está no artigo 1º, *caput*, da Constituição da República, ao proclamar que a República Federativa do Brasil “constitui-se em Estado Democrático de Direito”.

E por que?

Primeiro, porque o regime democrático vai além da mera escolha dos representantes do povo, estendendo-se ao controle do exercício do poder titularizado pelo povo (art. 1º, parágrafo único).

Nessa perspectiva, “o processo administrativo surge como uma forma de superação da atuação estatal autoritária”³, transformando o cidadão num colaborador do administrador público, corresponsável pela gestão do interesse público e do bem comum.⁴

Ou seja, o controle da atuação estatal é potencializado não apenas porque o cidadão participa da formação da decisão administrativa, mas também porque são tornados públicos os atos praticados pelos diversos agentes ao longo de todo iter procedimental. Como adverte Egon Moreira, se anteriormente os atos administrativos se caracterizavam pela marca da unilateralidade e da impositividade, “atualmente precisam ser consensuais, obtidos mediante cooperação público-privada”.⁵

Assim, o processo reduz o déficit democrático da Administração Pública e legitima o agir estatal, pois que aproxima o cidadão do aparato administrativo e possibilita que participe da formação do ato estatal.

Depois, porque o Estado de Direito pressupõe a submissão do poder à lei, estando toda atuação administrativa sujeita à observância de parâmetros previamente estabelecidos. Ou seja, a processualidade contrapõe-se à ideia de um agir livre, conforme bem destacou Caio Tácito:

3 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, n. 209 (jul.-set. 1997), p. 194.

4 COMANDIRA, Julio R. **Derecho Administrativo**: acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios. Buenos Aires: Alebedo_Perrot, 1997, p. 133.

5 MOREIRA, Egon Bockmann. As várias dimensões do processo administrativo brasileiro (um direito-garantia fundamental do cidadão). **Revista de Processo**, n. 228, p. 48, fev. 2014.

“A liberdade administrativa cessa onde principia a vinculação legal. O executivo opera dentro de limites traçados pelo Legislativo, sob a vigilância do Poder Judiciário”.⁶

De outro lado, ao fazer com que a atividade administrativa corra sobre os trilhos da lei, o processo acaba por se transformar num instrumento de proteção dos direitos fundamentais que exijam uma atuação ou o reconhecimento do Estado, bastando que se pense no direito à justa indenização no caso das desapropriações (art. 5º, inc. XXIV) ou no direito à informação e a esclarecimentos dos entes públicos (art. 5º, incs. XXXIII e XXXIV, “b”). Assim, a conclusão a que se pode chegar é que a processualidade administrativa contribui decisivamente para o equilíbrio entre a autoridade estatal e direitos fundamentais dos cidadãos, como bem sintetizou Egon Moreira:

A principal preocupação daquele que estuda direito administrativo não hão de ser as ‘prerrogativas da Administração’, mas os ‘direitos do administrado’. O processo administrativo significa meio ativo de exercício e garantia dos direitos dos particulares, que têm condições de participar e controlar a sequência predefinida de atos anteriores ao provimento final.⁷

3 A ATIVIDADE DECISÓRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ÂMBITO PROCESSUAL

Especificamente quanto ao tema proposto, o regime jurídico das decisões administrativas pressupõe o enfrentamento de três questionamentos: “o que se decide?”, “por que se decide?” e “para que se decide?”⁸, que

6 TÁCITO, Caio. A administração e o controle de legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, n. 37 (1954), p. 1.

7 MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99. 4 ed., atual, rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 69.

8 SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução ao Processo Administrativo. In. MUÑOZ, Guillermo Andrés; SUNDFELD, Carlos Ari. **As leis de processo administrativo**: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 29.

correspondem à verificação, no caso concreto, da presença de elementos específicos do ato administrativo: o conteúdo, o motivo e a finalidade.

Rememorando a lição de Celso Antônio, conteúdo é o objeto do ato administrativo, “aquilo que o ato dispõe”; motivo “é o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato”; finalidade “é o bem jurídico objetivado pelo ato. (...) é o objetivo inerente à categoria do ato”.⁹

É justamente por meio da motivação que o agente público demonstra a presença de todos esses elementos, estabelecendo um liame entre a regra de competência abstratamente prevista em lei e a providência adotada no caso concreto.

Daí por que o Prof. Celso Antonio preleciona que “[m]otivação é a justificativa do ato. Nela se compreendem a exposição dos fundamentos de direito, dos fundamentos fáticos e da procedência da medida, em face não apenas de uma racionalidade abstrata, mas também em face das diretivas encampadas pelo sistema jurídico”.¹⁰

O dever de motivação das decisões administrativas está expressamente inscrito no art. 93, inc. X, da Constituição da República. Ainda que o dispositivo discipline a atuação do Poder Judiciário, acaba por se espalhar aos demais Poderes, já que toda a atividade administrativa se submete aos princípios insculpidos no art. 37, *caput*, não sendo lógico supor que uma mesma realidade tenha sido disciplinada de forma diversa pelo Texto Constitucional.

Mesmo que assim não fosse, o dever de motivação decorre dos princípios do devido processo legal e do contraditório (art. 5º, incs. LIV e LV).

Ora, se o processo é um modo pelo qual se concretiza a função administrativa, e se o princípio do contraditório se decompõe no binômio

9 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.393-405.

10 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Legalidade, motivo e motivação dos atos administrativos. **Revista de Direito Público**, n. 90, p. 65, abr.-jun. 1989 (destaques no original).

“informação/possibilidade de reação”, é a motivação dos atos administrativos que permite que os cidadãos conheçam o porquê do agir estatal, aferindo se suas ponderações foram realmente consideradas. Nesse sentido, inclusive, Luiz Guilherme Marinoni aponta a existência de um “direito fundamental à fundamentação das decisões”.¹¹

Em nível constitucional a Lei 9.784/1999 (que regula o processo administrativo em âmbito federal) estabelece a obrigatoriedade de o administrador realizar a “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão” (art. 2º, inc. VII).

O dever de motivação, que consta do respectivo art. 31, § 2º (ao conferir ao cidadão o direito de receber “resposta fundamentada” nas consultas formuladas), vem expressamente previsto no Capítulo XII (“Da motivação”): “Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: (...)”.

Ainda que o dispositivo contemple apenas oito hipóteses nas quais é necessária a motivação,¹² a doutrina entende que tal rol é meramente exemplificativo, estendendo-se tal dever a todas as decisões da administração pública.¹³ Concorde-se com a conclusão, pois que o princípio da legalidade não permite a seletividade da atuação administrativa no trata-

11 Ainda que o renomado autor trate da necessidade de justificação das decisões judiciais, suas conclusões são inteiramente aplicáveis ao processo administrativo, seara em que a motivação exerce a mesma *função política*: “justifica o exercício do poder e contribui para a evolução do direito”. (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 749-750).

12 I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

13 MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 236.

mento de um mesmo tema.

Sob o aspecto formal, os requisitos da motivação constam do art. 50, § 1º: “*A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.*”

Aqui é necessário um esclarecimento de ordem semântica e conceitual: parte da doutrina entende que é preferível o termo fundamentação, por compreender “a expressão dos pressupostos de fato e de direito, dos fundamentos jurídicos e práticos e da finalidade perseguida pelo ato”.¹⁴

Todavia, como o Texto Constitucional e a Lei de Processo Administrativo utilizam o signo “motivação”, de resto já consagrado na jurisprudência, tomaremos ambas os termos como sinônimos nesta apresentação.

4 A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O PROCESSO ADMINISTRATIVO: UMA PROPOSTA DE APROXIMAÇÃO

O *caput* do artigo 489 do NCPC elenca os elementos essenciais da sentença, com uma redação muito próxima do artigo 458 do Código atualmente em vigor.

O inciso II, que indica a necessidade da exposição dos fundamentos da decisão, encontra correspondência com o já referido artigo 2º, inciso VII, da Lei 9.784/99, que trata da obrigatoriedade da “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”.

A novidade foi introduzida pelo parágrafo 1º do artigo em referência, ao estabelecer:

14 REAL, Alberto Ramon. Fundamentacion del acto administrativo. **Revista de Direito Público**, n. 62 (abr.-jun. 1982), p. 9. No mesmo sentido: CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 147-149.

§ 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Considerando que não há na Lei 9.784/1999 disposições equivalentes, é oportuno examinar se o art. 489, § 1º, do NCPC se aplica subsidiariamente ao processo administrativo federal (que contém disciplina própria acerca da motivação das decisões), e supletivamente a outros processos administrativos que não contenham regulamentação específica quanto aos requisitos da decisão.

A pertinência da indagação decorre da observação de Carlos Ari Sunfeld:

Fazer incidir subsidiariamente esse regime normativo a um campo tratado em regras especiais significa aplica-lo àquilo que não tenha sido objeto de tratamento específico, sempre que as normas da lei geral não sejam contrárias às *normas* ou ao *sistema* da lei especial.¹⁵

15 SUNDFELD, Carlos Ari. **Introdução ao processo administrativo**, op. cit., p. 26 (destaques no original). A possibilidade de diálogo dos referidos diplomas legais encontra amparo, ainda, na própria Exposição de Motivos da Lei 9.784/99, na qual o Prof. Caio Tácito

Uma ressalva apenas: não se está a pretender a uniformização do tratamento das decisões administrativas e das decisões judiciais, ainda que em ambos os casos haja a aplicação da lei a casos concretos. É que, como diz Vieira de Andrade, as diferenças entre a função administrativa e a função jurisdicional fazem com que “não seja legítimo uniformizar as exigências da fundamentação formal das sentenças e dos atos administrativos”.¹⁶

Antes, a partir do núcleo comum de processualidade previsto na Constituição da República,¹⁷ análise que se propõe está relacionada ao incremento que o NCPC pode trazer ao estudo da motivação da decisão administrativa, potencializando as posições jurídicas do cidadão, conferindo mais legitimidade ao agir estatal e facilitando o controle da Administração Pública. Ou seja, conforme explica Bacellar Filho, trata-se da “ampliação das garantias processuais para mais de um quadrante do poder estatal”.¹⁸

5 CONSIDERAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO DO ART. 489, § 1º, DO NCPC AO ÂMBITO ADMINISTRATIVO

Uma primeira análise do art. 489, § 1º, do NCPC aponta no sentido de que muitas das suas disposições já constam da Lei 9.784/99 ou são tidas como indispensáveis por construção jurisprudencial.

registrou: “Adotou a comissão, como regra, o modelo de uma lei sóbria que, atendendo à essencialidade na regulação dos pontos fundamentais do procedimento administrativo, não inviabiliza a flexibilidade necessária à área criativa do poder discricionário em medida compatível com a garantia dos direitos e liberdades fundamentais.” (*Nota Prévia, Revista de Direito Administrativo*, n. 205 (jul./set. 1996), p. 350.

16 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O dever de fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1992. p. 16.

17 MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 46. No mesmo sentido: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A distinção entre processo e procedimento administrativo: consequências quanto ao regime jurídico e às garantias do processo disciplinar. *In. Reflexões sobre direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 93.

18 Idem.

A começar porque a determinação de uma motivação “explícita, clara e congruente” (art. 50, § 1º), somada à referida necessidade de “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão” (art. 2º, inc. VII), e ao direito que têm os administrados de “formular alegações” (art. 3º, inc. III), conduzem ao imperativo de aderência da decisão ao caso concreto, o que obstaria a mera indicação, reprodução ou paráfrase de atos normativos como sucedâneo de motivação.

E a corroborar tal entendimento, decidiu o Tribunal de Justiça do Paraná:

APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DECLARATORIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO SENTENÇA IMPROCEDENTE E EXTINÇÃO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA - PROVIDO LESÃO AO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO - MULTA APLICADA PELO PROCON PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NÃO OBSERVADOS - INVERSÃO DA SUCUMBÊNCIA RECURSO PROVIDO. 1. Não tendo o procedimento administrativo respeitado o devido processo legal, ampla defesa e contraditório, mostra-se ilegítima a multa imposta pelo PROCON. 2. As decisões no âmbito do processo administrativo devem ser motivadas. Motivar não significa mencionar que a situação fática se enquadra à norma hipotética. É necessário demonstrar e expor por que e de que modo a situação concreta se coaduna à previsão legal. 3. Ausente a fundamentação clara e congruente, não pode a decisão questionada prevalecer, impondo-se a declaração de sua nulidade.¹⁹

Todavia, vem em boa hora a aplicação subsidiária/supletiva da regra do inc. I à seara do processo administrativo, na medida em que contribuirá para debelar “(...)a utilização de ‘modelos’ adrede preparados, de relatórios ‘padronizados’ ou fundamentações genéricas, universais, que são simplesmente adaptadas ao específico caso a ser decidido, sem, entretanto,

19 PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. 4ª C.Cível, Ap. 684.691-3, Rel.: Luís Carlos Xavier – unânime, j. 26.10.2010).

atentar para suas efetivas especificidades e sem fornecer elementos seguros e suficientes para que o interessado possa, realmente, saber as razões e os motivos, de fato e de direito, que levaram à decisão”.²⁰

Quanto ao emprego de conceitos jurídicos indeterminados, que *grosso modo* são aqueles cujos contornos semânticos (antecedentes e/ou consequentes) não são totalmente delimitados, necessitando da atuação interpretativa de seu aplicador, a jurisprudência vem apontando sistematicamente a necessidade de que, em tais hipóteses, a decisão administrativa esclareça a sua pertinência no caso concreto.

Nesse sentido, é paradigmático o seguinte precedente ao Superior Tribunal de Justiça:

A margem de liberdade de escolha da conveniência e oportunidade, conferida à Administração Pública, na prática de atos discricionários, não a dispensa do dever de motivação. O ato administrativo que nega, limita ou afeta direitos ou interesses do administrado deve indicar, de forma explícita, clara e congruente, os motivos de fato e de direito em que está fundado (art. 50, I, e § 1º da Lei 9.784/99). Não atende a tal requisito a simples invocação da cláusula do interesse público ou a indicação genérica da causa do ato.²¹

Todavia, a pletera de julgados sobre o tema e os constantes reclamos da doutrina²² revelam que reiteradamente a insuficiência da motivação nos casos de utilização de conceitos indeterminados acaba por tolher os direitos dos administrados, daí por que o preceito do inc. II, que positiva critérios decisórios há muito reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência, tem in-

20 DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sergio. **Processo administrativo**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 240.

21 (S1, MS 9944/DF, Min. Teori Zavaski, DJU 13.06.2005, p. 157 – destaquei).

22 “Como se sabe, grande parte dos equívocos, no Direito e para além dele, reside justamente no mau emprego dos vocábulos, às vezes por uma originária imprecisão linguística, outras pela apropriação intencionalmente desviada de sua função precisa.” (FREITAS, Juarez. Os atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios. *In. Estudos de direito administrativo*. 2 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 140).

cidência em todas as espécies do processo administrativo, na medida em que concretiza o princípio do contraditório e contribui para o aperfeiçoamento do controle dos atos administrativos.

Dessa forma, doravante o administrador fica expressamente obrigado a explicitar o significado da norma invocada e, após, esclarecer as razões pelas quais ela incide no caso concreto.²³

Prosseguindo, o inc. III considera desprovida de fundamentação a decisão que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

Aqui uma observação prévia: a doutrina distingue *argumentos* de *fundamentos*, consistindo os primeiros em “variações do discurso que busca convencer o órgão julgador ao acolhimento dos *fundamentos* do pedido ou da defesa, e, conseqüentemente, ao acolhimento destes”.²⁴

A solução já era alvitrada pela doutrina,²⁵ encontrando reflexo também em sede jurisprudencial. Sirva como exemplo julgado do TRF da 2 Região que declarou a nulidade de sanção imposta pelo INMETRO porque a decisão administrativa não enfrentou todos as alegações formuladas na defesa da empresa autuada.²⁶

23 Cf. CARDOSO, Oscar Velente. O conteúdo mínimo da fundamentação das decisões judiciais no novo código de processo civil: comentários ao parágrafo 1º do art. 498. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 149 (agosto de 2015), p. 84.

24 AMARAL, Guilherme Rizzo; apud CARDOSO, o conteúdo..., op. cit., p. 86.

25 DALLARI; FERRAZ, op. cit., p. 244.

26 “ADMINISTRATIVO. MULTA. FALTA DE MOTIVAÇÃO NA DECISÃO QUE HOMOLOGOU O AUTO DE INFRAÇÃO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. - O inconformismo reside na falta de fundamentação das decisões administrativas, que homologaram os autos de infração com a imposição de multa à autora, sem que fosse levada em consideração a defesa apresentada. - O não conhecimento das alegações de defesa da empresa autuada constitui grave ameaça ao princípio constitucional da ampla defesa, que deve ser reconhecido não só no processo judicial como também nos procedimentos administrativos. - As decisões não se compatibilizam com a própria estrutura da Administração Pública estabelecida pela legislação em vigor, já que um dos requisitos obrigatórios de validade dos atos administrativos é a motivação. - Merece atenção o fato de que o vício contamina, tão-somente, a exigibilidade da multa cominada, já que os autos de infração nº 25448, 55310 e 26594 estão devidamente fundamentados na falta do conteúdo mínimo anunciado na embalagem dos produtos. - Recursos e remessa improvidos”. (TRF-2, T1, Ap.

E mais uma vez o princípio do contraditório impõe que o preceito seja aplicado também na seara administrativa, pois se ao cidadão é reconhecido o direito de “formular alegações”, obviamente que tais alegações têm de ser devidamente consideradas na construção da decisão administrativa.

Assim, na hipótese de acolhimento dos “fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas” (art. 50, § 1º, Lei 9784/97), se tais peças não contiverem o enfrentamento de todas as questões suscitadas, a autoridade administrativa deverá complementar a motivação de referidas peças.

Note-se, todavia, que o NCPC é claro ao estabelecer que devem ser obrigatoriamente enfrentados apenas os fundamentos relevantes da tese derrotada, isto é, aqueles cujo eventual acolhimento importariam a modificação da decisão administrativa.

Na sequência, o inc. IV alude à inexistência de fundamentação no caso de simples indicação de “precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”.

Em relação aos precedentes, deverá o administrador observar as disposições do art. 927 do novo Código de Processo Civil, destacando “os fundamentos determinantes” do precedente ou dos casos que deram origem ao enunciado das Súmulas que se ajustam ao caso.²⁷

Com efeito, o que vincula o administrador é *ratio decidendi* do precedente a ser cotejado com o caso concreto.²⁸

Disposição correlata é a do inc. VI, que considera carente de fundamentação a decisão que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

75196.95.02.03623-9, Rel.^a Des.^a Federal Liliane Roriz, DJU 06/10/2004, p. 88).

27 JORGE, Mário Helton. **Dos elementos da sentença**. Palestra proferida no Curso de Vitaliciamento de Juízes realizado em 20.10.2015 na cidade de Foz do Iguaçu.

28 ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 494.

A Lei 9.784/99 contempla previsão semelhante, ao realçar a necessidade de motivação quando os atos administrativos “deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão” (art. 50, inc. VII).

Em tais casos, compete ao administrador, ao afastar do caso concreto a incidência de “súmula, jurisprudência ou precedente”, realizar o *distinishing*, isto é, a “distinção entre os casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente.”²⁹

Note-se que a Constituição da República prevê hipóteses de precedentes do Supremo Tribunal Federal de observância obrigatória pela administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal: decisões de mérito proferidas no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade e Súmulas vinculantes (arts. 101, § 2º e 103-A).

Com o advento do NCPC, a Administração Pública deverá observar também os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

E importância dos precedentes na orientação da atividade administrativa vem realçada pelo artigo 496, § 4º, inc. IV, do NCPC, ao estabelecer que não estará sujeita à remessa necessária a sentença “proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público” quando a decisão esposar entendimento “coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa”.

Ou seja, o sistema instituído pelo NCPC acaba por privilegiar também o precedente administrativo, que, segundo Gustavo de Carvalho, “é a norma jurídica extraída por indução de um ato administrativo individual,

29 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 326.

do tipo decisório, ampliativo ou restritivo da esfera jurídica dos administrados, e que vincula o comportamento da Administração Pública para todos os casos posteriores e substancialmente similares”.³⁰

E num sistema judiciário em que o Poder Público ocupa a posição de maior litigante em todos os ramos da Justiça,³¹ a observância obrigatória dos precedentes servirá para dar previsibilidade à atuação estatal, garantindo a coerência do sistema jurídico e a uniformidade do tratamento dispensado aos cidadãos.³²

Por fim, o § 2º do art. 489 do novo CPC traz sem dúvida uma disposição de extrema relevância ao correto desempenho da função administrativa: “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

Ao se deparar com a colisão de *regras*, portanto, deve o administrador utilizar os critérios habitualmente empregados para a resolução de antinomias: lei superior derroga a inferior; lei posterior derroga a anterior; lei especial derroga a lei geral.

A colisão de *princípios*, por outro lado, deve ser enfrentada por meio da ponderação, com a superação/derrota de um dos princípios colidentes.

Fernando Andreoni Vasconcellos, em primoroso artigo sobre o tema, registra que o §º 2º do artigo em referência acaba por “privilegiar a racionalidade e a fundamentação em detrimento da discricionariedade e do puro subjetivismo”.³³

30 CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 121.

31 Dados disponíveis em http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em 06.11.2015.

32 Sobre a importância dos precedentes, aprofundar em MARINONI, precedentes, op. cit., p. 121 e ss.

33 VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Colisão entre normas, ponderação e o parágrafo segundo do art. 489 do NCPC. In. ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 354.

Por fim, não se pode esquecer da incidência do artigo 10 do novo CPC aos processos administrativos, como decorrência direta do princípio do contraditório.

Assim, a exemplo do que ocorre com o juiz, o administrador não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado aos cidadãos oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício, de modo a oportunizar que influenciem na formação do ato decisório.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em 1986 o Prof. Sérgio Ferraz, ao realçar a necessidade de reconstrução democrática de nosso Direito Administrativo, proclamou:

(...) é imperioso que elaboremos, generosamente, a teoria do processo administrativo no Brasil, como pressuposto da existência de uma atividade administrativa transparente, onde seja possível, na verdade, detectar, com nitidez, as linhas de atuação do administrador, os seus desvios e a incidência dos possíveis remédios corretivos a esses desvios.³⁴

Passados quase trinta anos desde que aquela admoestação veio a lume, podemos constatar que o processo administrativo se tornou um efetivo instrumento de defesa dos direitos dos cidadãos.

E, ao menos do que respeita aos parâmetros de fundamentação das decisões estatais, o novo CPC pode auxiliar na criação de uma Administração Pública mais transparente e dialógica, auxiliando na defesa dos direitos fundamentais e contribuindo para o delineamento de uma teoria da decisão administrativa.

34 FERRAZ, Sérgio. Instrumentos de defesa do administrado. **Revista de Direito Administrativo**, n. 165 (jul. /set. 1986), p. 15.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O dever de fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1992.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A distinção entre processo e procedimento administrativo: consequências quanto ao regime jurídico e às garantias do processo disciplinar. *In. Reflexões sobre Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CARDOSO, Oscar Valente. O conteúdo mínimo da fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil: comentários ao parágrafo 1º do art. 498. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 149, p. 80-88, ago. 2015.

_____. A aplicação das normas processuais no novo código de processo civil. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 150, p. 78-85, set. 2015;

CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015.

COMANDIRA, Julio R. **Derecho Administrativo**: acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios. Buenos Aires: Alebedo_Perrot, 1997.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Departamento de Pesquisas Judiciárias. **Relatório 100 maiores litigantes**. Brasília, 2011. Acesso em 08.11.2015. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf.

DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sergio. **Processo administrativo**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

FERRAZ, Sérgio. Instrumentos de defesa do administrado. **Revista de Direito Administrativo**, n. 165, jul./set. 1986, p. 15.

FREITAS, Juarez. Os atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios. *In*: _____. **Estudos de Direito Administrativo**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

JORGE, Mário Helton. Dos elementos da sentença. *In*. **Curso de Aperfeiçoamento de Juízes Vitaliciandos**. Palestra, 2015, Foz do Iguaçu.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDAUAR, Odete. A processualidade no Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Legalidade, motivo e motivação dos atos administrativos. **Revista de Direito Público**, n. 90, p. 57-69, abr.-jun. 1989.

_____. **Curso de direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010;

_____. As várias dimensões do processo administrativo brasileiro (um direito-garantia fundamental do cidadão). **Revista de Processo**,

n. 228, p. 37-49, fev. 2014.

REAL, Alberto Ramon. Fundamentacion del acto administrativo. **Revista de Derecho Público**, n. 62, p. 5-20, abr./ jun. 1982.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, n. 209, p. 188-222, jul.-set. 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. **Revista de Direito Público** 84, p. 64-74, out./dez. 1987.

_____. Carlos Ari. Introdução ao Processo Administrativo. *In*: MUÑOZ, Guillermo Andrés; SUNDFELD, Carlos Ari. **As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**. São Paulo: Malheiros, 2006;

TÁCITO, Caio. A administração e o controle de legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, n. 37, p. 1/11, 1954;

_____. Nota prévia ao projeto de lei sobre as normas gerais de processo administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, n. 205, p. 349-357, jul./set. 1996.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Colisão entre normas, ponderação e o parágrafo segundo do art. 489 do NCPC. *In*: ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et al. **Primeiros comentários ao novo código de processo Civil: artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015;

A Emendatio Libelli
e a Nova Dimensão do
Princípio Constitucional
do Contraditório

Fábio José Nanuncio Tavares

Pós-Graduando em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná, núcleo Maringá (2015). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2010-2014).

RESUMO

O princípio constitucional do contraditório, nos últimos anos, vem ganhando outra dimensão. Além de se referir à possibilidade de atividade das partes, deve garantir também sua influência no desenvolvimento processual e na formação das decisões, evitando que o juiz as surpreenda por decidir questão não debatida no processo, o que inclui até as matérias que podem ser conhecidas de ofício. Nesse contexto, o peculiar instituto do processo penal, conhecido como *emendatio libelli*, precisa ser repensado, pois se constitui em atividade oficiosa na qual o juiz modifica a capitulação do crime imputado, e que não raro surpreende principalmente a defesa, causando-lhe evidente prejuízo.

Palavras-chave: Contraditório; Dever de debate; *Emendatio Libelli*.

1 INTRODUÇÃO

A importância dos princípios no Direito é indiscutível, atualmente. E, como se sabe, o direito constitucional estrutura as bases e a principiologia dos demais ramos. É ele que impõe a obrigatoriedade de se cumprir o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal no processo civil, administrativo e penal.

E quando se fala em processo, seja ele qual for, a figura do contraditório é imanente.

Nota-se que o princípio do contraditório vem evoluindo conforme determinados paradigmas, influenciando no entendimento e aplicação de inúmeros institutos processuais.

Na ótica atual, o direito fundamental do contraditório não pode ser mais analisado tão somente em seus dois elementos tradicionais, a informação e a possibilidade de reação, mas, sim, como garantia de influência no desenvolvimento processual e sobre a formação das decisões, com inexistentes e reduzidas possibilidades de surpresa.

Ante essas premissas, e direcionando a lente ao processo penal, é que se vislumbra a desconformidade da atual aplicação do instituto da *emendatio libelli* com essa nova dimensão do princípio constitucional do contraditório, restando, portanto, necessária a sua compatibilização.

Por isso, no primeiro momento, aborda-se a diferença dos possíveis conceitos do termo princípio, enfocando a notável superioridade normativa dos princípios constitucionais, para depois analisar a evolução do contraditório. Após, é visto o que se compreende da *emendatio libelli*, para, ao final, fazer a compatibilização de sua aplicação com a nova dimensão do contraditório.

2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

2.1 O(S) CONCEITO(S) DE PRINCÍPIO(S)

O vocábulo “princípio” é utilizado pelos juristas com diferentes facetas e propósitos. Seu uso é seguramente um dos mais frequentes tanto no plano da produção teórica do direito, quanto no nível das práticas do cotidiano forense. É preciso cuidado, pois aqueles que operam com a linguagem jurídica nem sempre se preocupam em precisar o sentido desse termo.¹ O resultado é uma confusão conceitual ou, em outra análise, verdadeira guerra conceitual.

Para Gallupo, são duas as questões essenciais acerca dos princípios. A primeira a respeito de seu caráter normativo, o qual foi aceito por juspositivistas e jusnaturalistas, e a segunda referente à sua natureza e, conseqüentemente, ao seu conceito. E justamente nesta questão se verifica uma disputa dos teóricos do direito, notadamente entre o alemão Alexy e o estadunidense Dworkin, sobretudo no tocante à distinção entre regras e princípios.²

1 ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 281.

2 GALLUPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 143, jul./set. 1999, p. 191-192. Obviamente, essa disputa conceitual foge aos

Todavia, interessa, aqui, outra distinção, feita por Abboud, Carnio e Oliveira, que na verdade pode ser chamada de classificação dos princípios jurídicos, pela qual é possível perceber as rupturas entre três possibilidades de uso do conceito: os princípios gerais do direito; os princípios jurídico-epistemológicos; e os princípios constitucionais.³

Os primeiros remontam principalmente ao século XIX, quando da formação dos sistemas codificados de direito privado. Representavam, naquele momento, um abalo no ideal de completude que se imaginava da codificação francesa e na fórmula dedutivista de aplicação do direito criada pela pandectística alemã. Enfim, significavam “axiomas de justiça” que poderiam reforçar o sistema codificado em casos de lacunas legislativas.⁴

Os segundos, apesar de mesmo tempo histórico dos primeiros, possuem outro espaço de experiência. Os princípios jurídico-epistemológicos visam comandar e organizar o estudo de determinada disciplina científica do direito e, não necessariamente, dar uma resposta a um problema de aplicação do direito, o que pode até acontecer, mas será um efeito indireto.⁵

Já os últimos surgiram no contexto das transformações da teoria do direito após a Segunda Guerra Mundial. Nesse momento são associados às novas Constituições do pós-guerra, portanto, a toda sua carga política de busca por uma nova sociedade, além da possibilidade de instituição de um melhor governo, limitado e respeitador de direitos fundamentais, razão por que os princípios assumem um forte caráter pragmático. Quer dizer, assim como os princípios gerais de direito, atuam no contexto de aplicação, porém, a composição destes é axiomático-dedutiva, enquanto os princípios constitucionais são

limites deste trabalho.

3 ABBLOUD, 2014, p. 282. Nesse ponto, merece destaque a razão dessa distinção dada pelos autores: “... cada uma [assertivas sobre o conceito de princípio] possui uma origem específica em um determinado *espaço de experiência* que lhe projeta, ou lhe abre, um correspondente *horizonte de expectativa* que irá estabelecer as possibilidades semânticas de significação do conceito. Para facilitar a compreensão, podemos agrupar esses diferentes usos do conceito em três dimensões que comportam, do ponto de vista da história conceitual, um diferente espaço de experiência e um específico horizonte de expectativa.”

4 ABBLOUD, 2014, p. 282-283.

5 Ibid, p. 283-284.

fortemente pragmáticos.⁶

Além disso, é necessário destacar, mais uma vez com Abboud, Carnio e Oliveira, que “o conteúdo dos princípios constitucionais não é pré-definido por lei, muito menos pode ser livremente determinado pelos tribunais, isso porque eles são manifestação histórico-cultural que se expressa em determinado contexto de uma experiência jurídico-comum.”⁷

Do que foi dito neste tópico preliminar, a consciência da força normativa dos princípios, sobretudo, é claro, dos constitucionais, e de sua imprescindível análise histórico-evolutiva na formação de seus conteúdos são os pontos capitais para fixar as bases do presente trabalho.

2.2 A CONCEPÇÃO TRADICIONAL DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Comumente associado ao brocardo romano *audiatur et altera pars*, o princípio do contraditório, em sua face formal, já era natural aos gregos antigos, como se observa do célebre julgamento de Sócrates.⁸

Em sua definição clássica, portanto, tal princípio era compreendido como um dever do juiz de informar, anteriormente ao julgamento da causa, o réu sobre a existência de uma acusação, para que pudesse ofertar sua defesa. Assim era a visão do contraditório, pois tanto as afirmações quanto o material probatório eram levados ao processo pela atividade exclusiva das partes. Aos juízes cumpria tão somente julgar, não podendo buscar informações extras que auxiliassem essa tarefa. Quando muito, podiam demonstrar sua insatisfação com a atividade das partes, por meio do voto *non liquet*, cuja consequência era a repetição dos debates e apresentação de novas provas.⁹

6 ABBLOUD, 2014, p. 284.

7 Ibid, p. 293-294.

8 PLATÃO. **Apologia de Sócrates**: o banquete e Fedro. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010. p. 9-27.

9 ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**.

De modo geral, como cediço, ainda hoje o contraditório costumar ser identificado com a simples bilateralidade de audiência, tendo apenas as partes como destinatárias. Em duas palavras, fala-se da observância do binômio informação-reação. Ou seja, uma parte tem o direito de conhecer as alegações realizadas no processo pela outra e de contrariá-las.¹⁰

No entanto, parte da doutrina brasileira, em especial a processual civil, na esteira do direito comparado, há pelo menos mais de vinte anos¹¹, vem enxergando no princípio do contraditório muito mais do que apregoa essa concepção tradicional, o que, logicamente, implica em inúmeras consequências.

2.3 A NOVA DIMENSÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Além do citado binômio, cada vez mais o direito ao contraditório vem sendo entendido como o direito de participar do processo e influenciar no seu resultado.¹² Agora, o juiz, além do dever de velar pelo contraditório entre as partes, também tem o dever de se sujeitar a ele. Assim, todas as decisões definitivas devem pautar-se tão somente em questões de fato e de direito previamente debatidas pelas partes. Em suma, há proibição das chamadas decisões-surpresa, bem como o dever de consulta do juiz.¹³

Nesse contexto, é de especial interesse as questões jurídicas que po-

Curitiba: Juruá, 2012. p. 130.

10 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 68.

11 Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 18, n. 71, jul./set. 1993, p. 31-38. Talvez o primeiro a trabalhar com essa nova perspectiva no Brasil.

12 Por isso, Fredie Didier Júnior prefere agora falar em outro binômio ou, em suas palavras, “duas garantias”: participação e possibilidade de influência na decisão, que, segundo o autor, formam, respectivamente, as dimensões formal e substancial desse princípio. (DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 78-79.)

13 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 648.

dem ser conhecidas de ofício pelo magistrado. Desse modo, a nova dimensão (substancial) do contraditório impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, evitando decisões decorrentes de seus próprios convencimentos solitários, ou seja, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa.¹⁴

Tal visão atualíssima do contraditório como garantia de influência e não surpresa, todavia, só vem sendo discutida por processualistas civis¹⁵ e já encontra claro reflexo na sistematização do novo Código de Processo Civil, recentemente promulgado.¹⁶

Alheios a essa evolução, os processualistas penais continuam defendendo a nova capitulação oficiosa quando da *emendatio libelli*, ao arrepio do que hoje se concebe do contraditório.

3 EMENDATIO LIBELLI

3.1 PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA

Também denominado de princípio da congruência, a norma da correlação entre acusação e sentença obriga o julgador a guardar respeito ao fato imputado, quando profere decisão condenatória. Isto é, os limites da sentença

14 THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 168, 2009, *passim*.

15 Dentre outros, cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie. op. cit., p. 78-85; MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal comentada**. 1. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 132-133; NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 29, p. 73-85, 2004.

16 Eis a dicção de seu artigo 10: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.” (BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 15 set. 2015.)

penal encontram-se na peça inicial acusatória, não podendo o magistrado decidir além ou aquém dos fatos narrados pela acusação.

Esse princípio, como se percebe, constitui garantia ao réu, pois jamais poderá ser condenado pela prática de fato não descrito ou diverso daquele mencionado na denúncia ou queixa.

Em respeito a esta correlação, duas providências peculiares ao processo penal são costumeiramente utilizadas para adequação do fato imputado ao direito aplicável: a *emendatio libelli* e a *mutatio libelli*.

O problema sob reflexão refere-se à *emendatio libelli* em prejuízo do réu, haja vista que, de acordo com o entendimento atual, pode o juiz aplicar determinada norma que não foi objeto de debate entre as partes.

3.2 CONCEITO, FUNDAMENTOS, MODO E MOMENTO DE APLICAÇÃO

O artigo 383 do Código de Processo Penal¹⁷ disciplina o que a doutrina chama de *emendatio libelli*.

Tal instituto não cuida do surgimento de fatos novos, surgidos na instrução, mas sim de fatos que já integram a acusação, porém, devem ser objeto de mudança na definição jurídica.

O atual modo de aplicação baseia-se no questionável princípio *jura novit curia* (o juiz conhece o direito) e na antiga parêmia *narra mihi factum davo tibi jus* (narra-me o fato que te darei o direito); ou, como gostam os processualistas penais, o réu se defende dos fatos, e não da capitulação

17 “Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. § 1º. Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei. § 2º. Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos.” (BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 15 set. 2015.)

jurídica, ainda que resulte pena mais grave.¹⁸

Segundo esse entendimento, amplamente majoritário na doutrina e unânime na jurisprudência, como o réu se defende apenas dos fatos e não da mera tipificação legal, não há prejuízo quando o juiz age de ofício na modificação da classificação jurídica do delito, sem necessidade de oitiva prévia das partes.

Ademais, a regra é a aplicação da *emendatio* no momento de prolação da sentença. O próprio Código, em seu artigo 617, admite também sua aplicação até mesmo na fase recursal, desde que não agrave a pena quando só o réu recorre.

Questão polêmica diz respeito à possibilidade de aplicação *emendatio* no recebimento da denúncia. Hoje, predomina a ideia de que, em situações excepcionais, é viável sua aplicação, como, por exemplo, quando a nova qualificação altera a competência ou retira a hediondez do delito.

4 CRÍTICA À ATUAL APLICAÇÃO E A ADEQUADA INTERPRETAÇÃO DA EMENDATIO LIBELLI À LUZ DO CONTRADITÓRIO

Não há como negar as inúmeras mudanças desenvolvidas pelo constitucionalismo do último século, sobretudo, com a lógica de que qualquer norma jurídica só pode ser interpretada, compreendida e aplicada à luz da Constituição.

Assim como outras, a Constituição brasileira de 1988 assenta o Estado Democrático de Direito, colocando em evidência uma série de direitos e garantias, dentre eles, algumas processuais que formam o chamado modelo constitucional de processo. Com lugar de destaque, já se disse, a garantia do contraditório deve ganhar uma releitura democrática, ou seja,

18 Por todos, segue a lição de Hélio Tornaghi: “Teoricamente, o Código está certo: o réu deve se defender dos fatos de que é acusado. (...) Não cabe ao acusador proclamar em definitivo em que dispositivo legal o réu incidiu; isso é matéria de julgamento e, portanto, é ao juiz que compete enquadrar o fato na lei.” (TOMAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 168.)

ir além do mero dizer e contradizer, revelando-se como a possibilidade dos destinatários do provimento de influir na sua construção.

Hoje, falar tudo isso parece chover no molhado, pois muito se fala em filtragem e conformidade constitucionais do vetusto Código de Processo Penal de 1941, mas pouco se lembra de fazê-los quando da interpretação/aplicação da *emendatio libelli*.

Não se cuida, aqui, de bradar a inconstitucionalidade do dispositivo, mas de interpretá-lo/aplicá-lo conforme a Constituição. Dito de outra forma, a atual aplicação predominante se trata de um comportamento inconstitucional, na medida em que afronta o princípio constitucional do contraditório.

Como dito, a doutrina majoritária se contenta apenas em interpretar literalmente o artigo 383 do Código de Processo Penal, com o adorno de dois adágios latinos.¹⁹

19 Representando essa doutrina majoritária, que acaba refletindo na jurisprudência, eis a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho, de há muito um dos autores de direito processual penal mais utilizados nas faculdades brasileiras: “Cumprir observar, todavia, que no penal vigora o princípio do *jura novit curia*, isto é, o princípio da livre dicção do direito – o Juiz conhece o direito. Em outras palavras, vigora o princípio do *narra mihi factum tibi jus* (narra-me o fato e te darei o direito). A errada classificação do crime não impede, em princípio, a prolação de sentença condenatória. (...) Se a peça acusatória descrever o fato criminoso, mesmo tenha havido uma errada classificação da infração, não será obstáculo a que profira sentença condenatória. Afinal de contas, o réu não se defende da capitulação do fato, mas sim deste. Quando o réu é citado, dá-se-lhe conhecimento de fato que se lhe imputa. É desse fato que ele se defende. Assim, uma errada classificação da infração não pode constituir obstáculo à prolação de eventual sentença condenatória.” (TOURINHO FILHO, Fernando. **Processo Penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 4. p. 259.) E arremata: “É que, em todos esses casos, não há surpresa para a Defesa. O fato do qual o réu vai defender-se está perfeitamente descrito na peça acusatória. O Juiz vai apreciar esse fato. Nem teria sentido devesse o Magistrado vincular-se à capitulação feita pelo Acusador. Inteira aplicação tem, aqui, o refrão *narra mihi factum dabo tibus jus*. Certo que deve haver correlação entre sentença e acusação. Mas essa relação mútua há de verificar-se entre a sentença e o fato contestado, e não entre a decisão e a capitulação dada à *causa petendi*, que é o próprio fato. Assim, na *emendatio libelli* o fato é o mesmo, absolutamente o mesmo; o Juiz limita-se a corrigir a qualificação jurídico-penal.” (Ibid., p. 260.) Em complemento, some-se o escólio de Guilherme de Souza Nucci, autor de grande influência na atualidade, que, a despeito de reconhecer o entendimento contrário, discorda dele com, entre outros, o seguinte argumento: “As partes, certamente, irão renovar suas alegações finais, produzindo um burocrático e emperrado procedimento, sob o prisma de

Do ponto de vista dogmático, atualmente, não há como sustentar que dois princípios gerais do direito, que são o *juria novit curia* e o *narra mihi factum tibi jus*, prevaleçam diante de um princípio de envergadura constitucional como o contraditório.

Assim, em qualquer espécie de processo jurisdicional, mas em especial no processo penal, em que está em jogo a liberdade da pessoa, a garantia do contraditório deve ser compreendida e aplicada em sua máxima efetividade, de modo que as partes possam participar de todas as questões objeto da minuciosa análise do magistrado na prolação da sentença.

Em outras palavras, o juiz não pode dizer se o fato narrado amolda-se ou não a esse ou aquele tipo penal, sem antes buscar saber quais os argumentos das partes a respeito de eventual mudança na capitulação jurídica.

Tal interpretação vem de encontro com a nova dimensão do princípio do contraditório, já acolhida pela legislação processual civil, o que leva a crer que, sem entrar na polêmica acerca da existência da teoria geral do processo, há certa imunidade do direito processual penal frente às evoluções do direito processual.

Por outro lado, é necessário lembrar que alguns processualistas defendem, há tempos, a participação das partes quando visualizada a possibilidade de emenda da acusação. Um deles é Gustavo Badaró, para quem:

Desde que os fatos imputados permaneçam inalterados, pode o juiz dar-lhes definição jurídica diversa da constante da denúncia ou da queixa, mesmo sem aditamento dessas peças. Porém, antes de sentenciar, em respeito ao contraditório, deve o juiz convidar as partes e se manifestarem sobre a possibilidade de uma nova classificação jurídica dos fatos, evitando que sejam surpreendidas com a nova capitulação, sem que tenham a oportunidade de debatê-la. Embora o réu se defenda dos fatos imputados e não da classificação legal dos fatos, o certo é que o tipo penal exerce influência decisiva

uma Justiça já considerada extremamente lenta. (...) Enfim, apesar de ser regra existente em alguns outros sistemas normativos, parece-nos superfetação do princípio do contraditório e inócuo para a ampla defesa.” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 613.)

na condução da defesa, de forma que sua alteração poderia surpreendê-la.²⁰

Mais veemente, Benedito Pozzer obtempera, em suma, que:

Tal concepção de que o acusado se defende apenas dos fatos narrados – não é de todo correta. Situações existem em que o erro na classificação do delito, entranhado na denúncia ou queixa, pode provocar prejuízos à defesa e, consequentemente, a nulidade absoluta da sentença penal.²¹

Em arremate, não se defende uma excentricidade, desconhecida do mundo jurídico, tanto que o projeto que deu origem a Lei n. 11.719 de 2008, redatora do citado artigo 383, possuía em sua dicção originária a determinação de oitiva das partes antes da nova tipificação.²² Outras legislações contemporâneas, apenas citando uma próxima, como a portuguesa²³, também adotam essa prática.

20 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. 1. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 162-163.

21 POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2001. p. 152.

22 Art. 383 - O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. § 1º As partes, todavia, deverão ser intimadas da nova definição jurídica do fato antes de prolatada a sentença. (...)” (BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.207, de 2011**. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD30MAR2001VOLI.pdf#page=615>>. Acesso em: 15 set. 2015.)

23 Artigo 358 - Alteração não substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia. 1 - Se no decurso da audiência se verificar uma alteração não substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia, se a houver, com relevo para a decisão da causa, o presidente, oficiosamente ou a requerimento, comunica a alteração ao arguido e concede-lhe, se ele o requerer, o tempo estritamente necessário para a preparação da defesa. 2 - Ressalva-se do disposto no número anterior o caso de a alteração ter derivado de factos alegados pela defesa. 3 - O disposto no n.º 1 é correspondentemente aplicável quando o tribunal alterar a qualificação jurídica dos factos descritos na acusação ou na pronúncia. (PORTUGAL. **Código de processo penal**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=301&artigo_id=&nid=199&pagina=4&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>. Acesso em: 15 set. 2015.)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente ensaio, sem sabor de novidade, nada mais almejou do que engrossar o coro de alguns juristas por um “novo” olhar na construção da decisão penal no caso de necessidade de emenda judicial à acusação, acreditando que a discussão entre as partes e o juiz sobre nova capitulação da imputação garantirá um melhor provimento jurisdicional, além de homenagear princípio de natureza constitucional.

E justamente neste último aspecto reside o núcleo do problema. A inauguração da nova ordem constitucional alicerçando o Estado Democrático de Direito impôs, a toda evidência, uma nova postura teórica do jurista e prática do operador do direito. Os princípios de natureza constitucionais devem ganhar máxima efetividade. Não estão à toa na Constituição. O contraditório, se não visto como garantia de influência, não passa de mera ficção. Por isso, se o juiz profere sentença condenatória na qual a tipificação utilizada não foi debatida pelas partes nega-se a própria ideia de processo, em face da negativa ao princípio.

A novidade, talvez, seja comungar grande evolução da ciência do direito processual – que há muito fora percebida pela doutrina e atualmente recepcionada pelo legislador processual civil – com peculiar instituto do processo penal, mas que parece inóspita aos seus doutrinadores e operadores do foro criminal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: RT, 2000.

BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 15 set. 2015.

BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 15 set. 2015.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 4.207, de 2011**. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD30MAR2001VOLI.pdf#page=615>>. Acesso em: 15 set. 2015.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

GALLUPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 143, jul./set. 1999.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal comentada**. São Paulo: RT, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 29, p. 73-85, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 18, n. 71, p. 31-38, jul./set. 1993.

PLATÃO. **Apologia de Sócrates**: o banquete e Fedro. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

PORTUGAL. **Código de processo penal**. Disponível em: < http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=301&artigo_id=&nid=199&pagina=4&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>. Acesso em: 15 set. 2015.

POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 168, p. 107-141, 2009.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

TOURINHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 4. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Dever de Cooperação no Novo Código de Processo Civil

Larissa Kirsten Hetka

Graduada em Direito pela Instituição Centro Universitário Curitiba. Pós-Graduada em Direito Civil e Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-Graduada pela Escola da Magistratura do Paraná. Advogada.

RESUMO

O novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor em março de 2016, trouxe inúmeras novidades, dentre elas, o dever de cooperação, previsto no artigo 6º. O modelo processual brasileiro não mais será visto como um modelo inquisitivo ou dispositivo, mas sim como um modelo cooperativo, que busca instituir o diálogo entre os sujeitos processuais, visando atingir uma decisão de mérito justa e efetiva, dentro de um prazo razoável. Embora o dever de cooperação se destine a todos os sujeitos envolvidos na relação processual, sejam partes, peritos, advogados, juízes, terceiros, etc., é focado nos sujeitos que mais atuam no processo – as partes e o juiz. Estes estão sujeitos aos deveres inerentes à cooperação, quais sejam: dever de lealdade e boa-fé, esclarecimento, proteção, prevenção, consulta e auxílio. Ainda que haja uma discussão polêmica acerca da colaboração das partes entre si, estas devem, sim, cooperar entre elas. Deve-se ter em mente que a cooperação das partes é de ordem processual e não material. Assim, obviamente, a parte que coopera para um processo justo e efetivo, com duração razoável, não necessariamente é atingida no plano material. Não haverá, portanto, qualquer afronta a princípios protetores dos direitos e defesas das partes, que as impeçam de agir de forma cooperativa.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil; Dever de Cooperação; Modelo Processual Cooperativo; Deveres Inerentes à Cooperação; Sujeitos do Dever de Cooperação.

1 INTRODUÇÃO

Inúmeras são as novidades trazidas pelo novo código de processo civil. Logo nos primeiros artigos já é possível verificar uma dessas novidades: a positivação do princípio/dever de cooperação.

Não é de hoje que o modelo de processo cooperativo vem sendo abordado e defendido por doutrinadores, afinal, a cooperação se mostra cada vez mais relevante para o bom andamento dos processos judiciais. Para melhor entender o tema, trabalhar-se-á com alguns

questionamentos: a) Como surgiu o novo modelo de processo? b) O que é e qual o objetivo do princípio/dever de cooperação? c) A quem se destina?

As indagações estabelecidas servirão de escopo para entender a nova regra trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, que é o dever de cooperação.

2 COMO SURTIU O MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO

Até pouco tempo atrás eram dois os modelos de processos judiciais conhecidos: o modelo dispositivo/adversarial e o modelo inquisitivo.

O processo dispositivo é típico do Estado Liberal, no qual as partes eram responsáveis por dirigir o processo, ao passo que o magistrado se mantinha numa posição de neutralidade e passividade, responsável apenas por proferir a sentença. É comum encontrar doutrinadores se referindo aos juízes da época como “boca da lei”, eis que não tinham qualquer liberdade para interpretar as leis, mas tão somente aplicá-las. Neste sentido: “qualquer espécie de poder judicial era ignorado ou pelo menos muito atenuado: o juiz deveria permanecer totalmente estranho à direção do processo”.¹

O modelo inquisitivo, por sua vez, mostra-se oposto ao modelo dispositivo neste aspecto, pois é o juiz quem tem a direção do processo e não mais as partes. Neste modelo é dado ao juiz não só o poder de condução do processo, mas também o de buscar as provas necessárias para demonstrar os fatos, mesmo sem requerimento ou cooperação das partes.² A essência deste modelo está, portanto, na livre investigação dos fatos pelo julgador.

É fácil perceber que o modelo processual brasileiro, conforme o

1 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 66-67.

2 Neste aspecto, tendo o julgador o poder de buscar provas para comprovar determinada tese, torna-se comum que o faça para provar ideias preexistentes, o que acarretaria certa imparcialidade. Esta é uma das principais críticas a este modelo processual.

Código de Processo Civil de 1973, possui características de ambos os modelos citados acima, até porque não há como conceber um modelo processual puramente inquisitivo ou puramente dispositivo.³

No caso do Brasil, apesar de possuir características de ambos os modelos, ainda na vigência do código de Processo Civil de 1973 é cada vez mais aceita a ideia de um novo modelo de processo, com base na cooperação dos sujeitos processuais. Surgiu, a partir do equilíbrio dos modelos inquisitivo e dispositivo, e, ainda, da necessidade de evoluir o modelo processual, a ideia do processo cooperativo.

Acerca do modelo processual cooperativo, ensina Mitidiero:

O processo cooperativo parte da ideia de que o Estado tem como dever primordial propiciar condições para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária, fundado que está na dignidade da pessoa humana. **Indivíduo, sociedade civil e Estado acabam por ocupar, assim, posições coordenadas.**⁴ (original sem grifos).

Conforme ensina Carlos Alberto Alvaro de Oliveira acerca do formalismo processual, é necessário que haja uma ordem processual para que não ocorra uma “disputa desordenada”.

O formalismo processual contém, portanto, a própria ideia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento. Se o processo não obedece a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado a seu devido tempo e lugar, fácil entender que o litígio desembocaria numa disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário.⁵

3 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 122-123.

4 MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 114.

5 OLIVEIRA, 2010. p. 28-29.

Esta ideia de organização, juntamente com a busca pela concretização de princípios constitucionais, fundamenta a utilização do princípio/dever de cooperação⁶ como modelo de processo.

O intuito é privilegiar a isonomia entre os sujeitos processuais, estabelecendo o diálogo como essência. Esse diálogo se mostra extremamente necessário para participação das partes no processo, o que, inclusive, colabora para assegurar o contraditório e a ampla defesa.⁷

O processo cooperativo pressupõe um verdadeiro trabalho em equipe para chegar a um fim específico – uma decisão de mérito justa e efetiva.

A generosa ideia do *processo justo e equo*, que vem sendo cultuada pelos processualistas modernos, apóia-se na constatação de que dificilmente produzirá resultados substancialmente justos o processo que não seja em si mesmo justo – ou seja, aquele que for realizado sem o predomínio dos parâmetros político-liberais emanados das garantias constitucionais do sistema.[...] toda a vida do processo civil deve necessariamente ser permeada da mais estrita fidelidade aos princípios ditados na Constituição Federal; e de que o sistema processual inclui medidas de tutela específica destinadas à preservação das liberdades e dos valores da cidadania.⁸

Com a publicação do Novo Código de Processo Civil o modelo processual brasileiro tomou uma forma mais clara – passou a ser baseado num modelo cooperativo, cuja essência, ressalte-se, está na necessidade de haver um diálogo entre os sujeitos de um processo.

6 ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. Tese de Doutorado. Disponível em <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/handle/1884/31921>>. Acesso em: 10 de ago. 2015.

7 Cabe mencionar que o contraditório, no novo Código de Processo Civil, foi estabelecido como obrigatoriedade também nas decisões que o magistrado pode proferir de ofício, ou seja, mesmo que o juiz verifique a prescrição, por exemplo, deve oportunizar a manifestação das partes acerca da matéria.

8 DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 185.

3 O QUE É E QUAL O OBJETIVO DO DEVER DE COOPERAÇÃO

A colaboração, ou cooperação, como pressupõe a própria literalidade das palavras, significa trabalhar conjuntamente para um fim comum. Como já mencionado, implica um verdadeiro trabalho em equipe para atingir um objetivo. Quer dizer, os sujeitos processuais – sejam juízes, partes e seus procuradores, peritos, interessados ou quem quer que esteja envolvido na relação processual – devem trabalhar para que o processo progrida sem interferências desnecessárias, com a maior celeridade possível, com lealdade e boa-fé, obedecendo os procedimentos estabelecidos pela lei.

Cooperação (do latim *cooperacione*) significa ato ou efeito de cooperar. Cooperar (do latim *cooperare*, por *cooperari*) significa operar ou obrar simultaneamente; trabalhar em comum; colaborar, ajudar; auxiliar.

Cooperação intersubjetiva em direito processual significa trabalho em comum, em conjunto, de magistrados, mandatários judiciais e partes, visando a obtenção, com brevidade e eficácia, da justa composição do litígio.⁹

De maneira objetiva:

O dever de cooperação traduz-se em uma série de condutas impostas às partes, ao órgão jurisdicional e a terceiros, que devem colaborar entre si para que o processo alcance seu objetivo em um prazo razoável. [...] a participação das partes no sentido de cooperar para o cumprimento das decisões judiciais, sob esta perspectiva, não pode ser considerada mera faculdade ou ônus. Mais que isso, têm as partes o dever de cooperar, sendo também responsáveis pelos resultados do processo.¹⁰

9 GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A Função Legitimadora do Princípio da Cooperação Intersubjetiva no Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais. n. 172, jun. 2009. p. 35.

10 MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo civil moderno**: parte geral e processo de conhecimento. v. 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 58.

Analisando com maior profundidade, Daniel Mitidiero afirma:

A colaboração no processo civil é um *modelo de processo civil* e é um *princípio*.

A colaboração é um modelo de processo civil que visa a organizar o papel das partes e do juiz na conformação do processo. Em outras palavras: visa a dar feição ao formalismo do processo, dividindo de forma equilibrada o trabalho entre todos os seus participantes.

[...]

Para além de um modelo, a colaboração também é um princípio jurídico, ela impõe um *estado de coisas* que tem de ser promovido. O fim da colaboração está em servir de elemento para a organização de processo justo idôneo a alcançar decisão justa. Para que o processo seja organizado de forma justa os seus participantes têm de ter posições jurídicas equilibradas ao longo do procedimento.¹¹

Apartir dos conceitos colacionados pode-se entender que a cooperação, além de um modelo de processo, é um princípio/dever que preconiza o diálogo entre os sujeitos processuais e o trabalho conjunto para chegar a um determinado fim, no caso, uma “decisão de mérito justa e efetiva”.¹²

Conforme dispõe o artigo 6º do Novo Código de Processo Civil, o dever de cooperação tem por finalidade a obtenção de uma decisão de mérito justa e efetiva, dentro de um prazo razoável.

A questão é: como chegar a uma decisão justa e efetiva dentro de um prazo razoável?

A doutrina tem se manifestado no sentido de estabelecer obrigações que compõe o dever de cooperação e, cumprindo-os, chegar ao objetivo – uma decisão de mérito justa e efetiva.

11 MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil como Prêt-à-porter? Um convite ao Diálogo para Lenio Streck. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 194, abr. 2011. p. 57-61.

12 BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de processo civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 15 de ago. 2015.

As partes, visando cooperar com o processo, tem o dever de: a) esclarecimento; b) lealdade; c) proteção.

Vejam algumas manifestações desses deveres em relação às partes: a) *dever de esclarecimento*: os demandantes devem redigir a sua demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia; b) *dever de lealdade*: as partes não podem litigar de má-fé (arts. 79-80 do CPC), além de ter de observar o princípio da boa-fé processual (art. 5º, CPC); c) *dever de proteção*: a parte não pode causar danos à parte adversária (punição ao atentado, art. 77, VI, CPC; há a responsabilidade objetiva do exequente nos casos de execução injusta, arts. 520, I, e 776, CPC).¹³

O juiz, por sua vez, tem o dever de: a) lealdade; b) esclarecimento; c) prevenção; d) consulta; e) auxílio¹⁴.

O órgão jurisdicional tem o *dever de lealdade*, de resto também consequência do princípio da boa-fé processual, conforme já examinado.

O *dever de esclarecimento* consiste no dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo, para evitar decisões tomadas em percepções equivocadas ou apressadas.

[...]

O *dever de esclarecimento* não se restringe ao dever de o órgão jurisdicional esclarecer-se junto das partes, mas também o dever de esclarecer os seus próprios pronunciamentos para as partes.

[...]

O *dever de consulta* é variante processual do *dever de informar*; aspecto do *dever de esclarecimento*, compreendido em sentido amplo. Não pode o órgão jurisdicional decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida *ex officio*, sem que sobre elas sejam as partes intimadas a se manifestar. Deve o juiz consultar as partes

13 DIDIER JÚNIOR, 2015. p. 127-128.

14 MITIDIERO, 2011. p. 114.

sobre esta questão não alvitrada no processo, e por isso não posta em contraditório, antes de decidir.¹⁵

Cumprir verificar, mesmo que brevemente, os referidos deveres:

O dever de lealdade está intimamente ligado ao princípio da boa-fé processual, o qual está ligado ao princípio da boa-fé do direito privado.

A consagração do princípio da boa-fé processual foi resultado de uma expansão da exigência de boa-fé do direito privado ao direito público. [...] Na verdade, a boa-fé objetiva expandiu-se para todos os ramos do Direito, mesmo os “não civis”. *Sempre que existe um vínculo jurídico*, as pessoas envolvidas estão obrigadas a não frustrar a confiança razoável do outro, devendo comportar-se como se pode esperar de uma pessoa de boa-fé. Como acontece com qualquer relação jurídica, a boa-fé recai também sobre as relações processuais.¹⁶

No processo civil, defende Mitidiero, a boa-fé pode ser dividida em quatro grupos:

A força normativa da boa-fé no processo civil no seu aspecto objetivo pode ser sentida a partir de quatro grupos de casos: a) a proibição de criar dolosamente posições processuais; b) a proibição contra o *venire contra factum proprium*; c) a proibição de abuso dos poderes processuais e d) a *supressio* (perda de poderes processuais em razão do seu não exercício por tempo suficiente para incutir no outro sujeito a confiança legítima de que esse poder não será mais exercido). São proibições oriundas da cláusula geral de boa-fé processual contida no art. 14, II, CPC.¹⁷

Cabe mencionar que o art. 14, II, do Código de Processo Civil de 1973 passou a ser o art. 5º, do novo código, com a seguinte redação: “Aquele que

15 MITIDIERO, 2011. p. 128-129.

16 DIDIER JÚNIOR, 2015. p. 105-106.

17 MITIDIERO, 2011. p. 107.

de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.”¹⁸ Assim, embora a boa-fé tenha capitulação própria no Código de Processo Civil, também está embutida no dever de cooperação.

A cooperação não significa assunção de culpa. [...] Exige-se, na realidade, a boa fé objetiva como comportamento e uma atuação limpa dos litigantes, reprovando-se o uso de artifícios e ardis para distorcer os fatos e retardar a entrega da prestação jurisdicional.¹⁹

Ainda sobre a divisão da boa-fé, nota-se que os quatro grupos mencionados colaboram para um processo cooperativo e, conseqüentemente, efetivo. A ideia da boa-fé, inserida no contexto da cooperação, é, portanto, evitar determinados comportamentos que possam causar prejuízo ao bom andamento processual e, eventualmente, às partes, assim como evitar atos atentatórios à dignidade da justiça.

O dever de esclarecimento está direcionado tanto às partes quanto ao juiz. Às partes, para que supram eventuais dúvidas acerca dos fatos ou dos fundamentos jurídicos que embasam seus pedidos²⁰, colaborando para que o julgador tenha ciência de todas as alegações com máxima clareza e objetividade possível.

A propósito, cabe um parêntese para destacar que a objetividade e clareza das petições apresentadas pelos procuradores das partes tem fundamental importância no processo cooperativo. O advogado é a linha intermediadora entre a comunicação das partes e do juiz, sendo de extrema influência a boa redação de suas peças processuais, para que esteja

18 BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de processo civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> acesso em 15 ago. 2015.

19 MAZZOLA, Marcelo. **Dever de cooperação no novo CPC: uma mudança de paradigma**. Disponível em < <http://justificando.com/2015/06/08/dever-de-cooperacao-no-novo-cpc-uma-mudanca-de-paradigma/>> Acesso em 21 ago. 2015.

20 SANTOS, Igor Raatz dos. Processo, Igualdade e Colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 192, fev. 2011. p. 68.

suficientemente clara e objetiva à leitura do magistrado e da parte adversa. A petição bem redigida é exemplo claro de cooperação tanto com o órgão jurisdicional quanto com a parte contrária que, compreendendo a redação, poderá exercer o contraditório de maneira mais eficiente.

Voltando ao ponto, ensina Igor Raatz:

A matéria a ser esclarecida pode dizer respeito tanto aos fatos da causa, quanto às questões jurídicas, estando situado nesses dois planos. No primeiro, diz respeito a qualquer esclarecimento que o julgador pretenda obter sobre a alegação dos fatos da causa, de modo a ter perfeita compreensão do seu conteúdo. No segundo, às partes pode ser pedido que esclareçam a sua posição quanto aos fundamentos de direito do pedido e das exceções.²¹

Ao juiz, é cabível exigir o cumprimento do dever de esclarecimento das partes, mas também é seu dever esclarecer suas próprias decisões²², ou seja, proferir decisões claras e fundamentadas.

O dever de proteção, na visão de Didier, diz respeito à proibição de causar dano à parte adversa.²³ Há, claramente, uma ligação com a boa-fé, vez que atitudes ardilosas certamente causam dano ao outro.

Além disso, a visão que as partes tendem a ter da parte adversa é voltada à inimizade e, por mais que esta visão permaneça – não deveria –, devem agir de forma a não prejudicar a outra. Quer dizer, a ética, a boa-fé e o intuito de não prejudicar devem estar sempre presentes, afinal, um processo não é um campo de batalha, mas uma forma civilizada de compor litígios, onde é dada às partes a oportunidade de expor seus pedidos, argumentações e defesas para que um terceiro imparcial – o magistrado – julgue o caso.

O dever de prevenção, inerente ao magistrado, orienta a prevenir as partes acerca das consequências de determinadas deficiências processuais. Assim, verificada a ausência de algum pressuposto processual, por exemplo,

21 SANTOS, 2011. p. 68.

22 DIDIER JÚNIOR, 2015. p. 128.

23 Idem.

o magistrado, ao invés de indeferir a petição inicial desde logo, determina que a parte a emende, sob pena de indeferimento. Destaque-se que a penalidade deve estar exposta, alertando/prevenindo a parte acerca do não cumprimento da determinação.

O dever de consulta não está presente somente na cooperação processual. Ele advém, também, do princípio do contraditório. Neste aspecto:

Na quadra teórica do formalismo-valorativo, pois, o direito ao contraditório leva à previsão de um dever de debate entre o juiz e as partes a respeito do material recolhido ao longo do processo. [...] denota a necessidade de todo e qualquer elemento constante da decisão ter sido previamente debatido entre todos aqueles que participam do processo.

Dentro de um processo organizado a partir da necessidade de colaboração é absolutamente indispensável tenham as partes a possibilidade de se pronunciar sobre tudo o que pode servir de ponto de apoio para a decisão da causa, inclusive quanto àquelas questões que o juiz pode apreciar de ofício. Vários ordenamentos, aliás, preveem expressamente esse dever de debate, de consulta do órgão jurisdicional às partes. [...] Fora daí há evidente violação à cooperação e ao diálogo no processo, com afronta inequívoca ao dever judicial de consulta, e ao contraditório.²⁴

Diz-se que o magistrado tem o dever de consultar as partes acerca de determinada matéria, para só então proferir a respectiva decisão, a fim de evitar a surpresa das partes. Saliente-se que mesmo que a matéria da decisão possa ser reconhecida de ofício pelo magistrado, este deve, antes de proferir a decisão, intimar as partes para que se manifestem acerca do tema. Também neste sentido:

Assim, o princípio do contraditório caracteriza-se através da participação das partes no processo, e do *diálogo* que deve ter o órgão jurisdicional com as partes. Desta concepção do princípio decorrem várias consequências, como a de que não pode o órgão jurisdicional proferir

24 MITIDIERO, 2011. p. 150-152.

decisão com surpresa para as partes. Reconhece-se que, mesmo em se tratando de temas a respeito dos quais deva o juiz manifestar-se *ex officio*, deve o órgão jurisdicional, atento ao princípio do contraditório, ouvir a parte interessada, evitando-se, com isso, a prolação de “decisão-surpresa” para a parte, o que não se coadunaria com o princípio do contraditório.²⁵

Acerca do **dever de auxílio**, tem-se a ideia de que cabe ao órgão jurisdicional auxiliar as partes que encontram dificuldades extremas ou impossibilidades de praticar seus respectivos ônus processuais.²⁶

Um dos exemplos dados por Igor Raatz diz respeito à requisição do juiz, a órgãos públicos, para que forneça o endereço da parte que não foi encontrada.²⁷ O ônus de indicar a qualificação do réu, inclusive endereço, em regra, é do autor. No entanto, não é difícil constatar que muitas vezes a busca pela localização do réu se torna demasiadamente penosa para a parte autora.

De tal modo, deve o magistrado auxiliar a parte no sentido de expedir ofício a órgãos públicos ou mesmo empresas como distribuidoras de energia elétrica, saneamento básico, telefonia, etc., requerendo o fornecimento de endereço, caso exista em seus cadastros.

Por meio do cumprimento destes deveres, estar-se-á obedecendo ao dever de cooperação, positivado no Código de Processo Civil de 2015.

4 A QUEM SE DESTINA O DEVER DE COOPERAÇÃO

Já foi mencionado que as partes e o juiz devem agir com cooperação, mas não é só a eles a imposição desse dever. Conforme menciona o art. 6º, CPC/2015, todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si.

Todos os sujeitos envolvidos na relação processual estão adstritos ao

25 MEDINA; WAMBIER, 2013. p. 69-70.

26 SANTOS, 2011. p. 72.

27 Ibid, p. 73.

princípio/dever de cooperação, sejam partes, peritos, advogados, julgadores, etc. Todos devem trabalhar conjuntamente para que o processo siga de forma ordenada e sem entraves. No entanto, os sujeitos mais atuantes no processo são as partes e o juiz, por isso a discussão central se fixa neles.²⁸

A polêmica se assenta na cooperação das partes entre si. Embora alguns doutrinadores defendam que a “colaboração no processo civil não implica colaboração entre as partes”²⁹, não há como concordar de plano com esse entendimento.

Não há, e nem pode haver qualquer dúvida com relação à extensão do dever de cooperação: as partes têm, sim, o dever de cooperar entre si. Qualquer interpretação em contrário representa manifesto retrocesso na compreensão do significado da probidade processual que deve permear a prática de todos os atos no processo. A supressão da referência quanto à cooperação recíproca fecha as portas processuais para o compromisso, ética e moralidade.³⁰

O que precisa ser entendido é que a cooperação das partes é direcionada ao processo, não exatamente ao dever de colaborar com a parte contrária no sentido de fazer prova contra si, ou intervir negativamente no seu direito material³¹, exceto, claro, quando a própria lei determina, como é o caso do executado que tem o dever de indicar bens à penhora.³² Até porque, se assim

28 GOUVEIA, 2009. p. 33.

29 “E aqui importa desde logo deixar claro: *a colaboração no processo civil não implica colaboração entre as partes*. As partes não querem colaborar. A colaboração no processo civil que é devida no Estado Constitucional é a claboração do juiz para com as partes. Gize-se: não se trata de colaboração entre as partes. As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio (obviamente, isso não implica reconhecer o processo civil como um ambiente livre dos deveres de boa-fé e lealdade, assunto correlato, mas diverso).” (MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prôt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 194 abr., 2011. p. 62).

30 BERALDO, Maria Carolina Silveira. O Dever de Cooperação no Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 198, ago. 2011. p. 459.

31 Ibid, p. 455-461.

32 SANTOS, 2011. p. 67.

fosse, haveria uma afronta brutal à Constituição, que prescreve que ninguém é obrigado a fazer prova contra si.

Não se quer, com isso, supor ou pressupor que a cooperação processual tenha qualquer influência negativa no direito material de cada parte: **trata-se de exigir cooperação no respeito** às regras e desenvolvimento processual que se estende tanto às partes, em seu relacionamento entre si, quanto ao juiz, em seu relacionamento com as partes.³³ (original sem grifos)

Como já mencionado anteriormente, Didier³⁴ correlaciona o dever de cooperação processual com o princípio da boa-fé no direito privado. Relativamente às partes, assim como os sujeitos devem agir com boa-fé nas relações interpessoais³⁵, as mesmas características desse princípio devem ser observadas nas relações processuais, tanto em relação às partes entre si quanto ao juízo.

O mesmo doutrinador esclarece que a aplicabilidade do princípio/dever da cooperação também se dá ao órgão jurisdicional, ou seja, ao juiz também deve ser aplicável a cooperação, devendo esclarecer, prevenir e consultar as partes, além, é claro, de agir com lealdade.³⁶

Portanto, conclui-se, o dever de cooperação está adstrito a todos os sujeitos processuais, em especial às partes e ao juízo.

33 SANTOS, 2011, p. 458.

34 “O mais difícil é, realmente, sistematizar os deveres processuais que decorrem do princípio da cooperação. Para tanto, convém valer-se de tudo o que já se construiu a respeito dos deveres decorrentes do princípio da boa-fé no âmbito do direito privado. O *dever de cooperação é um deles.*” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 127.)

35 “O que resta claro, todavia, é que a boa-fé não pode servir a qualquer fim. A doutrina brasileira, na esteira dos autores germânicos, atribui à boa-fé uma tríplice função, assim composta: (i) função interpretativa dos contratos; (ii) função restritiva do exercício abusivo de direitos contratuais; e (iii) função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal, como o dever de informação e o dever de lealdade.” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no código de defesa do consumidor e no novo código civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 35-36.)

36 DIDIER JÚNIOR, 2015. p. 127-128.

5 CONCLUSÃO

Diante da análise dos questionamentos expostos no início deste trabalho, pode-se concluir que o dever de cooperação, positivado no novo Código de Processo Civil, importa na tarefa de trazer as partes para um mesmo objetivo – uma decisão de mérito justa e efetiva. As obrigações inerentes ao dever de cooperação (lealdade e boa-fé, proteção, prevenção, esclarecimento, consulta e auxílio) coadunam para que esse objetivo seja alcançado, mas, para isso, exige-se que tanto as partes quanto o magistrado estejam dispostos a exercer a atividade processual conjuntamente.

A cooperação pressupõe um trabalho em equipe e é com essa ideia que o processo deve caminhar – com todas as partes ajudando e participando para chegar, em tempo razoável, a uma decisão de mérito justa e efetiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. Tese de Doutorado. Disponível em <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/handle/1884/31921>>. Acesso em: 10 de ago. 2015.

BERALDO, Maria Carolina Silveira. O dever de cooperação no processo civil. **Revista de Processo**, v. 36, n. 198, p. 456-462, ago. 2011.

BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de processo civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 15 de ago. 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 34 n. 172, p. 32-53, jun. 2009.

MAZZOLA, Marcelo. **Dever de cooperação no novo CPC**: uma mudança de paradigma. Disponível em <<http://justificando.com/2015/06/08/dever-de-cooperacao-no-novo-cpc-uma-mudanca-de-paradigma/>>. Acesso em: 21 de ago. 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo civil moderno**: parte geral e processo de conhecimento. v.1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao Diálogo para Lenio Streck. **Revista de Processo**, v. 36, n. 194, p. 55-68, abr. 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

SANTOS, Igor Raatz dos. Processo, Igualdade e Colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo. **Revista de Processo**, v. 36, n. 192, p. 47-80, fev. 2011.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no código de defesa do consumidor e no novo código civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Motivação: o Novo Código de Processo Civil e a Sentença Penal

Leandro Morett Goes

Pós-Graduando em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná - Núcleo Maringá. Graduado em Direito pela Faculdade Campo Real. Técnico Judiciário no Tribunal Regional Eleitoral do Paraná.

RESUMO

O artigo denominado Motivação: o novo código de processo civil e a sentença penal discorre acerca do dever constitucional de motivação das decisões judiciais frente às alterações provocadas pelo novo código de processo civil, e compara a previsão de requisitos da fundamentação com as decisões no âmbito penal.

Palavras-chave: Motivação; Decisões judiciais; Sentença penal; Novo código de processo civil.

1 INTRODUÇÃO

As sentenças judiciais contêm três elementos: o relatório, a fundamentação e o dispositivo. A primeira resume as alegações das partes e as ocorrências do andamento processual e a última conclui a resposta aos pedidos formulados. Na fundamentação o magistrado expõe as razões de fato e de direito, demonstrando a subsunção do fato à norma e a interpretação desenvolvida na formação da convicção.

Em que pese o dever de motivação das decisões já se encontrar consolidado em nosso sistema, com o advento do novo código de processo civil a pedra bruta foi lapidada com o estabelecimento de condições para que a decisão judicial seja considerada devidamente fundamentada, ampliando assim sua utilidade e aplicação. Contudo, entre os operadores do direito surgem adversários à nova regra sob o argumento de que os requisitos da fundamentação ocasionariam a morosidade jurisdicional, violando o princípio da duração razoável do processo.

Outra perspectiva é a fundamentação das decisões proferidas em ações penais, já que existe para o acusado a possibilidade de limitação de direitos fundamentais e o interesse da vítima e da sociedade na elucidação dos fatos. Considerando a relevância da motivação na seara

penal é pertinente a comparação com o regramento da fundamentação no novo Código de Processo Civil.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À DECISÃO JUDICIAL MOTIVADA

Observar uma criança na famosa “fase dos porquês” ajuda a entender a imprescindibilidade da motivação das decisões judiciais, responder: “porque sim” ou “porque não”, é ineficaz a satisfação da curiosidade infantil.

O ser humano é inquieto na busca pela compreensão, esse é inclusive um dos fatores de evolução da espécie. A motivação tem, portanto, a aptidão de convencer os destinatários da decisão judicial quanto à aplicação do direito do modo imparcial, justo e preciso.

Diante da pretensão resistida, seja pela controvérsia entre as partes litigantes na esfera cível, seja entre a prerrogativa punitiva do Estado e a defesa da liberdade do imputado pela prática de um fato típico no âmbito penal, temos o processo como instrumento para o exercício da jurisdição.

A fundamentação tem a função endoprocessual, ou seja, para as partes litigantes, as quais tem o direito de receber uma resposta do Judiciário, e uma vez inconformadas têm a possibilidade de interpor recurso. “Neste sentido, a lei coloca ao magistrado a obrigatoriedade de fundamentação de seus julgados, dando a ferramenta necessária às partes para compreensão de seu trabalho e discernimento quanto ao cabimento de recurso”.¹

A outra função da fundamentação da decisão é a extraprocessual ou exoprocessual, voltada à sociedade, que possibilita a fiscalização política e o controle da decisão e da própria função jurisdicional. “Assim, será mais fácil compreender porque a decisão judicial é um du-

1 SOARES, Marcelo Negri. Princípio da motivação das decisões judiciais. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZAROBBA, Orides. (Coord.). **Justiça e [o paradigma da] eficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 177.

plo discurso: um discurso para a solução do caso, dirigido às partes, e um discurso para a formação do precedente, dirigido à coletividade”.²

Basta acompanhar os noticiários para perceber que o direito desperta a atenção da população, sobretudo em assuntos relacionados à área criminal. Embora diversas vezes os veículos de informação sejam inconsistentes, a decisão judicial deve ser capaz de apresentar suas razões à sociedade.

Assim sendo, atualmente levantam-se opositores ao uso de linguagem rebuscada e de expressões latinas, pois isso dificulta o entendimento dos destinatários da decisão. Nessa percepção, o artigo “A Revolução da Brevidade” do professor Luís Roberto Barroso (atualmente Ministro do Supremo Tribunal Federal) traz a orientação:

O mundo jurídico, tradicionalmente, debate-se com duas vicissitudes: (a) a linguagem empolada e inacessível; e (b) os oradores ou escribas prolixos, que consomem sem dó o tempo alheio. [...] Nos dias atuais, a virtude está na capacidade de se comunicar com clareza e simplicidade, conquistando o maior número possível de interlocutores. A linguagem não deve ser um instrumento autoritário de poder, que afaste do debate quem não tenha a chave de acesso a um vocabulário desnecessariamente difícil.³

Decorre do princípio do devido processo legal o dever de motivação que permite o controle e legitima e a atividade jurisdicional. A imperatividade de motivação das decisões encontra amparo no fato de resultar numa intervenção do Estado-Juiz. Nota-se que a doutrina majoritária classifica o dever expresso no artigo 93, IX da Constituição Federal como um princípio constitucional.

Contudo outra corrente aduz que o dever de motivação encontra melhor acomodação no conceito de regra, pois o conflito entre princípios

2 DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. v. 2, 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 315.

3 BARROSO, Luís Roberto. A revolução da brevidade. Belo Horizonte: **MPMG Jurídico**, v.3, n. 12, p. 60-61, abr./jun., 2008, p. 60.

é resolvido pela técnica da ponderação, a qual seria inviável no tocante ao dever de motivação das decisões judiciais.

Como regra que é, o dever de motivar as decisões judiciais adquire feições de um comando constitucional pronto, perfeito, acabado; conseqüentemente, imponderável. Qualquer regra que venha a excepcioná-lo será inválida, pois inconstitucional. E nenhum caso concreto poderá afastar a sua incidência para dar prevalência a outros valores supostamente mais importantes. [...] Ainda que o dever de motivação pudesse ser ponderado, o magistrado ficaria compelido a explicar em sua decisão por que não iria motivar a decisão – um paradoxo insuperável.⁴

Destaca-se ainda que o pós-positivismo ampliou a importância da fundamentação. Durante o positivismo os juízes eram apenas reprodutores da letra lei, não possuindo discricionariedade para sua aplicação.

O pós-positivismo buscou o equilíbrio entre o naturalismo e o positivismo reconhecendo o a importância e os defeitos de cada uma das teorias, concedeu aos princípios a qualidade de norma.

Atualmente, reconhece-se a necessidade de uma postura mais ativa do juiz, cumprindo-lhe compreender as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e normas constitucionais, mormente com os direitos fundamentais. Em outras palavras, o princípio da supremacia da lei, amplamente influenciado pelos valores do Estado liberal, que enxergava na atividade legislativa algo perfeito e acabado, atualmente deve ceder espaço à crítica judicial, no sentido de que o magistrado, necessariamente, deve dar à norma geral e abstrata aplicável ao caso concreto uma interpretação conforme a Constituição, sobre ela exercendo o controle de constitucionalidade se for necessário, bem como viabilizando a melhor forma de tutelar os direitos fundamentais.⁵

4 LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 87-88.

5 DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 315.

Evidencia-se que o neoconstitucionalismo, além das conquistas dos direitos fundamentais, prega a concretude e efetividade dos direitos constitucionais, dando margem à criatividade, ou ativismo, judicial. Em consequência dilata-se a importância da fundamentação.

3 A FUNDAMENTAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Com a promulgação da Lei nº 13.105/2015 que institui o novo Código de Processo Civil, entre as diversas alterações, merece atenção o artigo 489 que apresenta os elementos da sentença e no seu § 1º exemplos de decisões judiciais que não podem ser consideradas fundamentadas.

Por oportuno, eis o dispositivo:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.⁶

Em que pese o conteúdo do artigo pudesse ser obtido do dever constitucional de motivação, o CPC/2015 apresenta expressamente um rol exemplificativo de decisões não consideradas fundamentadas. “Isso permite um controle mais efetivo dos pronunciamentos judiciais, reduzindo a margem de subjetividade quanto à percepção do que é e do que não é uma decisão fundamentada”.⁷

Quanto à decisão que se limita à indicação, reprodução ou paráfrase de ato normativo sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida, ressalta-se que a norma é o sentido extraído do texto legal por meio da interpretação, sendo necessário a exposição do caminho cognitivo trilhado pelo magistrado. “Cumprindo o chamado *roteiro semasiológico* - processo de atribuição de sentido às alegações de fato e ao texto normativo -, é preciso analisar se e de que modo a norma jurídica extraída do texto incide sobre aqueles fatos”.⁸

Ademais, ao tempo em que se professa o neopositivismo é inconcebível encenar uma fundamentação simplesmente transcrevendo a norma.

6 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de processo civil**. D.O.U. de 17.3.2015.

7 DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 326.

8 Ibid, p. 329.

Os conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, aqueles formados por expressões vagas, atendem a necessidade de construção normativa ampla com a capacidade de amoldar-se ao caso concreto, pois é certo que a burocracia da produção normativa não é capaz que acompanhar a transformação social. No mesmo sentido de flexibilidade do sistema, a Cláusula Geral é técnica legislativa cuja indeterminação abrange, além do conceito, a consequência jurídica.

Diante de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais a fundamentação deve conter a compreensão da noção vaga e as razões que justificam sua incidência. Acrescente-se que “as cláusulas gerais exigem concretização em vez de subsunção”,⁹ o que suscita uma interpretação criativa a qual deve estar explicitada na fundamentação.

Outra hipótese de nulidade é a fundamentação genérica que poderia a justificar qualquer outra decisão. Uma possível explicação para a frequência desses casos está na necessidade de produção judicial em série no estilo industrial. Contudo é imperioso que a fundamentação encontre correlação com o caso concreto e apresente com clareza e coerência as razões de decidir.

O aspecto de maior polêmica no artigo 489 está na incumbência de afastar todos os argumentos deduzidos no processo que possam contrariar a conclusão adotada pelo julgador. Isto porque há o entendimento na jurisprudência de que o magistrado não estaria obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes.

No entanto, o que se impõe é a apreciação de todos os argumentos da parte vencida, por outro lado para acolher o pedido do autor, ou reconhecer a tese de defesa do réu, com fundamentos cumulados é possível que análise de apenas um deles seja suficiente.

A parte vencida tem a pretensão de ver seus argumentos considerados na sentença, e também é relevante o prequestionamento da matéria para viabilizar eventuais recursos extraordinário e especial.

O novo Direito Processual Civil prestigia o sistema de precedentes no qual os fundamentos de uma decisão judicial servem de parâmetro para

9 DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 333.

casos análogos. Do mesmo modo que o magistrado tem de demonstrar a adequação do texto normativo ao caso concreto, deve fazê-lo em relação ao precedente. “Ao método de contraposição entre o caso concreto e o caso que ensejou o precedente dá-se o nome de distinção, *distinguishing* (ou *distinguish*), que deve ser realizado expressamente na fundamentação”.¹⁰

Portanto, para invocar o precedente ou enunciado de súmula na decisão judicial é preciso identificar seus fundamentos determinantes e demonstrar que a estes se ajustam o caso sob julgamento. Semelhantemente, quando há invocação da parte, a decisão que deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente deve demonstrar a existência de distinção no caso posto ou a superação do entendimento.

O parágrafo segundo do artigo 489 acrescenta a fundamentação no caso de conflito entre normas, sem fazer distinção entre regras e princípios, determinando a justificação do objeto e dos critérios gerais da ponderação efetuada.

Sabe-se que existem métodos hermenêuticos diferentes para a solução de conflitos entre princípios, ponderação, e entre regras, tudo ou nada. O que importa nesse ponto é que o magistrado deve registrar na fundamentação o caminho de interpretação percorrido para superar o embate normativo.

Enquanto o restante do artigo é direcionado para as atribuições do magistrado no desempenho da função, no parágrafo terceiro a imposição recai sobre as partes ao indicar que a interpretação da decisão judicial deve partir da conjugação de todos os seus elementos, tendo como norte o Princípio da Boa-fé.

A Decisão judicial deve ser capaz de convencer a parte vencida, a qual poderia até desistir do direito recursal cujos efeitos seriam a elevação do ônus sucumbenciais e a protelação do processo.

O debate que se levanta entre os operadores do direito e ainda pouco enfrentado ela Doutrina é se os requisitos da fundamentação maculariam o princípio da duração razoável do processo, especialmente em razão da exigência trazida no inciso IV do artigo em análise.

10 DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 339.

Contudo, infere-se que o rol do artigo 489 é exemplificativo e deduzível do dever de motivação, ou seja, o novo código de processo civil apenas registra as situações verificadas no cotidiano do judiciário em discrepância com o dever de motivação.

Como apontado o inciso IV, § 1º do artigo 489 reclama que sejam enfrentados todos os argumentos relevantes da parte vencida, ou seja, é possível considerar-se na decisão apenas uma das questões apresentadas pela parte vitoriosa. Acrescente-se que o Juiz pode desprezar as alegações impertinentes, sem relação com a causa, incapazes de influir na decisão.

A efetividade da celeridade processual depende de uma quebra de paradigma que abra espaço para o princípio da cooperação processual. O Poder Judiciário enfrenta uma crise de congestionamento processual, mas a solução não está na decisão instantânea que entrega a tutela com falhas na fundamentação. “A ideia que deve nortear o comportamento do juiz no momento de decidir é basicamente a seguinte: nada de superfluidade, nada que não seja necessário, mas tudo que seja necessário”.¹¹

Enquanto a eloquência era estimada no passado, a objetividade é inevitável na dinâmica do mundo contemporâneo, isso atinge os advogados que devem evitar o discurso prolixo e também o magistrado na fundamentação. Nesse espírito, a cooperação processual, como consequente da boa-fé, favorece a agilidade da tramitação processual.

4 A FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA PENAL

Conforme a teoria circular dos planos existe uma relação de interdependência entre o Direito material e processual. Tendo em mente esta ideia, destaca-se que o Direito Penal trata de direitos indisponíveis, tanto para o réu quanto para a vítima e a sociedade. Disso decorre a importância da fundamentação das decisões no âmbito criminal. “É com a fundamen-

¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O que deve e o que não deve figurar na sentença. *Revista da EMERJ*, v.2, n. 8, 1999, p. 47.

tação da sentença que são explicitadas as teses da acusação e da defesa, as provas produzidas e as razões do convencimento do juiz”.¹²

Há na doutrina críticas à existência de uma teoria geral do processo, defendendo a separação entre o processo civil e o processo penal, outros que a divisão do Direito em ramos tem apenas fins didáticos. Longe de adentrar nesse debate, é possível traçar um paralelo entre a fundamentação das decisões civis e criminais com base na Teoria do Diálogo das Fontes, pela qual se afirma que a o ordenamento jurídico deve ser concebido como um sistema em que as normas se complementam.

O Código de Processo Penal prevê no artigo 381 os requisitos estruturais da sentença:

Art. 381. A sentença conterá:

I - os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las;

II - a exposição sucinta da acusação e da defesa;

III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;

IV - a indicação dos artigos de lei aplicados;

V - o dispositivo;

VI - a data e a assinatura do juiz.

Quanto à fundamentação, que aqui nos interessa, o código expressa apenas que deve conter a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão e a indicação dos artigos de lei aplicados. No entanto, é pacífico na doutrina e na jurisprudência que a exigência de motivação da sentença penal vai muito além.

A motivação se faz necessária em todos os aspectos do julgado, em tudo o que o juiz decide em relação ao processo. Todas as questões preliminares arguidas pelas partes, as razões de opção de uma prova em detrimento de outra, assim como sua valoração, os fundamentos que levaram dar ao fato

12 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 1009.

esta ou aquela tipificação etc. O juiz, portanto, deverá sempre explicitar os motivos que o levaram a decidir. Isso se chama livre convencimento motivado.¹³

Uma sentença condenatória ou absolutória não pode simplesmente transcrever o tipo penal, mas deve justificar se restou provado ou não a materialidade e autoria do crime. Igualmente as decisões sobre homologação de flagrante, prisão temporária, quebra de sigilo telefônico, por exemplo, carecem da devida explicação quanto ao preenchimento dos requisitos legais.

Acompanhando essa noção, a seguinte decisão proferida em sede de *Habeas Corpus* desaprova a decisão que se limita a reproduzir artigos de lei:

No caso, tenho por desatendido o dever jurisdicional de fundamentação real das decisões. É que a ordem constritiva está assentada, tão somente, na reprodução de algumas das expressões do art. 312 do CPP. Pelo que não se enxerga no decreto de prisão o conteúdo mínimo da garantia da fundamentação real das decisões judiciais. Garantia constitucional que se lê na segunda parte do inciso LXI do art. 5º e na parte inicial do inciso IX do art. 93 da Constituição e sem a qual não se viabiliza a ampla defesa nem se afere o dever do juiz de se manter equidistante das partes processuais em litígio. Noutro falar: garantia processual que junte o magistrado a coordenadas objetivas de imparcialidade e propicia às partes conhecer os motivos que levaram o julgador a decidir neste ou naquele sentido.¹⁴

Quanto aos conceitos jurídicos indeterminados, citamos o exemplo do homicídio qualificado pelo motivo fútil (art. 121, § 2º, II), que depende da análise da peculiaridade do caso concreto e por isso requer que o magistrado explique o porquê da incidência da qualificadora. Igualmente a expressão

13 SCHMITT, Ricardo. **Sentença penal condenatória**: teoria e prática. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 26.

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 98.006**. Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 24-11-2009, Primeira Turma, DJE de 5-2-2010.

relevante valor social ou moral (art. 121, § 1º) força uma justificação da hipótese de ocorrência através da exploração dos fatos.

Se, por óbvio, qualquer decisão que invoca motivos que poderiam justificar qualquer outra decisão é nula, com maior razão no contexto criminal é necessário a correspondência com o caso concreto.

Do mesmo modo, deve a decisão penal enfrentar todas as teses de defesa no caso de condenação e as teses da acusação na sentença absolutória. É oportuna a advertência de que “as teses defensivas não são somente aquelas levantadas pela defesa técnica, mas também àquelas arguidas pelo acusado em seu interrogatório, o qual é reconhecidamente uma peça defensiva”.¹⁵

Assim, tendo em vista que o CPC/2015 ao demonstrar situações em que não se considera fundamentada a decisão judicial concretiza o dever de motivação previsto na Constituição, depreende-se que os referidos preceitos alcançam as decisões de matéria penal.

Por fim, registramos um posicionamento que reforça o raciocínio de aplicação do CPC/2015 às decisões do Processo Penal.

O Novo CPC traz regras úteis para se compreender os contornos do que sejam fundamentação e estrutura da sentença cível (artigo 489, NCPC). Por ser disciplina mais detalhada que a similar do CPP, algumas disposições são perfeitamente aplicáveis por analogia (art. 3º, CPP), com o fito de exigir que a sentença penal também seja adequadamente motivada (art. 93, IX, CF/1988), até porque aqui está em jogo o direito à liberdade.¹⁶

Ante o exposto constata-se que, preservadas as particularidades do processo penal, consubstanciado na teoria do diálogo das fontes é perfeitamente possível que as disposições do Novo Código de Processo Civil também sustentem as decisões na esfera criminal.

15 SCHMITT, 2015, p. 27.

16 TÁVORA, 2015, p. 1018.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Relembrando as lições aristotélicas de que a virtude constitui a mediação entre dois vícios opostos, um pelo excesso e outro pela deficiência, pode-se dizer que o ideal da fundamentação é constar todo e somente o necessário.

Como direito fundamental do jurisdicionado de obter uma decisão judicial concretizando o acesso à justiça, a motivação deve ser completa. Por outro lado, considerando o princípio da duração razoável do processo e que a objetividade constitui praxe hodierna, o discurso transbordante prejudica a efetividade.

Os magistrados que já tinham o devido esmero na fundamentação não terão dificuldades em adaptar-se ao CPC/2015. Podemos prever que serão abundantes os recursos fundados na tese de que a decisão do juízo *a quo* carece de fundamentação, fato que receberá a atenção dos tribunais e oportuna pacificação jurisprudencial.

Quanto às decisões criminais, é possível que o magistrado observe o artigo 489 do CPC/2015 com a finalidade de aperfeiçoamento, alinhado com a Teoria do Diálogo das Fontes e Teoria Circular dos Planos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **A revolução da brevidade**. MPMG Jurídico, Belo Horizonte, v.3, n.12, p.60-61, abr./jun., 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de processo penal**. D.O.U. de 13.10.1941 e retificado em 24.10.1941.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de processo civil**. D.O.U. de 17.3.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. 4. ed. Brasília: Secretaria de documentação, 2011.

BROCHADO, Mariá et. al. **Magistratura**: noções gerais de direito e formação humanística. Niterói: Impetus, 2012.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 1, 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. v. 2, 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: Jus Podivm, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O que deve e o que não deve figurar na sentença. **Revista da EMERJ**, v. 2, n. 8, 1999.

SCHMITT, Ricardo. **Sentença penal condenatória**: teoria e prática. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

SOARES, Marcelo Negri. Princípio da motivação das decisões judiciais. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides. (Coord.). **Justiça e [o paradigma da] eficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 168-221.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

Da Inaplicabilidade
da Contagem de Prazos
Processuais em Dias
Úteis (CPC/15, Art. 219)
ao Processo Eletrônico
(Lei 11.419/06)

Rogério de Vidal Cunha

Juiz de Direito do Estado do Paraná, Professor da Escola da Magistratura do Estado do Paraná – Núcleo de Foz do Iguaçu

RESUMO

O presente trabalho trata sobre a inaplicabilidade da regra estabelecida no art. 219 do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 16/03/2015) que determina que os prazos processuais sejam, contados somente em dias úteis. Será analisado a prevalência do regime especial da Lei 11.419/06 sobre a norma geral do NCPC, que será aplicável somente aos processos que tramitarem por meio físico.

Palavras-chave: Processo eletrônico; Prazos; Dias úteis.

1 INTRODUÇÃO

Após um período de 5 anos de tramitação no Congresso Nacional, em dezembro de 2015 foi aprovado pelo Poder Legislativo uma nova codificação processual civil, sancionada pela Presidência da República em 16 de março de 2015, como a Lei n.º 13.105/2015.

Dentre as várias inovações trazidas ao ordenamento jurídico pela novel codificação, destaca-se a figura do art. 219, que prevê que nos prazos processuais, excluídos, portanto, os prazos de direito material, sejam contados somente levando-se em conta os dias úteis, com a exclusão de feriados, sábados, domingos e os dias em que não haja expediente forense (NCPC, art. 216).

A nova codificação não é refratária ao processo eletrônico, ao contrário, em vários dispositivos à ele faz referência, sem, contudo, e nem poderia pois o processo eletrônico não se limita à jurisdição civil (Lei 11.419/06, art. 1º, §1º), esgotar o tema.

O presente trabalho busca analisar a inaplicabilidade dessa modalidade de contagem de prazos aos feitos que tramitam de forma eletrônica, na qual a regra há de ser a contagem contínua, somente aplicando-se a prorrogação do prazo nas hipóteses em que tenha como termo inicial ou final dia não útil.

2 O ART. 219 DO NCPC: ANÁLISE GERAL

Com a promulgação da Lei 13.105/2015 (NCPC), optou o legislador por não manter a regra do art. 178¹ do CPC/73, que fixava a contagem de prazos de forma contínua, criando a obrigatoriedade de contagem de prazos somente com o cômputo dos dias úteis, com exclusão daqueles mencionados no art. 216 na nova codificação processual civil.

Restou assim redigida a regra processual: Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se somente aos prazos processuais.

Sob o regime do CPC/73, Moacir Amaral do Santos² já criticava a possibilidade de contagem de prazos em dias úteis, ante a sua inconveniência à marcha processual, afirmando que:

A interrupção dos prazos criaria embaraços ao processo e feriria os princípios da brevidade e da utilidade. O processo teria paradas contínuas e incessantes. Por outro lado, o prazo interrompido, para depois prosseguir, beneficiaria a parte que dele se utilizar.

De fato, nunca foi tradição no processo civil brasileiro, a contagem de prazos somente dias úteis, tendo a legislação, desde o CPC/39³ mantido a contagem contínua, sendo, em verdade, a norma do art. 219, no mínimo, exótica na tradição processual brasileira.

1 Art. 178. O prazo, estabelecido pela lei ou pelo juiz, é contínuo, não se interrompendo nos feriados.

2 SANTOS. Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 1. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 257.

3 Art. 26. Os prazos serão contínuos e peremptórios, correndo em dias feriados e nas férias. Suspende-se-ão, entretanto, por obstáculo judicial criado pela parte ou superveniência de férias que absorvam, pelo menos, metade de sua duração, e nas hipóteses do art. 197, casos em que serão restituídos por tempo igual ao da suspensão.

O dispositivo confunde a prática de atos processuais com a contagem dos prazos processuais, criando, de fato, verdadeiro empecilho à marcha processual.

A limitação da prática de atos processuais aos dias úteis, é decorrência lógica da impossibilidade de realiza-los sem o funcionamento do ambiente forense, ou à portas fechadas, violando-se assim a publicidade (CF/88, art. 93, IX) dos atos processuais, mas a contagem de prazos em dias úteis representa retrocesso na garantia da duração razoável do processo.

Mas, a situação agrava-se, em termos de violação à duração razoável do processo, quando levamos em conta a aplicabilidade do art. 219 também aos chamados prazos impróprios. Para Nelson Nery Júnior⁴:

prazos impróprios são aqueles fixados na lei apenas como parâmetro para a prática do ato, sendo que seu desatendimento não acarreta situação detrimetosa para aquele que o cumpriu, mas apenas sanções disciplinares. O ato praticado além do prazo impróprio é válido e eficaz.

Os prazos impróprios mais relevantes são aqueles outorgados aos Magistrados e seus Auxiliares⁵, sendo que, em relação aos primeiros assim dispõe a norma processual:

Art. 226. O juiz proferirá:

I - os despachos no prazo de 5 (cinco) dias;

II - as decisões interlocutórias no prazo de 10 (dez) dias;

III - as sentenças no prazo de 30 (trinta) dias.

Esses prazos, havendo justa causa, podem ser excedidos pelos magistrados, por igual tempo, conforme a regra do art. 227 do NCPC. E são prazos processuais, de forma que também deverão ser contados em dias úteis, inclusive para configuração de excesso de prazo, para fins da

4 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2007. p. 443.

5 Novo CPC, Título IV, Capítulo II, Artigos 149 à 175.

representação prevista no art. 235 do NCPC:

Art. 235. Qualquer parte, o Ministério Público ou a Defensoria Pública poderá representar ao corregedor do tribunal ou ao Conselho Nacional de Justiça contra juiz ou relator que injustificadamente exceder os prazos previstos em lei, regulamento ou regimento interno.

§ 1º Distribuída a representação ao órgão competente e ouvido previamente o juiz, não sendo caso de arquivamento liminar, será instaurado procedimento para apuração da responsabilidade, com intimação do representado por meio eletrônico para, querendo, apresentar justificativa no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 2º Sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis, em até 48 (quarenta e oito) horas após a apresentação ou não da justificativa de que trata o § 1º, se for o caso, o corregedor do tribunal ou o relator no Conselho Nacional de Justiça determinará a intimação do representado por meio eletrônico para que, em 10 (dez) dias, pratique o ato.

§ 3º Mantida a inércia, os autos serão remetidos ao substituto legal do juiz ou do relator contra o qual se representou para decisão em 10 (dez) dias.

Luiz Rodrigues Wambier,⁶ também defende a aplicabilidade do art. 219 aos prazos impróprios, nos seguintes termos:

Ademais, a contagem em dias úteis não seria dirigida, se aprovada, apenas para aqueles que têm sido apontados como os seus grandes beneficiários, ou seja, os advogados. Juízes, peritos judiciais e todos quantos estejam sujeitos ao cumprimento de prazos, ainda que de prazos impróprios se trate, também serão beneficiados pela “folga” nos fins de semana. (...) Trata-se de medida que tem forte caráter de prestígio às classes profissionais sujeitas ao cumprimento de prazos impróprios e, ao meu ver, nada há de ilegítimo na proposta. Ao contrário, preservar-se-ão, quando vigente, os dias de descanso de enorme gama de profissionais, em respeito, até mesmo, à dignidade e incolumidade desses profissionais.

6 WANBIER, Luiz Rodrigues. **Inovações na contagem de prazos no projeto do novo CPC**. Disponível em: <<http://goo.gl/sgx6Q6>>. Acesso em: 18 de abr. 2015.

Penso no caso dos advogados que exercem solitariamente sua atividade, ou que a exercem em pequenas sociedades, inclusive em sociedades familiares. Penso, também, nos Promotores de Justiça e Defensores Públicos que exerçam suas funções em Comarcas que não disponham de outros profissionais com os quais possa haver divisão de encargos.

Wambier não é o único autor a fundamentar a importância do instituto na necessidade de garantir-se adequado repouso aos agentes jurídicos (Magistrados, Membros do Ministério Público e Advogados) nos finais de semana e feriados, Daniel Neves também justifica a importância da contagem de prazos em dias úteis no descanso dos agentes envolvidos⁷:

Sendo advogado militante no contencioso cível, não tenho como deixar de saudar efusivamente a novidade legislativa. Nem é preciso muita experiência forense para se compreender que com prazos em trâmite durante o final de semana o advogado simplesmente não tem descanso. Basta imaginar o termo inicial de contestação numa ação cautelar numa quarta-feira com feriado na quinta e sexta.

Ainda que beneficiado pela nova regra, posto que os prazos para decisão do magistrado serão computados também somente em dias úteis, tenho que, por mais benéfica que possa ser a qualquer das classes que compõem os pilares da administração da Justiça (Magistratura, Ministério Público e Advocacia Pública e Privada), o dispositivo representa ataque frontal à celeridade processual, e à duração razoável do processo, pois não há justificativa para a contagem de prazos somente em dias úteis senão o simples e puro interesse corporativo, contudo, para nós, os interesses individuais de qualquer classe profissional não estão acima dos ditames da Constituição.

Com toda a admiração que nutrimos pelos dois autores citados acima, mas enquanto nós descansamos os jurisdicionados não descansam em

7 NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Novo CPC**: código de processo civil, lei 13.105/2015 inovações, alterações, supressões comentadas. São Paulo: Método, 2015. p. 178.

sua pretensão de ver o processo resolvido; juízes, membros do Ministério Público e advogados bem descansados não são fatores para resolver os quase 100.000.000 (cem milhões) de processos que assolam a justiça brasileira, o combate ao tempo morto, esse sim é essencial e para isso em nada o dispositivo colabora, muito pelo contrário.

Humberto Theodoro Júnior ensina⁸ que: a primeira grande conquista do Estado Democrático é justamente a de oferecer a todos uma justiça confiável, independente, imparcial e dotada de meios que a faça respeitada e acatada pela sociedade.

Para a materialização dessa conquista não basta a entrega da prestação jurisdicional, é necessária que ela seja entregue de forma célere, para tanto, se faz necessário que o sistema processual esteja aparelhado para tal mister, é uma vinculação constitucional, decorrendo diretamente da duração razoável do processo, que as normas processuais sejam capazes de concretizar essa conquista. Como disse Humberto Theodoro Júnior:⁹

O processo, instrumento de atuação de uma das principais garantias constitucionais – a tutela jurisdicional -, teve de ser repensado. É claro que, nos tempos atuais, não basta mais ao processualista dominar os conceitos e categoriais básicos do direito processual, como a ação, o processo e a jurisdição, em seu estado de inércia. O processo tem, sobretudo, função política no Estado Social de Direito. Deve ser, destarte, organizado, entendido e aplicado como instrumento de efetivação de uma garantia constitucional, assegurando a todos o pleno acesso à tutela jurisdicional, que há de se manifestar sempre como atributo de uma tutela justa.

Se há conquistas a serem obtidas, não estão no interesse das classes profissionais, mas sim, na conquista da jurisdição célere, sendo o art.

8 THEODORO JÚNIOR, Humberto: Celeridade e efetividade na prestação jurisdicional: insuficiência de reforma das leis processuais. **Revista dos Tribunais de Processo**, São Paulo, n. 125, p. 61-78, jul. 2005.

9 Ibid, p. 62.

219 afronta direta à duração razoável do processo, devendo ser, ainda na *vacatio legis*, corrigida pelo legislador, sob pena de, em vigor, ter a sua constitucionalidade contestada, justamente por violar a razoabilidade da duração processual, impondo à sociedade interesses que dela não são.

Como concluiu Humberto Theodoro Júnior:¹⁰

Surge, pois, além de conscientizar o judiciário e os órgãos auxiliares da necessidade de modernização, impor-lhe normas destinadas a romper a rotina, a ineficiência, o anacronismo, a lerdeza e a injustiça que tanto equivale a justiça tardia.(...) A lentidão da resposta da Justiça, que quase sempre a torna inadequada para realizar a composição justa da controvérsia. Mesmo saindo vitoriosa no pleito judicial, a parte se sente, em grande número de vezes, injustiçada, porque justiça tardia não é justiça e, sim, denegação de justiça.

O dispositivo em comento não contribui em nada com a entrega de uma prestação jurisdicional célere, pelo contrário, contribui para que seja entregue bem depois prejudicando justamente aquele que depositou no sistema de justiça as suas esperanças, e em benefício de quem?

É a resposta a esta pergunta que definirá a constitucionalidade da norma, se a resposta do leitor for qualquer outra além de “o jurisdicionado”, se está diante de clara inconstitucionalidade.

Como disse José Rogério Cruz e Tucci:¹¹

O processo é o instrumento destinado à atuação da vontade da lei, devendo, na medida do possível, desenvolver-se, sob a vertente extrínseca, mediante um procedimento célere, a fim de que a tutela jurisdicional emergja realmente oportuna e efetiva.

Pra tanto, afirma-se correntemente que os direitos subjetivos dos cidadãos devem ser promovidos da máxima garantia so-

10 THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 62.

11 CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual civil e penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 27.

cial, com o mínimo sacrifício da liberdade individual, e ainda com o menor dispêndio de tempo e energia.

Ainda que possa representar ganhos em termos de qualidade de vida aos agentes do mundo jurídico (juízes, membros do Ministério Público e advogados) a contagem dias úteis aumenta o tempo morto do processo de forma significativo pois não se está diante somente de um ou dois prazos, mas de todos os prazos processuais, do início ao final do processo, e isso ao custo da duração razoável do processo, sendo, assim inconstitucional, por mais bem intencionado que tenha sido o legislador.

3 INAPLICABILIDADE DA CONTAGEM EM DIAS ÚTEIS AO PROCESSO ELETRÔNICO

Independente da questão da constitucionalidade do art. 219 do NCPC, há de se analisar a sua aplicabilidade ao micro-sistema instituído pela Lei 11.419/2006.

A essência da questão está em identificar-se o motivo da necessidade de universalização da figura do processo eletrônico, não só como instrumento facilitador do acesso à jurisdição, mas também, como fator de aceleração do procedimento.

Estudo realizado em 2007 pela Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça¹², concluiu que do chamado “tempo morto”, ou seja, o tempo em que os autos esperam sem qualquer ato processual, 80% se refere à atividades cartorárias:

O tempo em que o processo fica em cartório é grande em relação ao tempo total de processamento. Descontados os períodos em que os autos são levados ao juiz para alguma

12 BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. **Análise da gestão e funcionamento dos cartórios judiciais**. 2007. Disponível em: <<http://goo.gl/Nq2s-FU>>. Acesso em: 18 de abr. 2015.

decisão ou retirados por advogados para vista e manifestação, eles ficam nos cartórios por um período equivalente a 80% (no cartório A) e 95% (nos cartórios B e C) do tempo total de processamento.

A grande missão do processo eletrônico, e por isso, toda a interpretação de seus institutos deve partir dessa premissa, é a redução do tempo ocioso no processo, com a substituição dos atos humanos por atos automatizados, ou automatizáveis, permitindo um melhor fluxo de trabalho e melhor aproveitamento de mão de obra.

Como ensina Marcelo Mesquita Silva:¹³

O processo eletrônico visa à eliminação do papel na tramitação das mais diversas ações, afastando a tradicional realização dos atos mecânicos, repetitivos, como o ato de protocolar uma inicial, a autuação do processo, a numeração de folhas. Acaba a tramitação física dos autos a distribuição para a secretaria (ou cartório), desta para o gabinete do promotor ou do magistrado, e a necessidade de cargas dos autos. Facilita a comunicação dos atos processuais com a intimação de advogados e de partes, realizada diretamente no sistema. Agiliza a confecção de mandados, ofícios, publicações, expedição de precatórias, cartas de ordem e outros.

Não se trata tão somente de substituição do meio de tramitação dos feitos, se em meio físico (papel) ou em meio digital (*bit*)¹⁴, mas de uma nova visão de tramitação processual, não mais presa à conceitos como território ou mesmo aos limites do expediente forense, garantindo-se acesso aos autos, e a prática de atos processuais, simultaneamente ao Magistrado, Ministério Público e Advogado, ainda que em locais distantes ou mesmo fora do território nacional e isso 24 horas por dia, 365 dias no ano.

13 SILVA, Marcelo Mesquita. **Processo judicial eletrônico nacional**: uma visão prática sobre o processo judicial eletrônico nacional (a certificação digital e a lei n 11419/06). São Paulo: Milenium, 2012. p. 13.

14 Sigla para a expressão dígito binário ou “ Binary digit “ em inglês, significa a menor unidade de informação digital, consistente no código binária 0 ou 1.

Em face do que foi dito, não se pode cair no equívoco, ainda na mente de muitos, de pensar que o processamento eletrônico é um meio novo de se realizar o velho. Devemos rever os antigos procedimentos de nossa conhecida e desgastada processualística, afastando arraigados hábitos, mudando terminologias, adequando princípios etc. (...) Prescindimos, portanto, que os cartórios, secretarias ou protocolos estejam abertos para recebimento de peças digitais, sendo que a restrição contida no art. 172, §3º, apenas se aplica a realização de atos em meio físico.

O processo eletrônico demanda uma visão diferenciada dos aplicadores do direito, que devem sempre interpretar as normas gerais do processo de forma a garantir a coerência delas com o sistema implementado com a Lei 11.419/2006, não se podendo olvidar que segundo o §1º do art. 1º da Lei 11.419/06, o processo eletrônico não tem aplicação exclusiva ao processo civil, pelo contrário, ele pode ser aplicado indistintamente à jurisdição civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição.

A arquitetura, ou seja, a construção do sistema de processo eletrônico (PJe, Projudi, etc.), há de ser harmônica para todos os sistemas, não por outra razão, independente das previsões nos respectivos códigos de processo os prazos no processo eletrônico devem ser regidos pela lei 11.419/06, pois seria ilógico e contrário à essência da ideia de processo eletrônico construir-se uma arquitetura diferenciada para a contagem de prazos no processo civil, trabalhista ou criminal, seria ignorar a essência da modalidade que é justamente a uniformidade.

Muito mais que as regras gerais de aplicação das normas em conflito (no caso a especialidade da lei do processo eletrônico) se tem de ter em mente a evolução que o processo eletrônico representa em termos de combate ao “tempo morto”, interpretando-se as normas de forma a que, nos autos eletrônicos, esses vazios de tempo sejam preenchidos pela

15 SILVA, 2012, p. 99.

automatização que a informatização proporciona.

Como bem disse Renato Magalhães Dantas Neto:¹⁶

Os autos eletrônicos proporcionam ao Judiciário o aumento na precisão do paradigma processual, no uso do processo como meio de uma resposta célere e uma troca de informações entre os interlocutores muito mais velozes, pois eliminou tempos mortos. Essa é a grande vantagem dos autos eletrônicos, um conjunto de ferramentas adequadas para minimizar o esforço humano, simplificar processo e diminuir as dificuldades de manipulação, fazendo com que menos pessoas façam o mesmo trabalho em menos tempo (diminuição das horas de trabalho) ou as mesmas pessoas fazem mais trabalho no mesmo tempo (aumento da capacidade de trabalho).

Essa deve ser a lógica interpretativa em termos de processo eletrônico a maximização das atividades automatizadas e a minimização das atividades cartorárias, com melhor aproveitamento do tempo útil e diminuição do tempo morto.

Aliás, o próprio conceito de “horário forense” deixa de ter relevância em termos de processo eletrônico, pois não há mais limites horários para a prática dos atos processuais pelas partes, sendo considerado como tempestiva a manifestação protocolada até as 24(vinte e quatro) horas do último dia de prazo, a distribuição pode ocorrer também independente da presença de servidor para receber a petição inicial na forma do art. 10, caput, e §1º da Lei 11.419/06. Como disse Arruda Alvin:¹⁷

O prazo é, sabidamente, o limite de tempo para a prática do ato processual, variando conforme se trate de prazo legal, judicial ou convencional. Nestes casos, o ato deve ser praticado dentro do prazo, sendo consideradas tempestivas as petições eletrônicas que chagarem ao destino até às 24 horas do

16 DANTAS NETO, Renato Magalhães. Sobre o processo eletrônico e mudança no paradigma processual: ou não existe ou tudo é paradigma. São Paulo: RT, 2005. p. 375.

17 ALVIM, José Eduardo Carreira. **Processo judicial eletrônico**: comentários à Lei 11,419/06. Curitiba: Juruá, 2007. p. 27.

último dia, o que significa até às 23h59m59s, antes, portanto, da zero horas do dia imediato.

Essa regra derroga o artigo 172 do CPC, no que diz respeito ao tempo dos atos processuais, os quais deviam de ter como horário limite de sua realização às 20h, passando a ser de 24h.

O Art. 172 do CPC/73, hoje é representado pelo art. 212 do NCPC¹⁸, que teve a sua aplicação ao processo eletrônico expressamente afastada pelo art. 213¹⁹ do novo código, previsão, diga-se, de todo desnecessária, pois ainda que não prevista na nova codificação a possibilidade de prática de atos processuais 24 horas por dia, esta decorreria, como se defende em relação à contagem contínua de prazos, do sistema instituído pela Lei 11.419/060.

Como leciona Fernando Neto Botelho:²⁰

É, em suma, a razão fundamental pela qual surge, neste cenário, o processo eletrônico como uma alternativa, de ordem estrutural, para a busca eficiente da redução do “tempo inútil” na tramitação do processo; uma solução, a médio e longo prazo, para redução da burocracia judiciária e dos custos diretos e indiretos que a envolvem, na medida em que, resultando em diminuição da ocupação de espaços e pessoas para formatação e tramitação física das demandas, menores se tornarão as necessidades futuras de alojamento/armazenamento/guarda de feitos e reposição de grandes contingentes no serviço público judiciário.

Uma das principais medidas pela lei 11.419/06 para a redução do tempo ocioso, do “tempo morto” do processo, foi a adoção da contagem automatizada de prazos que permite que o próprio sistema, e não os servidores, façam o controle do decurso dos prazos processuais, dispensando-se

18 Art. 212. Os atos processuais serão realizados em dias úteis, das 6 (seis) às 20 (vinte) horas.

19 Art. 213. A prática eletrônica de ato processual pode ocorrer em qualquer horário até as 24 (vinte e quatro) horas do último dia do prazo. Parágrafo único. O horário vigente no juízo perante o qual o ato deve ser praticado será considerado para fins de atendimento do prazo.

20 BOTELHO, Fernando Neto. **O processo eletrônico escrutinado**. Disponível em: <<http://goo.gl/OlfBYh>>. Acesso em: 19 de abr. 2015.

a contagem analógica.

As regras de contagem de prazo estão previstas no art. 5º da lei 11.419/06:

Art. 5º. As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico.

§ 1º Considerar-se-á realizada a intimação no dia em que o intimando efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, certificando-se nos autos a sua realização.

§ 2º Na hipótese do § 1º deste artigo, nos casos em que a consulta se dê em dia não útil, a intimação será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte.

§ 3º A consulta referida nos §§ 1º e 2º deste artigo deverá ser feita em até 10 (dez) dias corridos contados da data do envio da intimação, sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo.

§ 4º Em caráter informativo, poderá ser efetivada remessa de correspondência eletrônica, comunicando o envio da intimação e a abertura automática do prazo processual nos termos do § 3º deste artigo, aos que manifestarem interesse por esse serviço.

§ 5º Nos casos urgentes em que a intimação feita na forma deste artigo possa causar prejuízo a quaisquer das partes ou nos casos em que for evidenciada qualquer tentativa de burla ao sistema, o ato processual deverá ser realizado por outro meio que atinja a sua finalidade, conforme determinado pelo juiz.

§ 6º As intimações feitas na forma deste artigo, inclusive da Fazenda Pública, serão consideradas pessoais para todos os efeitos legais.

Na hipótese de que o advogado não faça a leitura da intimação no prazo do §3º, o próprio sistema fará a leitura automática, a partir da qual o prazo se inicia. A forma de contagem deste prazo de 10 (dez) dias está prevista na Resolução nº 185/2013 do CNJ:

Art. 21. Para efeito da contagem do prazo de 10 (dez) dias corridos de que trata o art. 5º, § 3º, da Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006, no sistema PJe:

I – o dia inicial da contagem é o dia seguinte ao da disponibilização do ato de comunicação no sistema, independentemente de esse dia ser, ou não, de expediente no órgão comunicante;
II – o dia da consumação da intimação ou comunicação é o décimo dia a partir do dia inicial, caso seja de expediente judiciário, ou o primeiro dia útil seguinte, conforme previsto no art. 5º, § 2º, da Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006.
Parágrafo único. A intercorrência de feriado, interrupção de expediente ou suspensão de prazo entre o dia inicial e o dia final do prazo para conclusão da comunicação não terá nenhum efeito sobre sua contagem, excetuada a hipótese do inciso II.

A lei 11.419/06 não é refratária à dicotomia “dias úteis *versus* dias não úteis”, tanto que expressamente consigna no §2º do Art. 5º, que a consulta realizada em dias não úteis considera-se feita no primeiro dia útil seguinte, não é o termo inicial e o termo final o cerne da controvérsia, posto que, como sabido os sábados, domingos e feriados nacionais, já foram incluídos na arquitetura do processo eletrônico, o cerne é a contagem do decurso de prazo, levando em consideração somente dias úteis, excluindo-se aqueles dias previstos no art. 216 do NCPC.²¹

A contagem de prazo nas intimações e citações do processo eletrônico tem como critério de contagem “dias corridos” (Lei 11.419/06, art. 5º, §3º), isto é, os prazos no processo eletrônico devem ser contados de forma contínua, ignorando os dias não úteis (NCPC, art. 216) como forma de implementação da contagem automática de prazos.

Sobre o prazo do art. 5º, §3º da Lei 11.419/06 ouçamos Marcelo Mesquita Silva:

Observamos que tal prazo, ao contrário do que possam pretender alguns, deve ser contado de forma corrida, confirme dispôs o legislador. Trata-se de autentico prazo de graça, que não se confunde com os prazos processuais para a realização de atos, cuja contagem deve se iniciar e encerrar em dia útil.

21 Art. 216 - Além dos declarados em lei, são feriados, para efeito forense, os sábados, os domingos e os dias em que não haja expediente forense.

Há de se guardar coerência entre os sistemas, a finalidade do prazo contínuo no art. 5º, §3º da Lei 11.419/06 é garantir a contagem automatizada de prazo, evitando-se o tempo morto, não haveria lógica em criar-se um sistema híbrido, em que o período de graça tivesse o seu decurso certificado de forma automatizada e o prazo a ser cumprido fosse computado de forma manual com a exclusão dos sábados, domingos e feriados.

Não se está dizendo que seja impossível do ponto de vista de alteração do código-fonte dos sistema de processo eletrônico para incluir a contagem com exclusão de sábados, domingos e feriados, mas sim, a sua desnecessidade pois o sistema de contagem de prazos do processo eletrônico foi criado com a finalidade da contagem de forma contínua.

Aliás, vejamos, por exemplo, o código-fonte²² do PJe, para a contagem de prazos de forma automática:

Para a contagem automática se concretizar, o processo deve ser enviado a um nó de estado (state) ou de tarefa (task-node) no qual seja definida como verdadeira (true) uma variável de processo de negócio chamada “pje:aguardaPeticao”.

```
Ação no evento Entrar no nó com EL #{org.jboss.seam.bpm.processInstance.contextInstance.setVariable('pje:aguardaPeticao', 'true')}
```

O nó em questão receberá uma sinalização (signal) para prosseguimento na primeira transição disponível quando disparado o evento definido em Parametros. EVENTO_PRECLUSAO_MANIFESTACAO (processoJudicialService:preclusaoManifestacao).

ATENÇÃO: o nó que cria a variável pje:aguardaPeticao deve se responsabilizar por apagá-la quando do evento de saída. no caso de nó de tarefa, o evento “Finalizar tarefa” deve ser configurado com o apagar do AguardaPeticao.

```
#{org.jboss.seam.bpm.processInstance.contextInstance.deleteVariable('pje:aguardaEstouroPrazo')}
```

22 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/wiki-pje/index.php/Contagem_autom%C3%A1tica_de_prazos>. Acesso em: 19 de abr. 2015.

Percebe-se claramente que para qualquer mudança nesse sistema, novas variáveis devem ser incluídas no sistema, de forma a que este responda com “true” (verdadeiro) ou “false” (falso), de forma que em cada código, na hipótese de aplicação irrestrita do art. 219 do NCPC ao processo eletrônico, terá de ser formulado, inclusive para prever os feriados locais.

Esse é um ponto nodal na inaplicabilidade do art. 219 ao processo eletrônico, pois todos os códigos-fonte de todos os sistemas processuais adotados pelos tribunais nacionais terão de ser reescritos para a inclusão dos feriados locais, nas cidades sede de Unidades Judiciárias.

Não nos olvidemos da Lei n.º 9.093/95 que assim dispõe:

Art. 1º São feriados civis:

I - os declarados em lei federal;

II - a data magna do Estado fixada em lei estadual.

III - os dias do início e do término do ano do centenário de fundação do Município, fixados em lei municipal.

Art. 2º São feriados religiosos os dias de guarda, declarados em lei municipal, de acordo com a tradição local e em número não superior a quatro, neste incluída a Sexta-Feira da Paixão.

Especialmente a exclusão dos feriados locais da contagem de prazo no processo eletrônico depõe justamente contra uma de suas principais vantagens que é, além da contagem automatizada de prazos, a desterritorialização já que esta modalidade não mais pode ser considerada dentro dos estreitos limites de “Comarca” ou “Subseção Judiciária”, uma das grandes vantagens do processo eletrônico é a sua desvinculação aos aspectos materiais da prestação jurisdicional.

À essa desterritorialização Fernando Neto Botelho²³ dá o nome de ubiquidade judiciária:

Na medida em que a base física do processo judicial sofre alteração pela lei nova, fazendo com que os sistemas eletrônicos – a nova base processual – passe a ser adotada como

23 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015.

matriz da prestação jurisdicional, permite-se o acionamento judiciário a partir de qualquer ponto geográfico do planeta onde disponível acesso remoto-eletrônico (por partes, para consulta, e por atores da prestação devida, para trabalho e atuação técnicos). (...)Com isso, a justiça (eletrônica) sofre significativa alteração principiológica: disponibiliza-se a todos, em todo local, em tempo real.

Com a contagem contínua de prazos, mesmo que certificado de forma automatizada o decurso de prazo em data que seja feriado local²⁴, sem prorrogar-se para o primeiro dia útil seguinte, ainda assim, poderá a parte prejudicada requerer, comprovando o fato, que a manifestação apresentada seja acolhida pelo juiz.

Por essa linha a mudança de paradigma na contagem de prazos, da contagem contínua para a em dias úteis, viola na essência as evoluções que o processo eletrônico representa, impondo verdadeiro retrocesso na evolução dos sistemas.

O que defendemos no presente artigo é a inaplicabilidade do art. 219 do NCPC frente ao contido no art. 5º, §3º da Lei 11.419/06, que ao determinar que o período de graça para o início dos prazos processuais sejam contados em dias corridos, por certo, estendeu o mesmo sistema de contagem aos prazos propriamente ditos, isso, partindo da premissa da automatização na contagem dos prazos.

A regra do art. 219 do NCPC foi construída sob uma premissa equivocada, a premissa da contagem manual ou analógica, por assim dizer, própria dos processos que tramitam em meio físico, mas de todo incompatível com a previsão de automatização do processo eletrônico.

24 AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTEMPERIDADE. SUSPENSÃO DO PRAZO RECURSAL. ALEGAÇÃO DE SUPERVENIÊNCIA DE RECESSO LOCAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. FALTA DE JUNTADA DE DOCUMENTO HÁBIL. 1. Cabe à parte comprovar, por meio de documento hábil, a ocorrência de feriado local. 2. Diante do duplo exame de admissibilidade do especial, a decisão proferida pelo Tribunal de origem não vincula esta Corte Superior. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 573.496/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 14/04/2015).

A generalização da norma do art. 219 do NCPC não se aplica ao processo eletrônico, regido, no ponto, por uma operacionalidade distinta, justificando o afastamento da regra geral em favor da lógica predominante na Lei 11.419/06, com a manutenção da contagem contínua de prazos processuais.

Na lição de Humberto Ávila:²⁵

Como os dispositivos hipoteticamente construídos são resultados de generalizações feitas pelo legislador, mesmo a mais precisa formulação é potencialmente imprecisa, na medida em que podem surgir situações inicialmente não previstas. Nessa hipótese o aplicador deve analisar a finalidade da regra, e somente a partir de uma ponderação de todas as circunstâncias do caso pode decidir que elemento de fato tem prioridade para definir a finalidade normativa.

É precisamente em decorrência das generalizações que alguns casos deixam de ser mencionados (*under inclusiveness*) e outros são mal-incluídos (*over inclusiveness*).

No caso do art. 219 mostra-se equivocada a interpretação de sua aplicação ao processo eletrônico, que, possui, ainda que não represente modalidade especial de processo, valores próprios que o distingue dos feitos em tramitação física, pelo que a inclusão dos feitos submetidos à lei 11.419/06 ao regime da contagem de prazo em dias úteis afasta-se da justificativa da regra (*rule's purpose*) permitindo o afastamento de sua aplicação com a prevalência da regra de contagem de prazos de forma contínua.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A previsão geral do NCPC de contagem de prazos em dias úteis, por mais bem intencionada que seja, representa uma violação direta ao princípio da duração razoável do processo pois caminha pelo aumento do chamado tempo morto do processo, que permanecerá paralisado em sua marcha nos

25 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 62.

feriados, sábados, domingos e dias sem expediente forense (NCPC art. 216) não havendo no fundamento da norma (*rule's purpose*), qual seja, garantir-se o descanso de juízes, membros do Ministério Público e advogados densidade suficiente para afastar a necessidade de eficiência do processo.

De outra banda, independente da questão da inconstitucionalidade do art. 219 do NCPC tem-se a sua inaplicabilidade aos processos que tramitem na modalidade eletrônica, regidos que estão pela Lei n.º 11.419/06, sendo que a arquitetura do processo eletrônico foi construída para a aplicação indistinta entre as jurisdições civil, penal e trabalhista.

Essa inaplicabilidade do art. 219 contribui para a materialização da celeridade prometida pelo processo eletrônico, com a garantia da automatização pela contagem contínua de prazos, o que ocorre, com o período de graça do art. 5º, §3º da Lei 11.419/06.

Portanto, independente do art. 219 do NCPC determinar a contagem de prazos somente em dias úteis, essa regra não se aplicará aos processos em tramitação eletrônica nos quais a prevalência dos valores que motivaram a criação do processo digital, dentre elas especialmente a automatização, impedem a incidência do referido artigo sendo, em tais casos, regra a contagem contínua de prazos, sem exclusão dos dias a que faz menção do art. 216 do NCPC na contagem de prazos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Processo judicial eletrônico**: comentários à Lei 11,419/06. Curitiba: Juruá, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 62.

BOTELHO, Fernando Neto. **O processo eletrônico escrutinado**. Disponível em: <<http://goo.gl/OlfBYh>>. Acesso em: 19 de abr. 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. **Análise da gestão e funcionamento dos cartórios judiciais**. 2007. Disponível em: <<http://goo.gl/Nq2sFU>>. Acesso em: 18 de abr. 2015.

CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. **Processo judicial eletrônico**: em conformidade com a Lei 11.419, de 19.12.2006. Curitiba: Juruá, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/wikipje/index.php/Contagem_autom%C3%A1tica_de_prazos>. Acesso em: 19 de abr. 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no estado constitucional e os fundamentos do projeto do novo Código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, jul./2012, v. 209.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual civil e penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DANTAS NETO, Renato Magalhães. Sobre o processo eletrônico e mudança no paradigma processual: ou não existe ou tudo é paradigma. São Paulo: RT, 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 5. ed. Salvador: Podivm, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Novo CPC**: código de processo civil, lei 13.105/2015 inovações, alterações, supressões comentadas. São Paulo: Método, 2015.

SANTOS. Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 1. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

SILVA, Marcelo Mesquita. **Processo judicial eletrônico nacional**: uma visão prática sobre o processo judicial eletrônico nacional (a certificação digital e a lei n 11419/06). São Paulo: Milenium, 2012.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Curso de direito e processo eletrônico**: doutrina, jurisprudência e prática. São Paulo: Saraiva, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto: Celeridade e efetividade na prestação jurisdicional: insuficiência de reforma das leis processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 125, p. 61-78, jul. 2005.

WANBIER, Luiz Rodrigues. **Inovações na contagem de prazos no projeto do novo CPC**. Disponível em: <<http://goo.gl/sgx6Q6>>. Acesso em: 18 de abr. 2015.

A Eficácia Pragmática da Improcedência Liminar do Pedido

Greice Trevizan Rigo Schechtel

Pós-Graduanda em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná e em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Advogada.

RESUMO

O presente trabalho resulta na pesquisa referente à eficácia pragmática da improcedência liminar do pedido, que está elencado no artigo 285-A do Código de Processo Civil, que foi acrescido pela Lei 11.277 de 07 de fevereiro de 2006, o qual descreve e explica os requisitos, procedimentos e efeitos para a aplicação desde artigo nas chamadas demandas repetitivas. O objetivo é proceder uma análise da norma processual em questão - artigo 285-A do CPC - sobre o método pragmático no Direito Processual Civil, com o ângulo de sua utilidade prática e de sua harmonia com os princípios constitucionais, de modo a demonstrar eficiência na prestação jurisdicional em relação a resultados rápidos, ágeis e melhores para a sociedade.

Palavras-chave: Eficácia pragmática; Improcedência liminar do pedido; Pragmatismo; Método.

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro vem passando por reformas processuais, as quais nem sempre são bem vista e aceita pelo Poder Judiciário, acabando ser perspicaz para juristas renomados que se eximem a acreditar em um direito mais justo e célere com pequenas práticas jurídicas que podem dar ensejo a um resultado processual eficiente, mesmo que sua norma não esteja impregnada em lei.

O racionalismo atual dotado por neoprocessualistas vem fundamentado pela dogmática processual e formalista com objetivo de reler as normas a luz dos princípios constitucionais e direitos fundamentais assim impedindo um processo com paradigma empirista.

No entanto, com o pragmatismo já caracterizado e estendido a luz do Código de Processo Civil, porém não reconhecido, em alguns de seus dispositivos, veio para agir melhor em seu campo específico de conhecimentos e produzir hábitos de ação. Essa introdução de método

pragmático trouxe grandes avanços na esfera operacional bem como na administração do processo, mas gerou hesitação devido à forma prática se solucionar o litígio acabando por infringir a norma constitucional como diz alguns doutrinadores.

A reforma constitucional prolatada com a Emenda de n. 45, promulgada em 08 de dezembro de 2004, visou dar efetividade ao princípio da razoável duração do processo, eis que em 2006 com a Lei n. 11.277 foi acrescentado ao Código de Processo Civil o artigo 285-A, o qual visa dar uma solução mais rápida as chamadas ações repetitivas, solucionando o mérito antecipadamente, obtendo maior eficiência e celeridade na prestação jurisdicional em virtude de dispensar a citação do réu e reproduzir imediatamente a sentença de total improcedência dos casos idênticos.

Contudo, as inovações trazidas pela lei 11.277/06, é uma forma clara do que o processo precisa para atender aos anseios da sociedade, buscando a razoável duração do processo, efetividade da prestação jurisdicional, e economia processual, portanto é de grande relevância um estudo mais aprofundado sobre o tema em questão, considerando que a prestação jurisdicional seja ágil, prática e eficaz com a utilização do método processual pragmático em ações repetitivas.

2 IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO (ART. 285-A CPC)

2.1 PRESSUPOSTO LEGAIS

Em virtude da efetividade ao princípio da razoável duração do processo, surgiu a Lei n. 11.277 de 07 de fevereiro de 2006, a qual acrescentou o artigo 285-A no Código de Processo Civil.

O processo civil brasileiro vem passando por várias modificações que visam dar celeridade, efetividade e racionalidade a prestação jurisdicional, em que o serviço judiciário seja aperfeiçoado e garanta

a tempestividade da tutela jurisdicional¹, assim o art. 285-A do CPC trouxe uma regra no qual a sua aplicabilidade se encaixa nas condições de celeridade processual.

Este artigo visa dar uma solução mais rápida as chamadas ações repetitivas, trata-se se julgamento antecipado do mérito, obtendo assim maior racionalidade, eficiência e celeridade na prestação jurisdicional, em casos que possuem decisões desfavoráveis a tese levada nova e repetitivamente para a solução perante o Poder Judiciário.

O referido dispositivo de lei o qual é objeto das considerações desenvolvidas ostenta a seguinte redação:

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

A busca da efetividade processual e da celeridade dos feitos move as reformas que vem passando o modelo processual civil adotado pelo Código de 1973, a manifesta intenção de se alcançar uma ordem jurídica justa, imune de vícios que atrapalhem o exercício da jurisdição, faz com que sejam criadas várias formas de tutela jurisdicional diferenciada, das quais provêm decisões judiciais obtidas sob cognição sumária.

Novas técnicas de tutela vem surgindo, para agilizar o processo em busca da sua precípua finalidade, qual seja, a realização da paz social. Nesse contexto, os princípios da instrumentalidade, da efetividade

1 GOMES NETO, José Mário Wanderley; SILVA, José Adelino Domingos da. Da aplicação concreta do instituto da sentença liminar de improcedência na Justiça Federal de Pernambuco: um estudo de caso. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, n. 159, mai. 2008, p. 313.

e da celeridade processual servem como norte para o legislador criar institutos capazes de tornar o sistema processual mais eficiente, des- congestionado.²

Por força da nova regra legal, o juiz, após o exame preliminar da pe- tição inicial, poderá pôr fim ao processo, com apreciação de mérito, quan- do aferir a total improcedência do pedido diante de precedentes a respeito da mesma matéria de direito a ser analisada.

A modificação que o artigo trouxe foi dar maior celeridade ao pro- cesso, permitindo-lhe pronta solução de mérito se o assunto nele veicu- lado já for conhecido e o resultado da interpretação jurisprudencial for desfavorável ao autor. Alcança-se, assim, melhor resultado em termos de efetividade da prestação jurisdicional, abreviando-se a duração do proces- so e evitando-se a prática de inúmeros atos processuais, como forma de desafogar um pouco a máquina judiciária.

Assim entende Vicente de Paula Ataíde Junior que,

Essa interpretação permite extrair o maior proveito possível da nova regra, no sentido de agilidade e de presteza jurisdicional. Se na comarca ou na subseção judiciária, qualquer juiz tenha proferido sentença de total improcedência em causa cuja matéria é somente de direito, os demais juízes poderão usar essa sentença paradigma em casos idênticos, caso concordarem com seus termos, aplicando a regra do art. 285-A do CPC. Assim, o juiz substituto poderá usar a sentença paradigma proferida pelo juiz titular da vara, como ambos poderão usar as sentenças paradigmas proferidas por juízes substitutos ou titulares de outras varas, desde que pertencentes à mesma comarca ou subseção judiciária.³

A identidade prevista no artigo 285-A não se confunde com o con- ceito de ações idênticas, sendo que nesta situação ocorre a litispendência ou coisa julgada, o que implica na extinção do processo sem julgamento de

2 GOMES NETO; SILVA, 2008. p. 314.

3 Idem.

mérito, o que não compete o julgamento liminar de mérito.⁴

Portanto para que ocorra a aplicação do artigo 285-A do CPC e resolver de forma antecipada o mérito com a extinção do feito, deve estar presente os requisitos supra citados.

Apesar do escopo da nova norma em combater o processamento desnecessário das demandas repetitivas, e dar forma mais célere e racional a jurisdição, não se deve entender que a sua aplicação seja obrigatória⁵. Assim, ocorre a faculdade do juiz da causa em aplicar o art. 285-A do CPC, mesmo que tenha a possibilidade de aplicar a sentença liminar de improcedência, poderá ordenar a citação do réu para apresentar resposta.

A faculdade do juiz decorre de duas situações, tais são, a primeira se refere na utilização da palavra “poderá” que está inserida no caput do art. 285-A, demonstra que a aplicação do instituto em análise está sob a decisão do magistrado, não representando qualquer imposição, sobretudo gera um contrassenso, devido que a utilização do dispositivo reverte a favor do princípio da prestação jurisdicional.⁶

Em segundo lugar, o juiz pode mudar seu entendimento, ou seja, mesmo tendo exarado diversas sentenças de improcedência de um pedido, é possível que se surgir um novo processo com o mesmo pedido, ele possa rever seu entendimento, passando a ouvir o réu e ordenando a citação.⁷

Portanto, ocorrendo à inexistência de dúvidas sobre a presença dos requisitos, o juiz tem faculdade para proferir a sentença, o qual independe de citação do réu e julgando a improcedência do pedido, reproduzindo a sentença prolatada em feito anterior em que tenha questões jurídicas idênticas.

4 COPETTI, Adriano. **Curso modular de direito processual civil**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 339.

5 GOMES NETO; SILVA, 2008, p. 325.

6 Idem.

7 Idem.

2.2 SISTEMA RECURSAL DO ART. 285-A

As regras da sentença liminar de improcedência tem um sistema recursal próprio, em que a impugnação da sentença obedece à forma prevista no § 1º e § 2º do art. 285-A. “§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. § 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso”.

O recurso cabível contra a sentença de liminar de improcedência é apelação, intimado o autor da sentença que acaba de ser proferida, este se inconformado poderá apelar para o Tribunal, aduzindo as razões da reforma ou anulação do julgado.⁸

Presente os pressupostos de admissibilidade recursal, a apelação será recebida em seu duplo efeito, exceto nas hipóteses com mero efeito devolutivo do art. 520, do CPC. Se o juízo de admissibilidade for negado, poderá o autor interpor agravo de instrumento.⁹

Assim, se o autor não concordar com a sentença de rejeição de liminar, poderá apelar no prazo de quinze dias. Esta apelação é semelhante da que trata o art. 296 do CPC, juízo de retratação, recebido o recurso, o juiz pode retratar-se em cinco dias, para dar prosseguimento do feito.¹⁰

O prazo para retratação tem natureza imprópria, ou seja, sua inobservância não causa prejuízo às partes, nem acarreta qualquer sanção processual, ressalvada a norma do art. 133, II, do CPC.¹¹ Prazos impróprios “são os fixados na lei apenas como parâmetro do ato, sendo que seu desatendimento não acarreta situação processual detrimetosa para aquele que o descumpriu, mas apenas sanções disciplinares”.¹²

8 GOMES NETO; SILVA, 2008, p. 326.

9 ATAIDE JUNIOR, 2012. p. 127.

10 MARINONI, L. G.; ARENHART, S.C. **Processo de conhecimento**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 101.

11 ATAIDE JUNIOR, 2012. p. 128.

12 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 385.

Mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso, vale dizer, apresentar contrarrazões ao recurso de apelação. Nesta hipótese do § 2º do art. 285-A, o recurso de apelação foi recebido, e o juiz manteve a sentença proferida. O réu será citado pelos meios previstos do art. 221 do CPC, mas esta citação não é para contestar e sim para responder o recurso de apelação, ou seja, sua omissão não caracteriza revelia e nem mesmo confissão ficta.¹³

O réu por sua vez, poderá impugnar as alegações arguidas pelo autor se assim quiser fazer, pois não existe interesse recursal por sua parte.

O autor poderá fundamentar a apelação de duas formas, a primeira é questionar a não aplicabilidade do art. 285-A do CPC, pois a matéria não seria unicamente de direito ou porque o caso decidido na sentença paradigma não corresponde ao caso dos autos em apreço. Já a segunda hipótese se refere à tese jurídica da sentença paradigma, que mesmo correspondendo ao caso, não seria correta.¹⁴

O efeito devolutivo pode ocorrer de duas formas, (1) extensão, que corresponde o objeto do recurso, e limita a atividade jurisdicional do tribunal ao pedido de reforma ou de anulação feito pelo recorrente, visto que a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada; (2) profundidade, que diz respeito as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não apreciadas pela sentença¹⁵.

A matéria que será reexaminada vai depender do que o autor pretenda devolver ao Judiciário, ou seja, os limites de atuação do Tribunal revisor será fixada pela apelação interposta em face da sentença liminar de improcedência, em que o órgão *ad quem* poderá ater-se tão somente a verificar se o caso comporta ou não julgamento com base no art. 285-A ou poderá apreciar o mérito.

13 ATAIDE JUNIOR, 2012. p. 128.

14 Idem.

15 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 407.

No entanto, se o autor alegar equivocada a aplicação do dispositivo devido a falta de um dos seus requisitos e requerer apenas a anulação da sentença liminar de improcedência, e seu apelo for provido, o Tribunal deverá cassar a sentença e determinar o retorno dos autos a primeira instância para que seja prolatada uma nova decisão.

Entende Nelson Nery Junior que o tribunal pode rejulgar o mérito pois a matéria é exclusivamente de direito não necessitando de provas. Sendo assim compatível com o art. 515, § 3º do CPC, eis que o tribunal inverte o resultado da demanda, dando ganho de causa ao autor.¹⁶

Contudo, bem explica Vicente de Paula Ataíde Junior que não é possível a aplicação do art. 515, § 3º, pois o contraditório e ampla defesa rarefeitos não permitem afirmar que a causa está madura para julgamento. Afirma também que é um erro permitir que o tribunal rejulgue diretamente o mérito da causa, em desfavor do réu, pois sempre se deve considerar que o contraditório e ampla defesa não foram suficientemente garantidos¹⁷.

Fica evidente o prejuízo ao réu, devido não ter a oportunidade de responder a causa em primeiro grau, afrontando a ampla defesa. Em virtude da lei não vedar e nem autorizar expressamente a reforma pelo tribunal, há a existência de uma lacuna constitucional que afronta princípios.

Caso o Tribunal verifique alguma nulidade sanável, pelo § 4º do art. 515 do CPC, poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação.

Ainda, a técnica do art. 515, § 3º do CPC não pode ser confundida com a do art. 285-A, porque neste último caso não há contraditório em primeiro grau e a citação é apenas para responder ao recurso¹⁸.

Percebe-se desse modo, a existência de uma atividade técnica recursal, sem o duplo grau de jurisdição.

16 NERY JUNIOR; NERY, 2006. p. 483.

17 ATAÍDE JUNIOR, 2012. p. 129-130.

18 COPETTI, 2011. p. 347.

Caso a sentença paradigma esteja em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, pode o juiz deixar de receber o recurso de apelação, conforme art. 518, § 1, do CPC, que prevê a possibilidade do juiz de primeiro grau não receber o recurso se a sentença estiver fundada em súmulas das referidas Cortes.

Essa hipótese se apresenta como um novo pressuposto negativo de admissibilidade recursal, tendo como objetivo evitar o reexame de matéria já pacificada perante os Tribunais.

A ausência de prejuízo às partes torna legítima a sintonia entre as duas regras, uma vez não recebida à apelação do autor devido à decisão estar em conformidade com súmula, este não se encontra desprotegido, pois poderá impetrar recurso de agravo de instrumento, com o qual deverá demonstrar a inaplicabilidade ou a necessidade de revisão da súmula utilizada¹⁹.

Tanto o art. 285-A e art. 518, § 1, do CPC são frutos de reforma que vem remodelando o sistema processual civil e possuem o mesmo norteador do direito que é garantir a atividade jurisdicional seja prestada de modo mais efetivo, célere e racional.

3 CONSTITUCIONALIDADE E CRÍTICAS DO ART. 285-A

O artigo 285-A acrescentado pela lei 11.277/2006 ao Código de Processo Civil tem sua constitucionalidade debatida em sede doutrinária, havendo seguimento de duas correntes, uma que defende ser constitucional e outra inconstitucional.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, fazendo jus a suas prerrogativas impetrou junto ao Supremo Tribunal Federal, uma Ação Direita de Inconstitucionalidade - ADI 3695/DF, em 2006, contra a íntegra da Lei 11.277/2006, sendo distribuída ao eminente Ministro Cesar Peluso em 29 de março de 2006, estando até a atual data

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 96.

aguardando julgamento, conforme andamento processual disponibilizado no site do STF.

A Ordem dos Advogados do Brasil alega violação ao Art. 5º, incisos XXXV, LIV, LV da Constituição Federal de 1988 que se refere à igualdade, segurança jurídica, acesso à justiça, devido processo legal e contraditório e ampla defesa.²⁰

Não se pode deixar de transcrever um trecho da inicial da ADI 3695/DF, a qual o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pleiteia a Inconstitucionalidade da Lei 11.277/06, por violação de princípios constitucionais:

“A Lei atacada, introduzindo no Código de Processo Civil, com o artigo 285-A, a possibilidade de dispensa da apresentação de defesa e a reprodução de sentença em outro feito prolatada (sentença emprestada) está a macular o artigo 5º, caput, com os incisos XXV, LIV, LV da Constituição Federal”.²¹

Ainda, na petição inicial realizada pela Ordem dos Advogados do Brasil diz que: “A norma impugnada, pois, por violar o princípio da igualdade, da segurança, do acesso à justiça, do contraditório e do devido processo legal há de ser expurgada do ordenamento jurídico pátrio”.

O Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), em petição requerendo sua atuação como *amicus curiae*, pugnando pela constitucionalidade do dispositivo, entende que os referidos princípios constitucionais dão ênfase ao princípio da eficiência processual, e observou que:

O art. 285-A do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei n. 11.277, de 7 de fevereiro de 2006, é **constitucional**. Ele não viola os dispositivos constitucionais referidos na petição inicial do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Bem diferentemente, a nova regra bem realiza, na ordem prática, o modelo constitucional do direito processual civil na medida em que viabiliza, ao magistrado de primeiro grau de jurisdição, rejeitar ações infundadas e que não têm,

20 BUENO Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: procedimento comum: ordinário e sumário. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 146.

21 Petição Ordem dos Advogados do Brasil – ADI 3695/DF.

na sua perspectiva, quaisquer chances de prevalecimento porque apenas repetem argumentos já expostos em oportunidades anteriores e que já foram suficientemente rejeitados. Isto, evidentemente, sem que haja qualquer agressão aos princípios constitucionais do processo civil. [...] Com efeito. De todas as considerações que ocuparam os itens anteriores, decorre a imediata conclusão de que o art. 285-A do Código de Processo Civil é plenamente constitucional, que se trata de regra que observa — e bem —, os valores e princípios constitucionais do processo civil, realizando-os adequadamente com vistas a um processo civil mais equânime, mais efetivo e mais racional.²²

A decisão lavrada conforme o artigo 285-A do CPC, fundamenta-se de sentenças prolatadas em outros processos o qual os magistrados expõem apenas raciocínios meramente jurídicos em causas idênticas, portanto a decisão que funda-se com base no artigo supra citado não perde sua autonomia.

O acesso à justiça não estaria prejudicado, pois não há limitação ao direito de ação, já o texto que confere a ADI afirma que o direito de ação está violado. Contudo, deve ser ressaltado que o processo não tem curso por absoluta inutilidade, notadamente porque o convencimento do magistrado adveio no primeiro contato que teve com a causa²³.

O magistrado Iure Pedroza Menezes, em publicação de seu artigo referente à constitucionalidade do artigo 285-A do CPC comenta que:

Quanto ao devido processo legal, a ADIn utiliza-se de dois argumentos. No primeiro, afirma que “o devido processo é conspurcado quando, o feito tem seu curso abreviado com fundamento em sentença, cuja publicidade é inexistente”. Em verdade, aqui se tem uma repetição dos fundamentos utilizados no âmbito da segurança jurídica, que já foram rechaçados. No segundo, a OAB assevera que o magistrado

22 Petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 3695/DF. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=285-A&processo=3695>>. Acesso em: 20 out. 2015.

23 MENEZES, Iure Pedroza. **O novo art. 285-A do CPC**: reflexões acerca de sua constitucionalidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1479, 20 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10165>>. Acesso em: 02 set. 2015.

“acaba por dar fim ao processo sem examinar as alegações do autor, sem as rebater”. Não é, contudo, o que se afigura quando o juiz aplica o dispositivo sob comento, pois, ao decidir a causa, examinará os fundamentos jurídicos do autor, sobretudo para averiguar se a questão é idêntica a outras já proferidas. A ADIn, no mais, noticia que o art. 285-A acabou por implementar no nosso sistema uma “sentença vinculante” apta a impedir o curso do processo no primeiro grau. Todavia, não há como se falar em efeito vinculante, pois, o magistrado não está obrigado a julgar na forma estabelecida no artigo *sub examine*, mesmo convicto, *ab initio*, de que julgará improcedente o pedido do autor.²⁴

Em sede doutrinária há autores renomados como Alexandre Freitas Câmara, Elpídio Donizetti, Nelson Nery e Rosa Maria Nery, entre outros que são pela inconstitucionalidade do dispositivo 285-A do CPC. Em sentido contrário encontra-se entre outros, Luis Guilherme Marinone e Sérgio Cruz Arenhart, Cassio Scarpinella Bueno, Antonio Cláudio da Costa Machado, Humberto da Theodoro Junior. Têm-se ainda alguns autores que não entram no mérito da discussão doutrinária, abstendo-se a discorrer acerca do artigo como Misael Montenegro e Luis Wambier.

Os autores que são pela inconstitucionalidade da norma sustentam que o dispositivo, fere o princípio do duplo grau de jurisdição, do contraditória e ampla defesa, do direito de ação, isonomia, do devido processo legal, cita-se Nelson Nery e Rosa Maria Nery em seu Código de Processo Civil Comentado,

O CPC 285-A é inconstitucional por ferir as garantias da isonomia (CF 5º, caput e I), do devido processo legal (CF 5º, caput e LIV), do direito de ação (CF 5º LV), bem como o princípio dispositivo, entre outros fundamentos, porque o autor tem o direito de ver efetivada a citação do réu, que pode abrir mão de seu direito e submeter-se à pretensão, independentemente do precedente jurídico do juízo. Relativamente ao autor, fa-

24 MENEZES, Iure Pedroza. **O novo art. 285-A do CPC**: reflexões acerca de sua constitucionalidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1479, 20 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10165>>. Acesso em: 02 set. 2015.

zer-se ouvir, inclusive produzindo provas e argumentos jurídicos e não pode ser cerceado nesse direito fundamental. De outro lado, o sistema constitucional não autoriza a existência de “súmula vinculante” do juízo de primeiro grau, impeditiva da discussão do mérito de acordo com o *dueprocess*²⁵.

Daniel Francisco Mitidiero entende que o art. 285-A fere o contraditório na perspectiva do autor, por se tratar de direito fundamental, já que,

Em um tempo em que, cada vez mais, o processo justo, o nosso devido processo legal processual, afirma-se como um método para alcançar a justiça do caso concreto, normas como a que encerrada no art. 285-A, CPC, visam a sufocar a dialética como momento fundamental do juízo, arrimadas em uma perigosa legitimação pela performance do aparato estatal (conforme Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “Efetividade e Processo de Conhecimento”. In: *Do Formalismo no Processo Civil*, 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 244 e seguintes). Sobre tal desiderato, ignoram mesmo o caráter evolutivo da jurisprudência, formada à força de um incessante diálogo entre aqueles que participam do processo, matiz que sobrarão inegavelmente comprometida com a supressão do contraditório em primeiro grau de jurisdição²⁶.

Neste mesmo sentido profere Elpídio Donizetti,

“A par da violação do princípio do dispositivo, inegável é a violação do princípio da amplitude do direito de ação. Ocorre que, ao trancar liminarmente a ação, a norma subtrai do autor a possibilidade de influir, com a prática de atos posteriores à petição inicial (impugnação à contestação e memoriais, por exemplo), sobre o convencimento do juiz. A toda evidência, a celeridade não pode aniquilar outras garantias da partes, sob pena de não representar efetividade, ou, no máximo, uma efetividade malsã, que só visa o resul-

25 NERY JUNIOR; NERY, 2006, p. 556.

26 MITIDIERO, Daniel Francisco. **A multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório**: resposta à crítica de Tesheiner. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br>> Acesso em: 28 de out. 2015.

tado. A inconstitucionalidade é gritante”.²⁷ (DONIZETTI, 2008, p. 304/305)

Lênio Luiz Streck e Marcelo Cattoni de Oliveira afirmam que o artigo 285-A do CPC é inconstitucional,

Mesmo que o juiz fosse, e juridicamente é, obrigado a ser coerente ao julgar, no sentido do que Dworkin chamaria de integridade, ele, juiz, não pode passar por cima do contraditório e da ampla defesa, não pode se substituir ao réu, dispensando citação, decidindo sem ouvir sequer o suposto beneficiário da sua decisão! Juiz não é parte! Isso é antidemocrático, ilegítimo e arbitrário. Mais do que isso, é reforçar o positivismo jurídico em tempos de neoconstitucionalismo, na medida em que desindexa da apreciação judicial o mundo prático, a faticidade. Ainda que se abra a possibilidade de apelação da sentença, não se justifica um “contraditório posterior”, um “contraditório postergado”! Afinal, como apelar de algo do qual não se participou a não ser pedindo pela nulidade do processo?²⁸

Para Wellington Luzia Teixeira, o artigo é inconstitucional, pois acaba colidindo com o Estado Democrático de Direito, porque:

Acabam com a dialética inerente ao processo (procedimento realizado em contraditório), retiram do indivíduo, do povo, o poder e o direito de legitimar a norma, através do seu retorno a uma processualidade (espaço) democrático e elimina a discursividade, já que ficamos entregues a uma jurisdição solipsista e, por isso, autoritária, contrária, portanto, aos princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito²⁹.

27 DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 304-305.

28 STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Mais) um passo atrás no direito brasileiro: quem vai cuidar do guarda da esquina? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 959, 17 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7987>>. Acesso em: 28 out. 2015.

29 TEIXEIRA, Wellington Luzia. As novas reformas do CPC e o Estado Democrático de Direito: Adequação ou Colisão? **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 42, jun. 2006, p. 161.

Em sentido contrário, entende-se que o art. 285-A é constitucional por estar em conformidade com a instrumentalidade do processo e efetividade processual, sendo assim na visão de Marinoni e Arenhart,

A multiplicação de ações repetitivas desacredita o Poder Judiciário, expondo a racionalidade do sistema judicial. Portanto, é lamentável que se chegue a pensar na inconstitucionalidade do art. 285-A. Somente muita desatenção pode permitir imaginar que esta norma fere o direito de defesa. Por isto mesmo, parece que a afirmação de inconstitucionalidade do art. 285-A tem mais a ver com a intenção de vista financeiro, reproduzir, por meio de máquinas, petições e recursos absolutamente iguais³⁰.

Ainda acerca da constitucionalidade, afirma Humberto Theodoro Junior que,

O julgamento liminar, nos moldes traçados pelo art. 285-A, não agride em nada o Devido Processo Legal, no tocante as exigências do contraditório e da ampla defesa. A previsão de um juízo de retratação e do recurso de apelação assegura ao autor, com a necessária adequação um contraditório suficiente para o amplo debate em torno da questão de direito enfrentada e solucionada *in limine litis*. Do lado do réu, também, não se depara com restrições que possam se considerar incompatíveis com o contraditório e a ampla defesa. Caso o juiz retratar sua decisão liminar, o feito terá curso normal, e o réu usará livremente do direito de contestar a ação e produzir o elemento de defesa de que dispuser. Se a hipótese for de manutenção da sentença, o réu será assegurado a participação no contraditório por meio das contra-razões da apelação.³¹

O entendimento dos Tribunais Superiores é de suma importância, pois visa de um parecer constitucional a aplicação do dispositivo em questão,

30 MARINONI; ARENHART, 2012. p. 96.

31 THEODORO JUNIOR, Humberto, 2007. p. 407.

A aplicação do art. 285-A do CPC supõe que a sentença de improcedência *prima facie* esteja alinhada ao entendimento cristalizado nas instâncias superiores, especialmente no STJ e no STF. Segundo o Min. Relator, os casos em que o CPC permite o julgamento liminar ou monocrático baseiam-se na solidez da jurisprudência, não havendo como se dissociar dessa técnica quando da utilização do dispositivo em comento. Ressaltou que a Lei n. 11.277/2006, ao incluí-lo no código processual, trouxe mecanismo voltado à celeridade e racionalidade processuais, o que não seria alcançado caso fosse permitida a prolação de decisões contrárias aos posicionamentos já consolidados.³²

A Ordem dos Advogados do Brasil sustentou que a Lei 11.277/06 desprestigia o devido processo legal, pois entende que o juiz julga o mérito sem examinar as alegações finais do autor o qual não tem oportunidade de rebater sua pretensão com o réu, cujo nem é citado.

Deste modo, o IBDC afirma a constitucionalidade do dispositivo, entende que não viola os princípios constitucionais, além de ter consonância com o princípio da razoável duração do processo.³³ Por fim, o julgamento liminar de improcedência das ações repetitivas possui suas regras estabelecidas no Código de Processo Civil, e apesar do procedimento ter sido abreviado, suas regras obedecem aos princípios constitucionais.

Contudo, a regra introduzida, a par de conferir racionalidade, celeridade e efetividade ao processo, com congruência aos objetivos traçados pelo legislador, propicia maior eficácia aos princípios da segurança jurídica, da isonomia e da economia processual, sem nenhum prejuízo ao princípio do devido processo legal e manifestações.³⁴

32 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **REsp 1.109.398-MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16/6/2011.** Informativo STJ n. 0477 - Período: 13 a 17 de junho de 2011.

33 Petição inicial da ADI 3695/DF. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=285A&processo=3695>> Acesso em: 20 out. 2014.

34 ARAUJO, Lucas Rosendo Máximo de. Rejeição liminar da demanda: Breves comentários. **I Jornada de estudos direito civil e processual civil.** TRF1 região, Brasília: ES-MAF, 2010. p. 264.

Não obstante, enquanto o Supremo Tribunal Federal não se pronuncia sobre a ação direta de inconstitucionalidade, o Senado Federal em 17 de dezembro de 2014 aprovou o projeto do Novo Código de Processo Civil, Lei nº 8046-A/2010, em que se encontra no artigo 333 do Anteprojeto a previsão da improcedência liminar do pedido, ou seja, “o artigo 285-A, passa a ter nova redação mas continua com os mesmos parâmetros já elencados”.

4 A IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO NO PROJETO DO NOVO CPC (ARTIGO 333, NCPC)

O pensamento reformista culminou no projeto de lei do Senado Federal – PL nº 166/2010 – convertido no projeto de lei nº. 8.046-A/2010 da Câmara dos Deputados, evidenciando a preocupação com celeridade processual e economia processual.

Em virtude da elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, já aprovado, traz o art. 285-A do atual Código de Processo Civil, transcrito em seu novo texto o qual passará a vigorar como art. 333 do NCPC, com o título Improcedência Liminar do Pedido.

O artigo inaugurar o Capítulo III do Novo Código de Processo Civil, que terá a seguinte redação:

Art. 333. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I – súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV – frontalmente norma jurídica extraída de dispositivo expresso de ato normativo;

V – enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

§ 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241.

§ 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em cinco dias.

§ 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu para apresentar resposta; se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de quinze dias.

§ 5º Na aplicação deste artigo, o juiz observará o disposto no art. 521.

O artigo 333 do NCPC vai além do previsto no artigo 285-A do Código de Processo Civil de 1973, isso porque a improcedência liminar da demanda se fundamenta quando na fase instrutória o juiz julgará liminarmente improcedente independentemente na citação do réu se o pedido contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, acórdão dos respectivos Tribunais trazendo a tona o regime de julgamento de casos repetitivos, ainda, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, além disso, que afronte norma jurídica extraída de dispositivo de ato normativo e por fim, que contrarie enunciado de súmula de Tribunal de Justiça sobre direito local.

Verifica-se que o Novo Código de Processo Civil visa não só estabilizar a jurisprudência dentre os tribunais superiores, como, também, uniformizar até mesmo no primeiro grau de jurisdição, conforme o disposto no inciso III do *artigo 333, pelo qual o juiz está autorizado a julgar liminarmente o pedido quando “contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência”*.

Assim, o novo CPC ampliou o disposto no artigo 285-A do Código de Processo Civil, visando dar mais celeridade aos processos através da

valorização da jurisprudência.

Para melhor elucidar, faz-se necessário analisar o disposto no artigo 930 do NCPC, que elenca a possibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, vejamos:

Art. 988. É admissível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando, estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito.

§ 1º O incidente pode ser suscitado perante tribunal de justiça ou tribunal regional federal.

§ 2º O incidente somente pode ser suscitado na pendência de qualquer causa de competência do tribunal.

§ 3º O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente do tribunal:

I – pelo relator ou órgão colegiado, por ofício;

II – pelas partes, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela pessoa jurídica de direito público ou por associação civil cuja finalidade institucional inclua a defesa do interesse ou direito objeto do incidente, por petição.

§ 4º O ofício ou a petição a que se refere o § 3º será instruído com os documentos necessários à demonstração 387 do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente.

§ 5º A desistência ou o abandono da causa não impede o exame do mérito do incidente.

§ 6º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

§ 7º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez presente o pressuposto antes considerado inexistente, seja o incidente novamente suscitado.

§ 8º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

§ 9º Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas.

Pode-se afirmar que o Novo Código de Processo Civil foi instituído para desafogar o Poder Judiciário, através da valorização das súmulas e jurisprudências. A celeridade idealizada traz benefícios para o ordenamento jurídico brasileiro evitando os grandes acúmulos de processos e viabilizando a economia processual.

5 CONCLUSÃO

As modificações trazidas pela Lei 11.277/06 têm que operar no processo civil clássico, fazendo com que o processo seja capaz de assegurar às partes um tratamento igualitário, com a incidência de uma isonomia substancial, através da prática de um contraditório contrabalançado capaz de gerar a igualdade entre os sujeitos do processo, com a garantia de ter decisões jurisdicionais efetivas.

Somente o tempo dirá, se as reformas ultimadas serão capazes de criar o modelo de processo ideal, instrumento de realização do justo. No julgamento liminar de mérito, o sucesso dependerá da aplicação do instituto pelos juízes, sendo necessário, que o espírito da reforma seja agregado à consciência dos juízes, os quais, por serem os principais destinatários da salutar inovação, não devem demonstrar timidez na sua aplicação.

O processo civil da atualidade, já pode ser considerado um processo civil moderno, que visa a atingir os resultados buscados pelo processo, a simplificar os procedimentos processuais e a facilitar o acesso à justiça, instruindo assim a celeridade processual, bem como a economia processual e a instrumentalidade do processo.

Entende-se como efetividade, o acesso ao Poder Judiciário e a resposta célere e justa, no sentido de dar a cada um o que é realmente seu, sendo que essa é uma preocupação cada vez mais constante na justiça brasileira.

Conforme analisado, e bem explicado não fere os princípios constitucionais, o tema em apreço ainda está em discussão, mas até o momen-

to pode sim ser aplicado e é se suma importância a sua interpretação e aplicação quando necessário.

Portanto, caberá aos aplicadores do direito aplicar o instituto de forma inteligente e digna, privilegiando não apenas a celeridade, mas também a qualidade da prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Lucas Rosendo Máximo de. Rejeição liminar da demanda: breves comentários. **I Jornada de estudos direito civil e processual civil**. TRF1 região, Brasília: ESMAF, 2010.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **As novas reformas do processo civil**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

BUENO Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: procedimento comum: ordinário e sumário. São Paulo: Saraiva, 2013

CAMBI, Eduardo. **Julgamento prima facie (imediato) pela técnica do artigo 285-A do CPC**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/hermeneutica_eduardo_augusto_s_cambi.pdf>. Acesso em: 14 out. 2015.

COPETTI, Adriano. **Curso modular de direito processual civil**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

GOMES NETO, José Mário Wanderley; SILVA, José Adelino Domingos da. Da aplicação concreta do instituto da sentença liminar de improcedência na Justiça Federal de Pernambuco: um estudo de caso. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, n. 159, mai. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENEZES, Iure Pedroza. **O novo art. 285-A do CPC**: reflexões acerca de sua constitucionalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1479, 20 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10165>>. Acesso em: 02 set. 2014.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **A multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório**: Resposta à Crítica de Tesheiner. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br>> Acesso em: 28 out. 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Mais) um passo atrás no direito brasileiro: quem vai cuidar do guarda da esquina? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 959, 17 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7987>>. Acesso em: 28 out. 2014.

TEIXEIRA, Welington Luzia. As novas reformas do CPC e o Estado Democrático de Direito: Adequação ou Colisão? **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 42, jun. 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

O Novo Código de Processo Civil e o Fim do Emblema Interpretativo da Multa do 475-J

Daniela Daijane de Souza Leal

Pós-Graduanda em Direito Aplicado na Escola da Magistratura
do Paraná. Advogada

RESUMO

O momento em que se perfaz a incidência da multa disposta no artigo 475-J do Código de Processo Civil por muito tempo ensejou discussões e polêmica, sendo que os entendimentos de aplicabilidade prática nos Tribunais e as teorias doutrinárias eram das mais diversas. O sincretismo processual, introduzido com a Lei nº 11.232/2005, reformulou a sistematização da execução no processo civil, contribuindo para mudanças significativas nesse rito processual e para o próprio exercício da tutela jurisdicional. Entrementes à estruturação de um novo procedimento que tinha por escopo propiciar maior eficiência às execuções de sentenças e, assegurar a celeridade dos pleitos judiciais, não tratou com exaustão algumas questões práticas, deixando a desejar em determinadas situações, tais como a definição do marco regulatório da exigência da multa. Diante das lacunas existentes, um novo código foi idealizado e neste viés, apresenta-se o escopo do presente trabalho, demonstrando a perspectiva resolutive, pondo fim a essa saga interpretativa da incidência da multa.

Palavras-chave: Incidência da multa do 475-J; Novo código de processo civil; Cumprimento de sentença.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi elaborado precipuamente com o escopo de desenvolver uma análise acerca da incidência da multa disposta no artigo 475-J do Código de Processo Civil, sopesando-a, sob a perspectiva da problematização do momento em que se perfaz a sua exigência na fase denominada cumprimento de sentença e, ademais, quais as discussões levantadas e por fim, quais as modificações regulatórias de tal instituto na nova legislação processual.

Essa apreciação foi realizada através de pesquisa teórica, a partir de uma abordagem da temática amparada à sistematização jurídica de estudos doutrinários, jurisprudenciais e da legislação codificada. Com base

em uma investigação essencialmente bibliográfica, inicialmente busca-se enaltecer a tratativa das modificações advindas no processo de execução com a introdução da lei nº 11.232/2005, particularmente no que concerne ao processo executivo judicial.

Outrossim, se discorrerá sobre as teorias desenvolvidas pela doutrina diante do contido no texto da lei acerca do termo inicial do prazo de quinze dias para realização do pagamento de condenação sem que incorresse a multa definida no 475-J da legislação processual civil, expondo as dificuldades de aplicação diante da diversidade interpretativa e a sua desenvoltura até os presentes dias na prática forense dos tribunais.

O substrato empírico se revela e centra-se no exame do códex processual civil vigente diante de uma análise comparativa com as mudanças que se implementarão a partir da entrada em vigor do Novo Código de Processual Civil sancionado em 16 de março de 2015.

2 A EXECUÇÃO À LUZ DO SINCRETISMO PROCESSUAL

Com o advento da lei nº 11.232/2005 diversas modificações de suma importância foram introduzidas na legislação processual civil, alterando substancialmente o processo executivo judicial.

Na visão clássica do Código de Processo Civil de 1973 o exercício da atividade jurisdicional numa demanda processual se distinguia em duas fases: em processo de conhecimento e em processo de execução, inclusive cada qual possuindo sua regulamentação e aplicabilidade própria. Com a sistemática que se perfazia, as duas fases visavam o mesmo fim, qual seja a realização do direito no mundo empírico e a pacificação social.

No processo de conhecimento a atuação do magistrado se limitava tão somente à cognição dos fatos e afirmação do direito pelo qual se apresentava uma pretensão resistida, atribuindo-lhe certeza jurídica dentro do caso em concreto. Esse era o momento no qual a narrativa fática acalcada de um conjunto probatório trazido pelas partes e o direito abstrato litigado era ana-

lisado para se chegar a um crivo final através de uma sentença, instrumento pelo qual se colocava fim a lide sucedendo a formação da coisa julgada.

Em que pese a obtenção da vitória por uma das partes, a condição de se ter alcançado uma norma jurídica concreta e imutável no processo por si só não trazia uma alteração fática no conflito, pois a fase de conhecimento apenas entregava um direito ao litigante vencedor, sem no entanto lhe entregar o bem da vida.

Diante de tal situação demandava-se uma nova postura do vencedor, qual seja, consubstanciado naquele título executivo judicial recebido do poder judiciário, ele teria que ajuizar uma nova ação em face do sucumbente do processo cognitivo a fim de ver seu direito garantido e alcançado de fato.

Assim, enquanto no processo de conhecimento o juiz examinava a lide para descobrir a regra jurídica a ser aplicada ao caso concreto, no processo de execução este providenciava as operações práticas necessárias para efetivar o conteúdo da norma. Desta forma, no processo de cognição ocorria a pesquisa do direito dos litigantes e no processo executivo, partindo da certeza do título executivo, a alteração da realidade para que coincida com o direito do credor.¹

Em meio a este tão atravancado procedimento e com os constantes reclamos não só da doutrina, mas da jurisprudência, diante da morosidade na efetividade da prestação jurisdicional e do trabalho duplicado causado pelas fases a serem percorridas pelo processo, sobreveio a criação da lei nº 11.232/2005.

Idealizada pelo legislador com vistas a implantar a sincretude processual dando mais celeridade à execução dos provimentos judiciais – sentenças, decisões e acórdãos – de modo que, a partir do momento que houvesse a concessão do direito da parte e o alcance do provimento condenatório em face da parte contrária, que lhe entregava um título executivo judicial, visava-se dar uma efetividade não só prática, mas ainda temporal na entrega do

1 THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. vol.II. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 24.

bem da vida ao vitorioso que o era conquistado pela execução do título, seja voluntariamente ou mesmo forçada.

Deste modo modificou-se a natureza jurídica da execução de sentença, que passou de um processo autônomo para ser fase do processo. Destarte, a execução de sentença civil adotou, como regra, o processo sincrético, visto que foram reunidas na mesma relação processual os atos cognitivos e os executivos, pois o juiz, ao decidir a causa, realizará, sem a necessidade da interposição de um novo processo, os atos executivos. Assim, o juiz emite a sentença e se encarrega de promover o seu cumprimento, logo após o seu trânsito em julgado, sem a necessidade da instauração de uma nova relação processual.²

As alterações implementadas inseriram o artigo 475-A e seguintes no Código de Processo Civil e resultaram numa nova tratativa às execuções de sentenças condenatórias com a obrigação de pagar quantia certa.

Entrementes a estruturação de um novo procedimento e, apesar do escopo planeado fosse dar maior eficiência às execuções de sentença e assegurar celeridade aos pleitos judiciais, culminou-se em diversos questionamentos, tendo em vista que o tema não foi tratado à exaustão deixando a margem ao surgimento de diversas lacunas quanto à aplicação prática do novo regramento.

3 UMA SAGA INTERPRETATIVA NA APLICABILIDADE DO 475-J

A instauração do sincretismo no campo das obrigações de pagar quantia certa alicerçou de modo irrevogável a reforma processual como uma tentativa de solucionar um problema emblemático do cotidiano Judiciário, que se traduzia no acúmulo excessivo das demandas ocasionado pela morosidade, pelo formalismo procedimental e em virtude do trabalho duplicado diante da dualidade fásica nessas ações.

² DESTEFENNI, Marcos. **Curso de processo civil**. v. I: tomo II. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 312.

A reforma sob o prisma ao qual foi criada, ao menos do ponto de vista teórico, apresentava um grande potencial para atingir o fim visado. E diante dessa acepção foi que o legislador engendrou o artigo 475-J no CPC, prevendo a incidência de 10% (dez por cento) de multa no montante do débito quando o devedor condenado ao pagamento de quantia líquida ou já fixada em liquidação não efetue o pagamento dentro do prazo de 15 (quinze) dias. O dispositivo legal em sua redação apresenta o seguinte teor:

Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.³

Do contido no texto legal depreende-se que depois de transitado em julgado a decisão que finda a fase cognitiva, todavia, antes do início da fase de cumprimento de sentença, que se instaura mediante requerimento do credor, existe um prazo de 15 (quinze) dias para o devedor voluntariamente cumprir com o teor da determinação judicial, tempo em que este pode avaliar as desvantagens advindas de uma execução supervenientemente forçada.

O consectário lógico de se impor um ônus ao devedor que não cumpre com a obrigação de modo natural e emergente é puni-lo por estar descumprindo com os mandamentos da condenação não sendo conivente com a lealdade processual. Quanto à natureza da multa há divergência na doutrina, sendo que três posições são apresentadas.

A primeira linha doutrinária aduz que a multa “tem clara natureza coercitiva”, visando incutir no espírito do devedor que as decisões jurisdicionais devem ser cumpridas e acatadas de imediato, sem tergiversações, sem delongas, sem questionamentos, sem hesitações, na exata medida em

3 BRASIL. **Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973.** Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm. Acesso em: 11 set. de 2015.

que elas sejam eficazes, isto é, na exata medida em que elas surtam seus regulares efeitos.⁴

Por sua vez, outra corrente afirma o caráter punitivo da multa, tendo em vista que a incidência só ocorrerá caso não haja o cumprimento voluntário da obrigação dentro do prazo legal, e dessa forma o devedor seria apenado com a multa, que seria acrescida ao total do débito.⁵ Por fim, alguns sustentam que a multa ora referida tem dupla finalidade, servindo como fator motivacional para o adimplemento e ainda, como coerção punindo o inadimplemento por meio da sanção.⁶

Independentemente da essência da multa, a maior discussão permeada em relação à redação do artigo 475-J do CPC tange ao início do prazo legal apontado para o cumprimento voluntário do pagamento.

Em que pese numa primeira visualização se presumir a clareza da lei, o marco inicial da incidência da multa e quais os meios procedimentais de implementação do pagamento ficaram obscurecidos dando margem as mais variadas interpretações em tais pontos.

Diante de tal situação e sob a premissa de que era necessário apontar uma demarcação inicial do lapso temporal, diversos apontamentos e entendimentos foram surgindo.

A primeira corrente doutrinária defende que o início da contagem do prazo se dá com o momento em que a obrigação se torna exigível, ou seja, a partir do momento em que algum grau de certeza sobre o bem da vida permita que o credor tenha condições de iniciar os atos de execução.

A segunda corrente entende que o início temporal ocorre automaticamente independente de intimação do devedor. Humberto Theodoro Junior⁷ adverte que o devedor deve, para evitar a multa, tomar a inicia-

4 BUENO, Cássio Scarpinella. **Aspectos polêmicos da nova execução de títulos judiciais**: lei 11.232/05. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 132.

5 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Reforma do CPC**: leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 218-219.

6 DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 450.

7 THEODORO JUNIOR, 2010, p. 48.

tiva de cumprir a condenação no prazo legal, o qual flui a partir do momento em que a sentença se torna exequível em caráter definitivo.

Nota-se que para os adeptos dessa corrente mesmo havendo recurso pendente de julgamento e não tendo tal impugnação efeito suspensivo, a multa já poderia ser aplicada. Assim, mesmo em sede de execução provisória, seria admissível a cobrança da multa. Sem embargo da preocupação com a celeridade e a efetividade da tutela jurisdicional, seria equivocada a exigência do cumprimento provisório do pagamento sob pena de multa e, foi exatamente nesse sentido que o STJ sedimentou entendimento, estabelecendo a não aplicabilidade da multa em execução provisória.⁸

Athos Gusmão Carneiro é adepto a esse entendimento asseverando que a penalidade deve incidir de plano, desestimulando protelações, seguem suas palavras:

A multa de dez por cento, prevista no art. 475-J, *caput*, incide de modo automático, *ope legis*, portanto independentemente de quaisquer intimações, caso o devedor não efetue o pagamento nos quinze dias concedidos para o cumprimento voluntário da condenação. Visa a multa, evidentemente, compelir o sucumbente ao pronto adimplemento de suas obrigações no plano do direito material, desestimulando as usuais demoras “para ganhar tempo”.⁹

De acordo com essa linha doutrinária prima-se pela razoável duração do processo, celeridade, efetividade e eficiência.

A terceira posição apresentada é no sentido de que o prelúdio do prazo depende da intimação pessoal do devedor. Alexandre Freitas Câmara considera que a fluência do prazo de forma automática ou na pessoa do advogado implicaria na violação do princípio do devido processo legal, uma vez que este poderia decorrer sem que a parte soubesse do início de sua

8 Informativo 460/STJ, REsp 1.059.478/RS, rel. originário Min. Luis Felipe Salomão, rel. para acórdão Min. Aldir Passarinho Junior, j. 15.12.2010.

9 CARNEIRO, Athos Gusmão. **Cumprimento da sentença civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 58-61.

fluência. Ademais, faz referência ao artigo 240 do CPC, o qual dispõe que os prazos para as partes correm da intimação, salvo disposição em contrário.¹⁰

A última corrente caminhou em direção ao entendimento de que o termo inaugural do prazo de 15 (quinze) dias ocorre da intimação na pessoa do advogado, afirmando que o cumprimento da sentença não se efetiva de forma automática, ou seja, logo após o trânsito em julgado da decisão. Sustenta-se que, de acordo com o artigo 475-J combinado com os artigos 475-B e 614, II, todos do CPC, caberá ao credor o exercício dos atos imprescindíveis para o regular cumprimento da decisão condenatória, principalmente requerer ao juízo que dê ciência ao devedor sobre o montante apurado, consoante demonstração de memória de cálculo discriminada e atualizada.

Mister faz destacar que, foi nesse raciocínio que o Superior Tribunal de Justiça sedimentou jurisprudência, conforme se alvitra no teor do seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. TÍTULO JUDICIAL. MULTA DO ARTIGO 475-J DO CPC. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO APENAS NA PESSOA DO ADVOGADO DO DEVEDOR, MEDIANTE PUBLICAÇÃO NA IMPRENSA OFICIAL.

1. Para fins do art. 543-C do CPC: Na fase de cumprimento de sentença, o devedor deverá ser intimado, na pessoa de seu advogado, mediante publicação na imprensa oficial, para efetuar o pagamento no prazo de 15 (quinze) dias, a partir de quando, caso não o efetue, passará a incidir a multa de 10% (dez por cento) sobre montante da condenação (art. 475-J do CPC).

2. No caso concreto, recurso especial parcialmente provido, apenas para sanar o erro material detectado no acórdão que julgou os embargos de declaração, de modo que não há falar em aplicação da multa do artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil.¹¹

10 CÂMARA, Alexandre Freitas. **A nova execução de sentença**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 114.

11 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **REsp 1262933/RJ** – Corte Especial. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Julg. em 19/06/2013, pub. em 20/08/2013.

Consigna-se que o STJ em determinada oportunidade deliberou que a intimação pessoal do executado está dispensada mesmo quando o executado for defendido por defensor público em sua atuação típica de defesa do hipossuficiente econômico. Entretanto, nesses casos a intimação do defensor público deverá ocorrer de forma pessoal em razão da prerrogativa delineada no art. 5.º, § 5.º, da Lei 1.060/1950.¹²

Não obstante a inclinação dos julgamentos do STJ fluírem na posição esposada, como as suas decisões não são vinculantes e tendo em vista que, cada magistrado possui a discricionariedade judicial para fundamentar e adotar a corrente mais adequada à sua concepção diante do caso em apreciação, na prática forense os entendimentos e posições se variavam dentro dos Tribunais.

Diante da lacuna da legislação processual civil, da instabilidade causada pela saga interpretativa que há muito vinha se prolatando na prática forense e, levando em consideração que, a estrutura do CPC de 1973 em muitos pontos estava defasada, não respondendo as necessidades da sociedade e da jurisdição contemporânea, um novo código foi idealizado.

4 O NOVO CPC E A DISPOSIÇÃO ACERCA DO TERMO INICIAL DA MULTA DO 475-J

Na ótica de todas as discussões até então permeadas e com o intento de dar solução a um dilema que há muito vinha se procrastinando com a entrada em vigor da Lei 13.105 de 2015 em março de 2016 advirá um regulamentação acerca do assunto ora tratado de forma explícita e delineada.

O Novo Código de Processo Civil prevê em seu bojo os artigos 523 e 524, os quais regularão o cumprimento de sentença no que tange ao pagamento de quantia certa. Dada a relevância de seu conteúdo imperioso se faz citar a sua redação legal:

12 BRASIL. Informativo 480/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.032.436/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.08.2011.

Art. 523. No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver. 1º Não ocorrendo pagamento voluntário no prazo do caput, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento.

§ 2º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no caput, a multa e os honorários previstos no § 1º incidirão sobre o restante.

§ 3º Não efetuado tempestivamente o pagamento voluntário, será expedido, desde logo, mandado de penhora e avaliação, seguindo-se os atos de expropriação.

Art. 524. O requerimento previsto no art. 523 será instruído com demonstrativo discriminado e atualizado do crédito, devendo a petição conter:

I - o nome completo, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do exequente e do executado, observado o disposto no art. 319, §§ 1º a 3º;

II - o índice de correção monetária adotado;

III - os juros aplicados e as respectivas taxas;

IV - o termo inicial e o termo final dos juros e da correção monetária utilizados;

V - a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso;

VI - especificação dos eventuais descontos obrigatórios realizados;

VII - indicação dos bens passíveis de penhora, sempre que possível.

[...]¹³

Deste modo, a partir da vigência do novo código processual, o credor deverá juntar a memória de cálculo demonstrando discriminadamente o valor do crédito atualizado, requerendo a intimação do devedor para pagamento que o será realizado na pessoa de seu advogado, pela imprensa oficial (artigo 513, §1º e §2º). Dessarte, o termo inicial para fluência do

13 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de processo civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 12.09.2015.

prazo de 15 (quinze) dias para a incidência da multa de 10% do valor da condenação ao montante do débito será da publicação da intimação do patrono do executado.

A exigência de manifestação expressa do demandante agradou a parcela da doutrina que se manifestou a respeito do tema, sob a justificativa de que caberá ao demandante analisar as reais chances que tem de satisfazer o seu direito diante da situação patrimonial do demandado, sendo exclusivamente sua a decisão a respeito de dar início ou não à fase da satisfação. Há corrente doutrinária, entretanto, que entendeu inadequada a criação de uma exceção ao princípio do impulso oficial, que inclusive continua a nortear o cumprimento de sentença nas obrigações de fazer/não fazer e entregar coisa certa.¹⁴

Diante da regulamentação abarcada pelo novo CPC acerca do termo inicial para incidência da multa disposta no artigo 475-J será posto fim a uma discussão que clamava por uma posição final. Desta forma, ao menos de um ponto de vista teórico tal emblema foi solucionado e assim, o que resta é aguardar a sua vigência para verificar na prática a eficiência em sua aplicabilidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante todo o conteúdo explicitado ao decorrer do presente trabalho, é possível inferir-se que, a partir da vigência do novo Código de Processo Civil será dirimido um problema que por um bom tempo se seguiu às margens das mais variadas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais e até mesmo na prática processual.

Denota-se que, as modificações advindas da Lei nº 11.232/2005 foram significativamente importantes no que tange ao processo executivo, sendo que com a adoção do sincretismo processual, que reuniu a

14 NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 270.

fase cognitiva e a executiva, tornando-as fases de um mesmo processo, possibilitou que o resultado inicial da demanda, qual seja a satisfação do crédito pudesse ser alcançada a partir de uma única ação, sem que fosse necessária a instauração de uma nova relação jurídica processual.

Em que pese às notórias contribuições advindas da lei supracitada, alguns dispositivos, pela falta de exaustão da tratativa ao conteúdo versado, restaram obscuros, o que exigiu para sua aplicabilidade interpretações advindas dos estudiosos e operadores do Direito.

A maior saga interpretativa se avultou em torno do artigo 475-J, especificamente em torno da indagação acerca do termo inicial do prazo de 15 (quinze) dias para incidência da multa de 10% (dez por cento).

Nesse contexto, importante ressaltar a tamanha complexidade que acompanhou o tema, permeado de dúvidas, contradições e polêmicas. Os posicionamentos que predominavam entre os juristas e doutrinadores demonstravam-se divergentes e até, de certo modo, antagônicos, de acordo com valores ou princípios que cada um considerava.

Com vistas a sanar diversas lacunas que permeavam o mundo jurídico em face da defasada estruturada do CPC de 1973, um novo Código foi elaborado e sob o nº de Lei 13.105 de 2015 terá sua vigência a partir de março de 2016, e ao menos no aspecto da discussão abordada no presente trabalho, trará uma solução clara e explícita para sua aplicação processual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de processo civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.

BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Código de processo civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm.

BRASIL. **Informativo 460/STJ, REsp 1.059.478/RS**, rel. originário Min. Luis Felipe Salomão, rel. para acórdão Min. Aldir Passarinho Junior, j. 15.12.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo 480/STJ, 3ª Turma, REsp 1.032.436/SP**, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.08.2011.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Aspectos polêmicos da nova execução de títulos judiciais**: lei 11.232/05. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **A nova execução de sentença**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Cumprimento da sentença civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DESTEFENNI, Marcos. **Curso de processo civil**. v. I: tomo II. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Reforma do CPC**: leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **REsp 1262933/RJ** – Corte Especial. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Julg. em 19/06/2013, pub. em 20/08/2013.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. II. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

Separação e Divórcio no Novo Código de Processo Civil

Isabela Piovesan Marcolino

Pós-Graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Graduada em Direito pela Instituição Faculdade de Ensino Superior Dom Bosco. Advogada.

RESUMO

A dissolução do casamento é um instituto do direito de família que poderá ser realizada de duas formas, ou seja, da forma consensual ou litigiosa. Para que haja a separação consensual o casal deverá estar em comum acordo e, além disso, estar casado há mais de um ano, podendo ser realizado tanto por procedimento judicial quanto por procedimento extrajudicial conforme prevê o CPC/73. Quanto à separação litigiosa, esta é assegurada pela lei e poderá ser realizada a qualquer momento, visto que um dos cônjuges confere a culpa ao outro pela violação de um dos deveres matrimoniais gerando consequências ao cônjuge culpado, como a perda do direito de permanecer com o sobrenome do outro, bem como perda do direito a alimentos, exceto os indispensáveis à sobrevivência. No procedimento judicial nos processos de separação litigiosa existem duas fases, sendo a tentativa de conciliação promovida pelo juiz e o procedimento judicial propriamente dito, devendo a parte apresentar a defesa, permitindo ainda valer-se do ajuizamento das medidas cautelares, como separação de corpos, entrega de bens de uso pessoal, sequestro, protesto contra alienação de bens, alimentos provisionais, cautelares inominadas, entre outras. Uma das vantagens da separação judicial é o fato de os cônjuges restabelecerem, a qualquer momento, a sociedade conjugal, mediante ato regular em juízo. Enquanto no divórcio isso não é permitido por conta da Emenda Constitucional nº 9, de 28-6-1977, que deu nova redação ao art. 175, § 1º, da então vigente Constituição Federal. Com o advento da EC 66/10, extinguiu a necessidade de lapso temporal como um pré-requisito para a concessão do divórcio, de forma a permitir a realização do divórcio direto, porém, nem por isso a separação judicial deixou de existir, no entanto passou a ser pouco utilizada na prática. Assim, pode-se observar que a redação do artigo 694 do Novo Código de Processo Civil, vem com o escopo de solucionar as controvérsias na tentativa de uma conciliação entre o casal.

Palavras-chave: Separação; Divórcio; Novo Código de Processo Civil.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa em seu primeiro tópico conceituar o que vem a ser os institutos da separação judicial e o divórcio, quais seus fundamentos legais, finalidades e o seu procedimento perante o ordenamento jurídico.

O segundo tópico objetiva demonstrar quais foram às principais mudanças após a Emenda Constitucional. A separação e o divórcio são questões que foram objetos de um amplo debate principalmente com o advento da Emenda Constitucional nº66 de 2010, na qual alterou o artigo 226 da Constituição Federal.

Ao final, busca-se o objetivo principal do trabalho que visa expor as principais alterações deste instituto no ordenamento jurídico expostos na legislação do novo Código de Processo Civil.

2 SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO

A separação judicial é um instituto do direito de família que proporciona a extinção da sociedade conjugal, podendo ocorrer tanto de forma consensual quanto de forma litigiosa, conforme determinam os artigos 1.572 e 1.574 do Código Civil de 2002. Na forma consensual poderá valer-se do procedimento judicial ou extrajudicial.

Conforme o artigo 34 da Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio) a separação consensual adotará o procedimento disposto pelos artigos 1.120 a 1.124 do CPC (a separação judicial não consensual segue o rito ordinário). O artigo 34 da Lei do Divórcio em seus parágrafos traz algumas normas complementares ao procedimento.¹

¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: processo cautelar e procedimentos especiais. v. 3. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 293.

Sob a égide do artigo 1.574² do Código Civil de 2002, a separação de forma consensual se dá nos casos em que os cônjuges estejam em comum acordo quanto a dissolução da sociedade conjugal, desde que encontrem-se casados há mais de um ano. Já na forma litigiosa um dos cônjuges confere culpa ao outro pela dissolução, permitindo assim, que seja requerida a qualquer momento.³

Como é da natureza da jurisdição voluntária, o pedido de separação consensual é estabelecido por ambos os cônjuges, porquanto não existe litígio, e a atividade jurisdicional versará, apenas, na homologação da manifestação de vontade de ambos os interessados.⁴

No mesmo sentido, Gonçalves⁵ traz a separação-sanção, como aquela que pode se requerida a qualquer momento a pedido de um dos cônjuges e está disposta no artigo 1.572 do CC.

Na separação-sanção, almeja-se a tutela jurisdicional atribuindo ao outro cônjuge a responsabilidade pela separação, pela violação de um dos deveres matrimoniais. Nesta modalidade, a comprovação de culpa produz consequências tais como: perda do direito a alimentos, exceto os indispensáveis à sobrevivência (CC, arts. 1.694, § 2º, e 1.704, parágrafo único) e perda do direito de permanecer com o sobrenome do outro (art. 1.578)⁶.

2 Art.1574 - Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção.

Parágrafo único. O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.

3 DALVI, Stella. **Do divórcio e da separação judicial**. 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direito-de-fam%C3%ADlia-div%C3%B3rcio-e-separa%C3%A7%C3%A3o-judicial>> Acesso em: 15 set. 2015.

4 WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2005. p. 293.

5 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v. 6. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 227.

6 DALVI, op. cit., acesso em: 15 set. 2015.

Como muito bem acentuou Wald⁷:

A separação amigável ou consensual poderá ser homologada pelo juiz a pedido de ambas as partes, respeitando-se o prazo de um ano de casamento. Utiliza-se o procedimento especial de jurisdição voluntária (arts. 1.120 a 1.124 do CPC). Na petição de separação, deverá constar a prova da celebração do casamento, contrato antenupcial, se houver, a declaração dos bens do casal e respectiva partilha, se acordada, além de acordo referente à guarda e visitas dos filhos menores, do nome de casamento e da pensão alimentícia (discute-se na doutrina e jurisprudência a possibilidade de renúncia dos alimentos pelos cônjuges). Apresentada a petição, o juiz ouvirá os cônjuges separadamente e fará a tentativa de conciliação. Uma vez comprovada a vontade de separação, será ouvido o membro do Ministério Público, como fiscal da lei, sendo posteriormente o pedido homologado pelo juiz. A sentença homologatória, depois de transitada em julgado, deverá ser averbada no Registro Civil e, havendo partilha de bens imóveis, no Registro de Imóveis. A Lei n. 11.441/2007 possibilita a separação judicial consensual, desde que não haja incapazes envolvidos, por meio de escritura pública na presença de um tabelião do Cartório de Registro Civil competente.

Wald⁸ ainda dispõe sobre a separação litigiosa:

As causas para separação litigiosa estão previstas nos arts. 1.572 e 1.573. Ou seja, pode ser fundamentada nas seguintes situações: (i) grave violação dos deveres do casamento que torne insuportável a manutenção da vida em comum; (ii) impossibilidade de comunhão de vida; (iii) ruptura da vida em comum por prazo superior a um ano contínuo aliado à impossibilidade de sua reconstituição; (iv) separação em razão de doença mental. A questão mais discutida na doutrina e jurisprudência atual em relação à separação litigiosa é quanto à culpa. Para muitos, a questão que realmente deveria ser relevante para a separação judicial é a

7 WALD, Arnoldo. **Direito civil**: direito de família. v. 5. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 266.

8 Idem..

falência do relacionamento, ou seja, o fim do vínculo afetivo. Contudo, a culpa ainda está presente na legislação brasileira, no *caput* do art. 1.572.

Existem duas fases no processo de separação litigiosa, a tentativa de conciliação promovida pelo juiz e, nas situações em que não obtenha-se a reconciliação, o procedimento judicial propriamente dito, devendo ter a citação do réu para que apresente defesa e indique as provas que pretende produzir. Há também a possibilidade de ajuizamento de medidas cautelares como: i) separação de corpos; ii) outorga de guarda e regulamentação de visitas; iii) entrega de bens de uso pessoal; iv) arrolamento de bens; v) produção antecipada de provas; vi) exibição de documentos; vii) sequestro; viii) protesto contra alienação de bens; ix) alimentos provisionais; x) cautelares inominadas.⁹

Consoante à lição de Barros e Aguirre¹⁰, quanto à separação tem-se que: “o juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges”.

Barros e Aguirre¹¹ apresentam a separação falência, a qual “pode ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstrução”.

Ainda, Barros e Aguirre¹² trazem a separação remédio, cuja:

pode ser pleiteada quando o cônjuge provar que o outro consorte está acometido de doença mental grave, de cura improvável e manifesta após o casamento, com no mínimo de dois anos de duração e que torne impossível a continuação da vida em comum.

9 WALD, 2009, p. 267.

10 BARROS, André Borges de Carvalho; AGUIRRE, João Ricardo Brandão. **Elementos do direito**: direito civil. 2. ed. São Paulo: Premier Máxima, 2008. p. 207.

11 Ibid., 2008. p. 208.

12 Idem.

Ademais a separação põe fim aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca, ao regime de bens, bem com sua sentença implica na separação de corpos e a partilha de bens.

Na separação, qual seja o motivo e o modo de como esta se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer, a qualquer momento, a sociedade conjugal, mediante ato regular em juízo.

Quanto ao divórcio, este tornou-se possível no Brasil pela Emenda Constitucional nº 9, de 28-6-1977, que deu nova redação ao art. 175¹³ § 1º, da então vigente Constituição Federal.

A Lei n. 6.515/77 regulou os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos e deu outras providências.

A Constituição Federal de 1988 diminuiu o prazo para a conversão da separação judicial em divórcio para um ano e introduziu o divórcio direto no caso de separação de fato por mais de dois anos conforme estabelece o § 6º do art. 226:¹⁴

Os artigos 1579 a 1582 do Código Civil vigente reproduziram as disposições que, referentes ao divórcio, encontram-se na Lei n. 6.515/77.

Pontifica Wald:¹⁵

A Emenda Constitucional n. 9/77 consagrou a forma indireta do divórcio, mediante conversão da separação judicial, e, excepcionalmente e de maneira transitória, o divórcio direto. Foi, pois, imposta uma fase preliminar e indispensável de

13 Art. 1º O § 1º do art. 175 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: 'Art. 175. (...)

§ 1º O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.

Art. 2º A separação, de que trata o § 1º do art. 175 da Constituição, poderá ser, de fato, devidamente comprovada em juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta Emenda'.

14 Art. 226. (...)

§6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

15 WALD, 2009. p. 272.

separação judicial. Preferiu o nosso legislador, em evidente concessão aos princípios da Igreja Católica, a adoção da forma indireta, pouco usada em outros países, pois, além de permitir que o casal se reconcilie, assegura-lhe, ainda, a faculdade de requerer ou não o divórcio.

Nessa mesma ordem de considerações Dalvi,¹⁶ acentua que o conceito de divórcio é similar ao de separação judicial, contudo analisando-se de forma minuciosa constatam-se algumas importantes diferenças. Na separação, mesmo que separados de corpos ainda permanece o vínculo matrimonial, já o divórcio promove a cessação definitiva do casamento, e deste modo põe fim aos deveres de inerentes ao instituto.

Mister salientar que o divórcio é irreversível, assim sendo, o status civil divorciado apenas poderá ser desconstituído se ocorrer novo casamento.

Wald¹⁷ explica:

A Constituição Federal de 1988 instituiu o divórcio direto em apenas uma única hipótese, a da separação de fato por mais de dois anos, o que outorgou nova redação ao caput do art. 40 da Lei n. 6.515/77, que passou a ser a seguinte:

‘Art. 40. No caso de separação de fato, e desde que completados 2 (dois) anos consecutivos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverá ser comprovada decurso do tempo de separação’, disposição esta que o novo Código Civil reproduziu no art. 1.580, § 2º.

O pedido de divórcio direto defere-se também aos cônjuges já separados judicialmente ou por escritura pública há menos de um ano, desde que já estejam separados de fato há mais de dois anos.

16 DALVI, acesso em: 15 set. 2015.

17 WALD, 2009. p. 272.

O divórcio direto poderá ser litigioso ou amigável.

O divórcio direto poderia ser requerido, uma vez comprovada a separação de fato por mais de dois anos. Não exigia-se a demonstração do motivo da separação ou culpa de um dos cônjuges. A lei dispensou que os dois anos de separação de fato fossem consecutivos. Encontros sazonais do marido e da mulher, sem objetivo de reconciliação, não interromperá o prazo da separação de fato.¹⁸

No divórcio, consoante observa Wald¹⁹ igualmente pode ocorrer pelo mútuo consentimento por meio judicial ou extrajudicial, bem como de forma litigiosa quando não existir acordo entre os cônjuges quanto à dissolução do vínculo matrimonial. Além disso, pode ser na forma de conversão da separação judicial em divórcio (um ano de separação judicial) ou até na forma direta, devido à ruptura da vida em comum por mais de dois anos de separação de fato.

Wald²⁰ anota que:

O divórcio direto litigioso não terá outro fundamento que não o comprovado decurso de mais de dois anos da separação de fato, sendo certo que o rito processual a ser observado é o ordinário. Não há, na verdade, possibilidade de divórcio direto litigioso fundamentado na culpa do outro cônjuge. Em tal hipótese, deve ser promovida a antecedente ação de separação judicial e a sua posterior conversão em divórcio.

A petição inicial deverá atentar-se aos requisitos necessários do artigo 282 do CPC e ser instruída com a prova do decurso do lapso temporal estabelecido em lei para o decreto do divórcio. Haverá a citação da parte contrária para apresentar resposta à ação no prazo de quinze dias, e com isso, designada audiência de instrução e julgamento para colheita da prova oral acerca do tempo já decorrido desde a separação de fato do casal²¹.

18 DALVI, acesso em: 15 set. 2015.

19 WALD, 2009. p. 273.

20 Idem.

21 Idem.

Na aludida audiência o juiz tentará a reconciliação do casal ou a transformação do divórcio litigioso em amigável, assim como acontece na separação judicial. Não havendo acordo, serão ouvidas as testemunhas e, em seguida, proferida a sentença²².

Em contrapartida, o divórcio direto amigável poderá ser requerido em juízo, bem como realizado mediante escritura pública.

Se for por meio judicial, observar-se-á o procedimento elencado nos artigos 1.120 a 1.124 do CPC e, mais, aquelas determinações dispostas nos incisos I a IV do § 2º do art. 40 da Lei n. 6.515/77.

Com a edição da Lei n. 11.441/2007, o divórcio poderá ser realizado de modo extrajudicial, desde que a) não haja filhos menores ou incapazes do casal; b) tenha decorrido o prazo de dois anos de separação de fato (cf. art. 1.124-A do CPC).

Barros e Aguirre²³ anotam que o divórcio não trará mudanças aos direitos e deveres dos pais quanto aos filhos e poderá ser conferido sem prévia partilha de bens.

2.1 A SEPARAÇÃO E O DIVÓRCIO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010

A Emenda Constitucional nº66 foi promulgada no dia 13 de julho de 2010, promovendo assim a alteração no artigo 226 da Constituição extinguindo do texto à necessidade de lapso temporal como um pré-requisito para a concessão do divórcio²⁴.

22 WALD, 2009, p. 273.

23 BARROS, André Borges de Carvalho; AGUIRRE, João Ricardo Brandão. **Elementos do direito:** direito civil. 2. ed. São Paulo: Premier Máxima, 2008. p. 209.

24 SOUZA, Karla Cortez de. **A emenda constitucional n. 66 e seus reflexos na separação judicial.** 2014. Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8545/A-Emenda-Constitucional-no-66-e-seus-reflexos-na-separacao-judicial>>. Acesso em: 15 set. 2015.

Dessa forma, a redação do artigo 226²⁵ da CF dispõe que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” e seu §6º traz que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

É imprescindível a modificação do ordenamento jurídico para atender aos anseios da sociedade, haja vista ela está em constante mutação. Com isso, antes da promulgação da emenda, as únicas hipóteses de extinção do vínculo conjugal seriam o divórcio e a morte. Apesar de o casamento ser tratado pelos aspectos jurídicos, existe forte influência da religião, que o preserva.²⁶

Porém, com as mudanças no comportamento das pessoas na sociedade fizeram com que se modificasse o requisito temporal. Assim, a emenda propiciou maior agilidade na dissolução do casamento.

A grande inovação trazida pela Emenda foi com relação à separação judicial que deixou de existir. Antes da Emenda seria necessário o prazo de um ano para que fosse convertida a separação judicial em divórcio.

Nas palavras de Gonçalves:²⁷

A inovação constitucional, de grande envergadura, dividiu opiniões, especialmente acerca da extinção do instituto da separação judicial e da possibilidade de se obter o divórcio, doravante, sem a necessidade de se demonstrar o tempo de separação de fato ou de separação judicial. Entretanto, somente uma interpretação literal do novo texto legal poderia justificar a permanência da separação judicial ou extrajudicial.

Essa alteração da Constituição foi amplamente discutida, com posicionamentos a favor e contra, pois parte das pessoas entendiam que, com a extinção da separação judicial, poderia haver um enfraquecimento da sociedade conjugal, bastando, assim a mera manifestação de vontade de um dos cônjuges para que seja homologado o divórcio, sendo a separação

25 BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

26 SOUZA. Acesso em: 15 set. 2015.

27 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v. 6. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 204.

judicial um momento de reflexão para decidirem se realmente querem a dissolução da sociedade conjugal.²⁸

Outro ponto que deve ser analisado é com relação ao princípio da intervenção mínima do Estado nas relações pessoais, e nesse caso com relação aos cônjuges. Ou seja, é a autonomia da vontade privada, que parte do pressuposto que o matrimônio é uma vontade pessoal não cabendo ao Estado interferir nessas relações. Nesse ponto, o Estado não poderia, justamente por ser laico, impedir a livre escolha das pessoas pelo divórcio sem ter que antes cumprir o requisito temporal exigido. Ou seja, é uma opção do casal e apenas dele, partindo pelo pressuposto da intervenção mínima do Estado na vida pessoal dos sujeitos.²⁹

Sendo assim, com o advento da Emenda Constitucional nº66 tornou a dissolução da sociedade conjugal mais simplificada, haja vista não inseriu a figura da separação judicial. Tornou-se assim um processo mais célere, porém houve posicionamentos contrários a ela. Fato é que a Emenda quis acabar com o sistema dualista que existia no processo de divórcio, mas nada impediu que fosse homologada a separação judicial após a Emenda.

2.1.1 Separação e Divórcio no Novo Código de Processo Civil

O Novo Código de Processo Civil foi sancionado e vai trazer significativas modificações no campo do direito de família, especialmente no que tange ao rompimento das sociedades conjugais.

28 GONÇALVES, Ricardo Celso de Magalhães Loureiro. **Divórcio**: a Emenda Constitucional nº 66/2010 e seus reflexos processuais. Revista Jus Navigandi, Teresina: 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/31950>>. Acesso em: 15 set. 2015.

29 CAMARGO, Lauane Andrekowisk Volpe; CAMARGO, Dierle Nunes; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Direito do Casal**: Regulamentação da separação consensual no Novo CPC merece aplausos. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-24/regulamentacao-separacao-consensual-cpc-mercede-aplausos>>. Acesso em: 15 set. 2015.

Como já foi mencionado acima, com o advento da Emenda Constitucional de nº66 que trouxe novo texto ao §6 do artigo 226 da Constituição, trouxe consigo grande debate por parte dos doutrinadores com relação ao prazo para que seja homologado o divórcio e se a separação judicial foi revogada.

O novo Código de Processo Civil aborda novamente o tema da separação judicial e trata também sobre a união estável. O doutrinador quis, dessa forma, dar na separação, um lapso temporal para que eventualmente possa ocorrer uma reconciliação. Trata-se então da visão mais conservadora do instituto casamento.

Com relação ao divórcio direto, o legislador previu uma imediata cessação de direitos e obrigações entre os cônjuges, com o aspecto mais relacionado com a Emenda Constitucional nº66, visando dar maior celeridade, agilidade e também uma menor interferência do Estado na vida privada dos sujeitos³⁰.

O artigo 694³¹ dispõe que:

nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem à mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

Com a redação do artigo 694 do novo Código de Processo Civil, é possível visualizar que quis o legislador trazer uma ruptura dos vínculos afetivos de maneira mais amigável, posto que em sua redação visa uma solução das controvérsias na tentativa de uma conciliação. Assim, esse artigo prevê que as partes possam ter uma conciliação que são centros de solução de con-

30 TRAD FILHO, Ricardo. **Separação e divórcio no novo CPC**. Disponível em: <<http://ricardotradfilho.com.br/publicacoes/artigo/separacao-e-divorcio-no-novo-cpc-2350.html>>. Acesso em: 15 set. 2015.

31 BRASIL, **Novo código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

flitos, que pode ser denominada como uma instância pré-judicial, onde antes mesmo da apresentação da defesa o réu vai ser chamado para uma tentativa de conciliação. Além disso, os litigantes poderão se submeter a um atendimento multidisciplinar na busca por uma solução mais pacífica.³²

O legislador, visando à conciliação e uma solução mais pacífica, dispôs ainda o artigo 696³³, que dispõe: “Art. 696. A audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito”.

Dessa forma, o novo Código de Processo Civil trata ainda da hipótese de separação judicial e divórcio, porém não é necessário ainda o lapso temporal para a homologação do divórcio em respeito às alterações da Constituição Federal com a Emenda nº66. Além disso, é evidente que o legislador quis dar uma ênfase na conciliação amigável dos litigantes seguindo o artigo 694 e seguintes do novo CPC, com uma fase pré-judicial.³⁴

3 CONCLUSÃO

A separação e o divórcio são questões amplamente discutidas pela doutrina, sendo assim um tema relevante no âmbito civil, tendo também uma interferência religiosa, por questões culturais que estão inseridas na sociedade. Por vezes, faz-se necessário que ocorram mudanças no texto. Destarte houve a alteração da Constituição através da Emenda Constitucional nº66 e também do novo Código de Processo Civil.

Após a alteração da constituição pela Emenda Constitucional nº66 foi amplamente discutida sobre a retirada da figura da separação judicial do texto e seus reflexos, principalmente no que tange ao lapso temporal que existia para que fosse homologado o divórcio.

32 TRAD FILHO. acesso em: 15 set. 2015.

33 BRASIL, 2015.

34 TRAD FILHO, acesso em: 15 set. 2015.

Conforme o exposto, seguindo a corrente majoritária, a figura da separação judicial não é considerada inconstitucional apenas pelo fato de não estar mais presente no texto constitucional, visto que, é possível que seja homologado a separação judicial mesmo após o advento da EC nº66.

Dessa forma, o novo Código de Processo Civil manteve a possibilidade da separação judicial, e trouxe consigo um texto que visa uma dissolução mais amigável, fazendo com que o magistrado tente uma conciliação com equipe multidisciplinar, não deixando de lado a figura da separação judicial, ficando essa como uma hipótese de eventual reconciliação e existindo também a figura do divórcio que é a cessação imediata dos direitos e obrigações na sociedade conjugal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, André Borges de Carvalho; AGUIRRE, João Ricardo Brandão. **Elementos do Direito: Direito Civil. 2. ed.** São Paulo: Premier Máxima, 2008.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL, **Novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Saraiva: 2015

CAMARGO, Lauane Andrekowisk Volpe; CAMARGO, Dierle Nunes; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Direito do Casal: Regulação da separação consensual no Novo CPC merece aplausos.** 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-24/regulamentacao-separacao-consensual-cpc-mercede-aplausos>>. Acesso em: 15 set. 2015.

DALVI, Stella. **Do Divórcio e da Separação Judicial** 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direito-de-fam%C3%ADlia-div%C3%B3rcio-e-separa%C3%A7%C3%A3o-judicial>> Acesso em: 15 set. 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: Direito de Família. v. 6. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Ricardo Celso de Magalhães Loureiro. **Divórcio**: a Emenda Constitucional nº 66/2010 e seus reflexos processuais. Revista Jus Navigandi, Teresina: 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/31950>>. Acesso em: 15 set. 2015.

SOUZA, Karla Cortez de. **A Emenda Constitucional nº 66 e seus reflexos na separação judicial**. 2014. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8545/A-Emenda-Constitucional-no-66-e-seus-reflexos-na-separacao-judicial>>. Acesso em: 15 set. 2015.

TRAD FILHO, Ricardo. **Separação e Divórcio no Novo CPC**. 2015. Disponível em: <<http://ricardotradfilho.com.br/publicacoes/artigo/separacao-e-divorcio-no-novo-cpc-2350.html>>. Acesso em: 15 set. 2015.

WALD, Arnoldo. **Direito Civil**: Direito de Família. v. 5. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**: Processo Cautelar e Procedimentos Especiais. v. 3. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

Medidas Cautelares Diversas da Prisão: O Uso da Monitoração Eletrônica

Renata Rodrigues Guimarães Wollmann

Pós-Graduanda em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná e em Direito Penal e Processual Penal Contemporâneo pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

RESUMO

Atualmente, verifica-se que o sistema carcerário brasileiro está superlotado. Com a finalidade de evitar a prisão antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, pautado em princípios constitucionais, foram criadas medidas cautelares e, em 2011, com a Lei nº 12.403, alterou-se a redação do artigo 319 do Código de Processo Penal, incluindo novas medidas cautelares, dentre elas, a monitoração eletrônica.

Palavras-chave: Medidas cautelares; Monitoração eletrônica; Processo penal.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, é notório o nosso conhecimento sobre a superlotação nas celas e o fato de que se prende e se condena numa proporção muito maior do que o número de novos cárceres. Isto tudo, com a finalidade de dar uma resposta à sociedade sobre o aumento da criminalidade. Essa defasagem entre o número de apenados e o de celas gera a situação degradante, manchete nos principais meios de comunicação.

Em contrapartida, decisões judiciais polêmicas em que não houve prisões por falta de espaço físico e condições mínimas de dignidade do apenado, tem causado grande repercussão na sociedade. Como alternativa para esta situação, cuja tendência é de se agravar, o Código Penal, após a lei nº 12.403/2011, apresenta novas medidas cautelares, dispostas em seu artigo 319. Neste contexto, o artigo analisa o uso de equipamentos eletrônicos de rastreamento como alternativa ao encarceramento sob os aspectos jurídicos, psicossociais e econômicos.

2 MEDIDAS CAUTELARES EM ESPÉCIE

A lei nº 12.403/2011 alterou a redação do artigo 319 do Código de Processo Penal, trazendo novas medidas cautelares alternativas à prisão, que tem por objetivo evitar a prisão antes do trânsito em julgado da sentença. “São medidas de natureza urgente que atinge a pessoa do acusado, tem natureza pessoal, assegurando que a pessoa permaneça solta durante o percurso do processo, garantindo o Princípio de Presunção de Inocência, previsto na Constituição Federal”.¹

As medidas dispostas no artigo supracitado são:

I – Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II – Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III – Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV – Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V – Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI – Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII – Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser imputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco

1 LIMA, Renato Brasileiro. **Direito, Moralidade e Pós – Modernidade**. In.: **Fórum de debates jurídicos: Palestra sobre a nova prisão cautelar**, I, 2011, João Pessoa-PB. Escola Brasileira de Estudos Constitucionais - EBEC, 2011.

de reiteração;

VIII – Fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX – Monitoração eletrônica.

§4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

O artigo 320 do Código de Processo Penal prevê ainda a proibição de sair do território nacional.

3 MONITORAÇÃO ELETRÔNICA

Monitoração, segundo o dicionário da língua portuguesa Aurélio, indica ato ou efeito de monitorar, ou seja, de acompanhar algo.

A lei nº 12.403/2011 incluiu a monitoração eletrônica como medida cautelar diversa da prisão no artigo 319 do Código de Processo Penal, sendo utilizada como meio de fiscalização, vigilância indireta ou a distância de condenados, podendo ser utilizado tanto na fase do processo de conhecimento, quanto na de execução. Por tal vigilância necessitar de distância, descarta-se qualquer tipo de contato direto ou pessoal.²

José Roberto Rochel de Oliveira, em sua tese de doutorado que tem como título “A monitoração eletrônica no processo penal” dispõe que:

A legislação que autorizou o emprego da monitoração eletrônica, no Brasil, procurou instituir controle rígido para o emprego dessa tecnologia, pois condicionou seu uso aos casos em que haja prévia e expressa autorização judicial, reforçando a observância da legalidade e da constitucionalidade no emprego desse novo recurso.³

2 OLIVEIRA, José Roberto Rochel de. **A monitoração eletrônica no processo penal**. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2012. p. 37.

3 Ibid, p. 39.

Desta forma observa-se que foi instituído um controle rígido para a utilização da monitoração eletrônica, em que se deve respeitar a legalidade e a constitucionalidade deste instrumento.

A monitoração eletrônica é feita através de tornozeleira, bracelete ou dispositivo semelhante, que será indicado em decisão expressa pela autoridade judicial.

Desta forma, monitoração eletrônica é uma vigilância indireta, feita por meios tecnológicos para se determinar a localização de uma pessoa determinada, que decorre de uma ordem judicial. Assim, pode-se saber se esta pessoa está em local que foi proibida de frequentar ou não.

Diante disto, houve a preocupação com a liberdade e com a dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal prevê como garantia Constitucional a liberdade, em seu artigo 5º, *caput*, podendo ocorrer a restrição apenas em casos excepcionais. Desta forma, a monitoração eletrônica vem de maneira menos agressiva ao acusado, se comparado com a prisão preventiva ou com a prisão temporária.⁴

Desta forma, sob o ponto de vista constitucional, o que deve prevalecer é o respeito à privacidade e a dignidade da pessoa sob vigilância, vez que de outra forma, a medida será considerada inconstitucional⁵.

Por exemplo, o Tribunal de Justiça de São Paulo entende que a monitoração eletrônica não viola o princípio da dignidade da pessoa humana, como alguns dizem. Verifica-se isto através de julgado deste:

Como forma de coibir tais ocorrências e ainda possibilitar a manutenção dos benefícios aos reeducandos que preenchassem os requisitos exigidos em lei, da forma mais adequada, proporcionando à sociedade a segurança prevista na Constituição Federal, foi estabelecido o sistema de fiscalização por meio de monitoramento eletrônico, que foi devidamente instituído pela Lei nº 12.258/2010. Como dito, sua criação visa à

4 GOMES, Luiz Flávio. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 248.

5 OLIVEIRA, 2012, p. 39.

fiscalização dos sentenciados quando se encontrarem em gozo de benefícios em sede de execução penal, razão pela qual tem eficácia imediata para todos aqueles que se inserirem nas condições descritas no art. 146-B da LEP. Não podem retroagir as alterações que ocasionem modificações de caráter penal. Por outro lado, em caso de violação dos deveres impostos, a própria Seção da LEP, em que foi instituída a monitoração eletrônica, traz a relação das punições a serem impostas aos sentenciados que os inobservarem (art. 146-C, parágrafo único).

Verifica-se então que o entendimento jurisprudencial é favorável ao uso do monitoramento eletrônico, quem vem com a ideia de afastar o acusado das prisões, com o objetivo de reaproximar o indivíduo da sociedade, sem deixar ser vigiado pela autoridade competente.

4 PERSPECTIVAS DA MONITORAÇÃO ELETRÔNICA COMO MEDIDA CAUTELAR PROCESSUAL PENAL

Verifica-se que há uma série de questões para a implementação da monitoração eletrônica no Brasil.

Com relação a legalidade, é necessário observar os requisitos legal, tanto os específicos, ou seja, a aplicação da lei penal, bem como os genéricos, ou seja, *fumus comissi delicti* e do *periculum in libertatis*. Há que se lembrar que a monitoração eletrônica apenas é cabível às infrações penais a qual for cominada, podendo ser aplicada de maneira isolada, cumulativa ou alternativamente a pena privativa de liberdade.

A necessidade de substituir a prisão por medidas menos agressivas ao réu é premente, porém há uma dependência pela estrutura e equipamentos a serem disponibilizados ao Poder Judiciário.

5 ASPECTOS PSICOSSOCIAIS

É importante controlar a localização do sujeito monitorado, mas também é necessário cuidar para não as expor a situações vexatórias que possam trazer problemas ao invés de soluções. Por isto, há a necessidade em se ter mecanismos imperceptíveis por outras pessoas, para evitar que as que estão sendo monitoradas sejam colocadas em situações constrangedoras.

A questão ética intrínseca à monitoração eletrônica deve ser enfrentada de forma direta. Sob esse enfoque, é possível destacar os seguintes aspectos:

- Violência física e moral.
- Estigmatização.
- Perda da Intimidade.
- Desrespeito à Dignidade Humana.

6 ASPECTOS FINANCEIROS

Resgata-se aqui, o fato, já mencionado na introdução deste artigo, de que não houveram prisões por falta de espaço físico e condições mínimas de dignidade do apenado. Neste contexto, de conhecimento geral da sociedade, as questões financeiras podem ser consideradas relevantes.

Assim é importante destacar, segundo o Departamento Penitenciário do Ministério da Justiça, alguns valores monetários:

- Investimento na implantação de uma vaga no sistema brasileiro: entre R\$ 30.000,00 e 35.000,00.
- Custo médio de manutenção de uma vaga no sistema prisional brasileiro: entre R\$ 800,00 e 2.000,00.
- Investimento na implantação de um sistema de monitoração eletrônica para 3.000 presos: R\$ 430,00 por preso.
- Custo de manutenção desse sistema: R\$ 360,00 por preso.

Os números falam por si. Do ponto de vista financeiro, sem sombra de dúvida, a monitoração eletrônica é extremamente mais vantajosa.

7 CONCLUSÃO

É necessário destacar que o custo para manter um sujeito preso provisoriamente é elevado, comparado ao valor gasto para a utilização do sistema de monitoramento eletrônico e, provavelmente este seja um dos motivos que levou a sua entrada do rol das medidas cautelares previstas no artigo 319, CP. Algumas das medidas cautelares do artigo supracitado tem como objetivo de evitar, pelo menos em parte, a detenção de pessoas não condenadas definitivamente.

A monitoração foi entendida pelo legislador como um meio para evitar o cárcere cautelar, restando aos aplicadores do direito protagonizar e tornar realidade a aplicação deste dispositivo.

Evidencia-se que experiências realizadas em outros países mostraram fatores positivos com relação a monitoração eletrônica, quais sejam, a redução dos custos com Centros de Detenção Provisória; redução da probabilidade de estigmatização e, dentre outros, prevenir que indiciados e acusados sejam submetidos a constrangimento desnecessário dentro das prisões.

Não se pode esquecer que todo novo sistema implica mudança de paradigmas e demanda tempo de amadurecimento. Assim, é importante observar que:

- Não se deve implantar sem antes experimentar.
- Implantar gradativamente com avaliação permanente dos resultados.
- É uma ferramenta de auxílio, não uma “solução mágica”.
- Reduz a criminalidade na medida que evita a contaminação com os presos perigosos.

- O monitoramento é uma alternativa a prisão e não um aumento do controle penal.
- É necessário ouvir o preso, pois ele é parte do processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Diário Oficial da União. Brasília, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 25 de ago. 2015.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011**. Diário Oficial da União. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 25 de ago. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, José Roberto Rochel de. **A monitoração eletrônica no processo penal**. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro. Direito, moralidade e pós-modernidade. In: **Fórum de debates jurídicos: Palestra sobre a nova prisão cautelar, I**, 2011, João Pessoa - PB. Escola Brasileira de Estudos Constitucionais - EBEC, 2011.