

ISSN - 2359 - 0203

REVISTA

ESCOLA DA
MAGISTRATURA
DO PARANÁ

VOLUME 6

REVISTA
ESCOLA DA
MAGISTRATURA
DO PARANÁ

Curitiba
2016

CONSELHO EDITORIAL - REVISTA EMAP

Acir Bueno de Camargo

André Freire

Clayton Maranhão

Eduardo Jordão

Egon Bockman Moreira

Gilberto Giacoia

Ingo Sarlet

Ivar Alberto Martins Hartmann

Jorge de Oliveira Vargas

José Laurindo de Souza Netto

Miguel Kfourri Neto

Phillip Gil França

Rodrigo Fernandes Lima Dalledone

Vasco Pereira da Silva

REVISTA

**ESCOLA DA
MAGISTRATURA
DO PARANÁ**

VOLUME 6

PROJETO EDITORIAL/COORDENAÇÃO DE ORIGINAIS

Monalisa Vargas
Silvana Gutierrez

AUTORES

Rodrigo Lima Dalledone
Phillip Gil França
Jorge de Oliveira Vargas/Giuliano di Carlo Tambosi
Rogério Burkot Pietroski
Luiz Guilherme Marinoni
Andréia Aquiles Sipriano da Silva Ortega
Maria Cecília Soares Vannucchi/Phillip Gil França
Tatiana de Jesus Neves
Monica de Melo Viana Concienci
Carolina Lago Dall'Agnol
Anne Caroline Pellizzaro
Claudia Spinassi/Marcos Vinicius Dias Carrasco
Luiz Valerio dos Santos/José Laurindo de Souza Netto
Thiago Perez e Silva

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. 6. Curitiba : Serzegráf, 2016.

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
Apontamentos sobre a inspeção judicial dos serviços notariais e de registro Rodrigo Fernandes Lima Dalledone	8
Controle judicial a partir das perspectivas objetivas e subjetivas da boa administração pública Phillip Gil França	28
O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e o redirecionamento da execução fiscal Jorge de Oliveira Vargas e Giuliano Di Carlo Tambosi	37
A Inconstitucionalidade do artigo 4º, §§ 2º E 6º, da Lei 12.850/2013 Rogério Burkot Pietroski	44
O problema do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinários e especial repetitivos Luiz Guilherme Marinoni	76
Processualização da desconconsideração da personalidade jurídica no novo código de processo civil Andréia Aquiles Sipriano da Silva Ortega	101
Brevíssimas notas sobre o novo código de processo civil: a solução concreta da lide e a primazia do enfrentamento do mérito Maria Cecília Soares Vannucchi Phillip Gil França	118
A dinamização do ônus da prova Tatiana de Jesus Neves	123
A execução de alimentos no novo código de processo civil Monica de Melo Viana Concienci	141
Abandono afetivo na família contemporânea Carolina Lago Dall'Agnol	158

Audiência de custódia: uma alternativa de redução à cultura do encarceramento em massa?

Anne Caroline Pellizzaro..... 176

A responsabilidade penal isolada da pessoa jurídica em crimes ambientais: análise do recurso extraordinário n. 548.181 – Supremo Tribunal Federal do Brasil.

Claudia Spinassi

Marcos Vinicius Dias Carrasco..... 194

O prosseguimento do processo penal para o Réu revel citado por edital à luz dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa

Luiz Valerio dos Santos

Jose Laurindo de Souza Netto..... 213

Prescrição à luz do novo código de processo civil: Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015

Thiago Perez e Silva..... 235

APRESENTAÇÃO

É com imensa satisfação que apresentamos a 6º edição da Revista da Escola da Magistratura do Paraná.

Trata-se de uma coletânea de 14 artigos, produzidos sobretudo por alunos e professores da EMAP, relacionada a temas de grande interesse para a comunidade jurídica.

Observa-se nas sustentações teóricas dos artigos uma solidez reveladora de um processo de construção do saber consentâneo com o referencial teórico metodológico adotado pela EMAP, de natureza dialética.

O projeto pedagógico desenvolvido pela EMAP, preocupa-se com a formação humanística, cujo conhecimento não é transferido ou depositado, mas sim construído através de uma reflexão crítica e um diálogo interdisciplinar.

Assim, procura disseminar e estimular conhecimento apto a compreender e transformar a realidade em prol dos direitos de cidadania, com a visão praxica e através de uma interação com o mundo real dos casos concretos.

A teoria em si (...) não transforma o mundo. Pode contribuir para a sua transformação, mas para isso tem que sair de si mesma, e, em primeiro lugar, tem que ser assimilada pelos que vão ocasionar, com seus atos reais e efetivos, tal transformação. Entre a teoria e a atividade prática transformadora se insere um trabalho de educação das consciências, de organização dos meios materiais e planos concretos de ação (...). Nesse sentido, uma teoria é prática na medida em que materializa, através de uma série de mediações, o que antes só existia idealmente, como conhecimento da realidade ou antecipação ideal de sua transformação. (VÁSQUEZ, A. Sánchez. Filosofia da Práxis, 2. ed. 1977, p. 206).

Estamos certos de que a leitura desta Revista trará aos estudiosos do direito elementos fundamentais para compreensão de problemas jurídicos da contemporaneidade e a transformação que a sociedade anseia.

José Laurindo De Souza Netto
Diretor Geral da Escola da Magistratura

APONTAMENTOS SOBRE A INSPEÇÃO JUDICIAL DOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO

Rodrigo Fernandes Lima Dalledone

Juiz de Direito Substituto em 2º Grau no TJPR, em auxílio da Presidência (205/2016). Mestre e Doutorando em Direito do Estado (UFPR). Especialista em Direito Administrativo. Foi Juiz Auxiliar da Corregedoria-Geral da Justiça nas gestões 2007/2008/2009/2010. Coordenador de Cursos da Escola da Magistratura do Paraná.

RESUMO

A Constituição da República de 1988 deu nova compostura às funções públicas notariais e registrais, que deixaram de integrar o rol de atividades auxiliares do Poder Judiciário e passaram a ser exercidas por particulares, que ostentam a dúplici qualificação de oficias públicos/profissionais do direito. A fiscalização de tais funções, contudo, continuou a ser exercida pelo Poder Judiciário, por meio de um plexo de poderes instrumentais, que congregam, dentre outras, a atividade de inspeção periódica das Serventias. O presente artigo pretende oferecer aos magistrados subsídios que os auxiliem no exercício da função fiscalizatória dos Serviços Notariais e de Registro, nos termos das Leis 6.015/73, 8.935/94 e das disposições da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Paraná.

Palavras-chave: Serviços notariais e de registro; Fiscalização pelo Poder Judiciário; Função correicional; Estado do Paraná; Código de Normas do Foro Extrajudicial (CNFE). Roteiro de inspeção.

ABSTRACT

The Constitution of 1988 gave new composure to the notary public and registration offices, which no more integrate the list of ancillary activities of the judiciary and are now exercised by individuals, bearing the dual qualification of public officials / practitioners. The supervision of these functions, however, continued to be exercised by the judiciary through a plexus of instrumental powers, which congregate, among others, the periodic inspection activity. This article aims to provide magistrates subsidies to assist them during the inspection function of the Notarial and Registration Services, under Law 6,015/73, 8,935/ 94 and the provisions of the Comptroller-General of Justice of the State of Paraná.

Keywords: Notary and registration services; Supervision by the judiciary; correicional function; State of Parana; Standards Code of Extrajudicial Services (CNFE). inspection checklist.

1 INTRODUÇÃO

O art. 236 da Constituição da República de 1988 e a Lei 8935/1994 (LNR) trouxeram grandes modificações à disciplina das funções notariais e de registro.

Em linhas gerais, os notários e registradores deixaram de ser “auxiliares do Poder Judiciário” (qualificação que ainda se pode extrair do art. 118 do CODJ) e passaram a ostentar os predicados de *oficiais públicos/profissionais do direito*, isto é, de particulares que atuam em colaboração com o poder público, exercendo em caráter privado as funções públicas que lhes foram delegadas.

A ênfase passou a recair na relação jurídico-administrativa entabulada entre o delegante (Poder Judiciário) e o notário ou registrador, inaugurada pelo ato de outorga subsequente ao concurso público de provas e títulos.

Ao tempo que são “dotados de fé pública” (LNR, art. 3º), os titulares dos serviços notariais e de registro atuam por sua conta e risco (com independência técnica e administrativa, portanto), competindo-lhes prover as respectivas unidades com os recursos humanos e materiais necessários à prestação dos serviços “de modo eficiente e adequado, em dias e horários estabelecidos pelo juízo competente” (LNR, arts. 4º, 20 e 21). Daí decorre sua responsabilidade pelos prejuízos que sua atividade causar a terceiros.¹

O Serviço ou Serventia (anteriormente denominado de “Cartório”) constitui a “organização técnica e administrativa”, isto é, o *locus* destinado ao desenvolvimento da atividade delegada, à produção de atos tendentes a “garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos” (LNR, art. 1º).

Ao Poder Judiciário passou a incumbir exclusivamente a *fiscalização* dos Serviços notariais e de registro (CR, art. 236, § 1º; LNR, art. 37), o que compreende um plexo de poderes instrumentais (de inspeção, orientação, normatização e disciplina) e constitui atividade administrativa levada a efeito por meio de uma estrutura escalonada, integrada pelos Juízes Corregedores

¹ Conquanto a questão da responsabilidade civil dos notários e registradores não constitua o escopo deste trabalho, registra-se que recentemente a Lei 13.286/2016 alterou o art. 22, *caput*, da Lei 8.935/94, fazendo constar expressamente a hipótese de responsabilização subjetiva: “Os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso”. Houve, ademais, a fixação do prazo prescricional de três anos para o exercício da pretensão indenizatória (parágrafo único).

do Foro Extrajudicial e pela Corregedoria-Geral da Justiça, tendo em seu ápice o Conselho Nacional de Justiça.

O presente trabalho, de cunho eminentemente prático, tem por objetivo sugerir um roteiro parcial com os principais aspectos que devem ser observados pelos juízes corregedores na inspeção periódica dos serviços notariais, consideradas as disposições do Código de Normas do Foro Extrajudicial (CNFE) da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Paraná.

2 A ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO

A atividade de fiscalização exercida pelo Poder Judiciário sobre os serviços notariais e registrais tem fundamento no art. 236, § 1º, da Constituição da República, nos arts. 37 e 38 da Lei 8.935/94, no CODJ e no item 1.2.10 do Código de Normas do Foro Judicial (doravante CN, aplicável ao chamado “Foro Extrajudicial” por força do item II do Provimento 249).²

Aos Juízes Corregedores do Foro Extrajudicial compete a inspeção periódica dos Serviços, (CN, itens 1.2.1, 1.2.10, 1.3.1 e seguintes), a verificação do cumprimento dos deveres funcionais, a expedição de instruções, a resolução de dúvidas e resposta a consultas, o processamento de reclamações (CN 1.5.1), a instauração de sindicâncias/processos administrativos e a aplicação das penalidades de (arts. 165 e 199 CODJ; Ac.7.556/CM - Regulamento de Penalidades).

3 VISÃO GERAL DOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO NO ESTADO DO PARANÁ

3.1 TABELIONATO DE NOTAS

Os tabeliães de notas têm como atribuições (art. 6º LNR, CNFE, art. 658, § 1º):

² O provimento 249/2013 da Corregedoria-Geral de Justiça promoveu a “divisão das normas relativas ao Foro Extrajudicial das do Foro Judicial (Código vigente), com a publicação do novo Código de Normas, exclusivamente para o Foro Extrajudicial do Estado do Paraná” (inc. I).

I - formalizar juridicamente a vontade das partes; II - intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo; III - autenticar fatos.

A eles compete, com exclusividade (art. 7º LNR; CNFE, art. 658, *caput*), a lavratura de escrituras e procurações públicas, bem como das atas notariais; a confecção de testamentos públicos e a aprovação dos testamentos cerrados; o reconhecimento de firmas e a autenticação de cópias; extração e conferência de públicas-formas.

É livre escolha do tabelião de notas pelas partes, não podendo, contudo, praticar atos de seu ofício fora do Município para o qual recebeu delegação (LNR, arts. 8º e 9º; CODJ, art. 191, inc. I; CNFE, arts. 3º e 665). Vale dizer, a parte pode ir ao notário, mas o notário não pode ir em busca da parte.

3.2 TABELIONATO DE PROTESTOS

Aos tabeliães de protesto de título compete privativamente:

I - protocolar de imediato os documentos de dívida, para prova do descumprimento da obrigação; II - intimar os devedores dos títulos para aceitá-los, devolvê-los ou pagá-los, sob pena de protesto; III - receber o pagamento dos títulos protocolizados, dando quitação; IV - lavrar o protesto, registrando o ato em livro próprio, em microfilme ou sob outra forma de documentação; V - acatar o pedido de desistência do protesto formulado pelo apresentante; VI - averbar: o cancelamento do protesto e as alterações necessárias para atualização dos registros efetuados; VII - expedir certidões de atos e documentos que constem de seus registros e papéis. (art. 11 LNR e art. 3º da Lei 9.492/97).

Em relação à divisão do trabalho, “havendo mais de um tabelião de protestos na mesma localidade, será obrigatória a prévia distribuição dos títulos” (art. 11, p. único da Lei 8.935/94; CN 3.10.1; CNFE, art. 872), e, na hipótese de existir um único Tabelionato, os títulos e documentos estarão sujeitos ao prévio registro no Serviço Distribuidor (CODJ, art. 145, II, “e”; CN 3.10.1.1; CNFE 872, § 1º).

3.3 SERVIÇO DE REGISTRO DE IMÓVEIS

O Serviço de Registro de imóveis tem por competência a prática de uma extensa gama de atos referentes à transferência, preservação e oneração da propriedade e de outros direitos reais, como se depreende do art. 167 da Lei 6015/73.

Incide aqui, em sua máxima extensão, o *princípio da Territorialidade* (LRP, art. 169; LNR, art. 12).

3.4 SERVIÇO DE REGISTRO CIVIL DE PESSOAS NATURAIS

Tem por competência o assentamento e averbação de atos referentes ao “estado civil ou estado de família da pessoa natural”. (LRP, art. 29; CC, arts. 9º e 10; ECA, art. 47).³

Registro (CNFE, arts. 164, 235, 256, 260, 271, 291, 324): nascimentos; casamentos; óbitos; emancipações; interdições; proclamas, sentenças de adoção; contratos ou escrituras de união estável, sentenças declaratórias de ausência; opções de nacionalidade.

Averbação: (CNFE, arts. 186, 372): das sentenças que decretarem a nulidade ou anulação do casamento, o divórcio, a separação judicial e o restabelecimento da sociedade conjugal; dos atos judiciais ou extrajudiciais que declararem ou reconhecerem a filiação; das alterações ou abreviaturas de nomes.

Igualmente se aplica ao Serviço de Registro Civil de Pessoas Naturais o *princípio da territorialidade* (LRP, arts. 50, 67 e 77; LNR, art. 12; CNFE, arts. 164, 238 e 291).

³ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 18.

3.5 SERVIÇO DE REGISTRO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS E SERVIÇO DE REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS

Ainda que sejam serviços registrais diversos, na estrutura da organização judiciária do Estado do Paraná estão normalmente acumulados, utilizando inclusive alguns livros em comum (p.ex., receitas e despesas e protocolo – CNFE, art. 381).

No Serviço de Registro de Títulos e Documentos são praticados: os atos relacionados nos arts. 127 e 129 da Lei de Registros Públicos (CNFE, art. 435); os registros de quaisquer documentos para fins de conservação; outros registros não atribuídos expressamente a outro Serviço, inclusive no caso de documentos eletrônicos (Provimento 48 da Corregedoria Nacional de Justiça); notificações (LRP, art. 160; CNFE, arts. 465 e seguintes).

No Serviço de Registro Civil de Pessoas Jurídicas são praticados (LRP, art. 120 e 122; CC, arts. 998 e 999; CNFE, arts. 395 e seguintes): a) o registro das sociedades, fundações e partidos políticos; b) a matrícula de jornais e demais publicações periódicas; de oficinas impressoras de qualquer natureza pertencentes a pessoas naturais ou jurídicas; de empresas de radiodifusão que mantenham serviços de notícias, reportagens, comentários, debates e entrevistas; empresas que tenham por objeto o agenciamento de notícias.

3.6 SERVIÇOS DISTRITAIS

São as Serventias localizadas nos distritos judiciários que compõem as Comarcas, acumulando funções de Registro Civil de Pessoas Naturais e de Tabelionato de Notas (CODJ, arts. 120, § 2º, 214 e 220).

3.7 SERVIÇOS DE REGISTRO DE DISTRIBUIÇÃO EXTRAJUDICIAL

Os Serviços Distribuidores, conquanto sejam órgãos que auxiliam a atividade jurisdicional, praticam também atos de documentação e publicidade

alusivos aos Serviços Notariais e de Registro (LNR, art. 13; CODJ, arts. 120, inc. VI, 145, inc. II, “e”, e 191, incs. I a V; CNFE, arts. 861 e 862).

4 FUNCIONAMENTO DOS SERVIÇOS

Os Serviços Notariais e de Registro são exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, em razão da aprovação em concurso de provas e títulos (artigo 236, *caput* e § 3º, Constituição da República).

Em nível infraconstitucional a atividade delegada é regida pelas Leis 8.935/94, 10.169/00 (que estabelece normas gerais para fixação de emolumentos), pelo CODJ, pelo Regimento de Custas (Lei Estadual 6.149/70); Regulamento de Penalidades (Ac. 7.556/97) e pelo Código de Normas do Foro Extrajudicial (Provimento 249).

Para a consecução de suas atividades os agentes delegados poderão contratar *escreventes*, sob sua responsabilidade, pelo regime celetista (art. 20, *caput*, da Lei 8.935/94; art. 122, *caput*, do CODJ; CNFE, art. 55).

Dentre estes *escreventes* serão escolhidos os substitutos do tabelião ou registrador, sendo um deles designado pelo agente delegado para substituí-lo nas suas ausências e impedimentos (art. 20, *caput*, e § 5º, da Lei 8.935/94).

A indicação de *escreventes* e substitutos deve observar o disposto no artigo 126, incisos I a III, do CODJ e no art. 56 do CNFE, sendo feita por escrito ao Juiz Corregedor do Foro Extrajudicial, que, após a verificação do preenchimento dos requisitos legais, encaminhará a proposta ao Juiz Diretor do Fórum para fins de homologação, através de portaria (art. 20, § 2º, LNR; art. 122, § 1º e 2º, do CODJ; CNFE, art. 55, § 1º).

O expediente de atendimento ao público terá, no mínimo, de seis horas diárias (art. 4º, § 2º, da Lei 8.935/94), e será realizado “das 8h30min às 11 horas e das 13 às 17 horas, de segunda a sexta-feira” (CODJ, art. 213, art. 1º, *caput*; CNFE, art. 54).

No âmbito do foro extrajudicial é facultado o atendimento ao público “de segunda a sexta-feira, das 6 às 20 horas, ininterruptamente, e aos sábados, das 8 às 12 horas, como também nos feriados estaduais e municipais, nos mesmos horários, sempre que a rede bancária permanecer aberta”, desde que observada a legislação do trabalho (CNFE, art. 54, § 1º).

Por fim, os Serviços de Registro Civil das Pessoas Naturais funcionarão ininterruptamente, conforme art. 4, § 1º, da Lei 8.935/94, e art. 54, § 3º, CNFE.

5 PROPOSTA DE UM ROTEIRO DE INSPEÇÃO

5.1 COLOCAÇÃO DO TEMA

Recomenda-se, após a expedição de um ato contendo o cronograma e a ordem das visitas, o magistrado compareça às Serventias (Distritais, inclusive), fazendo-se acompanhar do escrivão responsável pela Corregedoria do Foro Extrajudicial para auxiliá-lo na lavratura da ata e na verificação dos livros, arquivos e documentos. Só assim poderá aferir a qualidade, higiene e segurança das instalações, a organização do acervo, o sistema de arquivamento de documentos, a afixação de avisos (CNFE, art. 10, IX), fornecimento de recibos (CNFE, art. 36), a identificação e acessibilidade (CNFE, art. 53), e, sobretudo, o atendimento dispensado às partes.

Além das atas e relatórios anteriores, o magistrado deverá se inteirar dos dados constantes dos diversos Anexo do Código de Normas, o que lhe dará uma visão da quantidade dos atos praticados no período inspecionado e, por consequência, da amostragem a ser utilizada na verificação.

5.2 FORMALIZAÇÃO

Depois de realizada a inspeção em todos os Serviços Notarias e Registrais da Comarca, são os seguintes os procedimentos a serem adotados (CN 1.3.1.2, 1.3.1.3 e 1.13.65):

- Elaboração de relatório contendo as constatações, orientações e determinações do magistrado, com a fixação de prazo para regularização das falhas;
- Uma das vias (mas apenas no capítulo atinente à Serventia em questão) deverá ser entregue ao serventuário/agente delegado, contra recibo;

- Após a regularização das falhas (o que deve ser aferido através de conferência pessoal do magistrado), o relatório circunstanciado deverá ser encaminhado à Corregedoria-Geral da Justiça até o último dia do mês de março, via “sistema mensageiro”, juntamente com o anexo estatístico, com o arquivamento de uma das vias junto à Secretaria da Direção do Fórum.

5.3 DISPENSA

A inspeção só poderá ser dispensada caso no ano anterior, a partir do mês de outubro, tenha se realizado Correição-Geral ou inspeção correicional nas Serventias (CN 1.3.1.4). Mas mesmo na hipótese de dispensa é obrigatório o encaminhamento da planilha de dados estatísticos do Anexo C até o último dia do mês de março (CN 1.3.1.5).

5.4 NORMAS GERAIS

O primeiro aspecto a ser verificado é da existência e formalização de todos os livros e arquivos obrigatórios.

Em relação às regras gerais de escrituração, observar o disposto na Seção 3 do Capítulo 1 do Código de Normas do Foro Extrajudicial, sendo relevante destacar os seguintes pontos:

- Os emolumentos e despesas exigíveis dos usuários são aqueles fixados na correspondente tabela do Regimento de Custas, observado o disposto na Lei dos Notários e Registradores (que regulamenta a atividade) e na Lei nº. 10.169/2000 (que estabelece normas gerais para a fixação das custas);

- Sobre a concessão de descontos, observar que, além de frontalmente incompatíveis com os reclamos de reajuste monetário dos emolumentos, o ‘Código de Ética Notarial e Registral’⁴, expressamente dispõe: “Item 9 - O Notário e o Registrador não farão descontos, nem regateios de honorários e

⁴ Art. 4º, inc. VI, do Código de Ética da ANOREG-BR Disponível em: http://www.anoreg.org.br/anoregbr_file/CODIGO%20DE%20ETICA%202007.pdf. Acesso em: 02.10.2016.

emolumentos, muito menos isentar emolumentos de escrituras, procurações, registros, averbações, casamentos, certidões e outros. ”;

- Todos os livros deverão possuir termo de abertura (com indicação de sua finalidade, numeração de série e quantidade de folhas), e protocolo na Corregedoria do Foro Extrajudicial antes da prática de qualquer ato (CNFE, arts. 17, 18, 28, *caput*, e 30);

- Os notários e registradores poderão determinar a quantidade de folhas dos livros da Serventia, devendo sempre mencioná-la nos termos de abertura (CNFE, art. 28, p. único);

- Os termos de encerramento serão lavrados apenas quando da conclusão dos livros, fazendo menção a todos os fatos relevantes (CNFE, arts. 28 e 33), com posterior encadernação;

- Todas as folhas dos livros e pastas serão numeradas e rubricadas (CN 2.2.11);

- Os espaços em branco após as assinaturas e nos versos das folhas não deverão ser inutilizados, pois destinados às anotações ou averbações (CNFE, art. 41, inc. XII)

- O espaço entre o final do ato e a identificação dos signatários ao estritamente necessário à aposição das assinaturas (CNFE, art. 41, inc. X);

- “A lavratura dos atos será sempre iniciada em folha nova, sendo vedada a utilização de uma mesma folha para a lavratura de atos distintos, total ou parcialmente” (CNFE, art. 41, inc. VII);

- Os versos das folhas poderão ser utilizados, desde que tal circunstância seja expressamente consignada no termo de abertura do livro (CNFE, art. 42);

- É vedada a utilização de corretivos ou de raspagens (CNFE, art. 41, inc. III), devendo as eventuais emendas observar o procedimento do correlato art. 43;

- As impressões digitais colhidas serão identificadas na forma do art. 50, p. único, do CNFE;

- Os agentes delegados ou seus escreventes assinarão ao final do ato lavrado, logo após as assinaturas de todas as partes envolvidas (CNFE, art. 41, inc. XI);

- As assinaturas das partes, testemunhas e intervenientes deverão ser identificadas, lançando-se à frente ou abaixo de cada assinatura, de forma legível, o nome do signatário por extenso (CNFE, art. 41, inc. IX);

- Não é permitida às partes a assinatura de livros em branco, total ou parcialmente (CNFE, art. 47);

- A qualificação das partes deve ser completa, evitando-se o uso de abreviaturas (“sua esposa”, “s/m”, “e outros”), em atenção aos arts. 41, inc. II, e 48 do CNFE;

- Lembrar que *“é vedado manter livro paralisado por período superior a trinta (30) dias, com uso concomitante de outro com a mesma finalidade”* (CNFE, art. 32);

- Todas as pastas-arquivo expressamente previstas no Código de Normas ou relativas a arquivamentos obrigatórios, por constituírem livros do Serviço Notarial, deverão conter termos de abertura (com indicação do número de série) e encerramento, protocolo na Corregedoria do Foro Extrajudicial e numeração de folhas (ou referência numérica dos documentos arquivados), observando-se, no que forem pertinentes, os critérios de escrituração definidos pela Corregedoria-Geral da Justiça (CN 2.2.8; CNFE, art. 30).

- Os atos notariais e registrais deverão obedecer rigorosamente a ordem cronológica de escrituração (CNFE, art. 41, inc. VIII);

- O valor dos emolumentos cobrados (em reais e VRC) deverá constar do próprio documento, sem prejuízo do fornecimento de recibo (LRP, art. 14, parágrafo único; CNFE, art. 36);

- É obrigatória a aplicação do selo de autenticidade do Funarpen em todos os atos notariais, registrais e de distribuição do Foro Extrajudicial (Lei Estadual 13.228/2001; CNFE, art. 37);

- É vedada prática de qualquer trabalho que não seja peculiar às atribuições da Serventia (p. ex., a confecção de instrumentos particulares – CNFE, art. 7º).

A seguir, serão abordadas as normas específicas de cada Serviço, considerando-se as falhas constatadas com maior frequência nas visitas correcionais.

5.5 NORMAS ESPECÍFICAS DOS TABELIONATOS DE NOTAS

Em relação a tais Serviços, deverá o magistrado verificar se:

- Houve a abertura do Livro “Protocolo Geral”, no qual serão registrados procurações, substabelecimentos, escrituras e testamentos, com renovação anual da ordem de numeração (CNFE, art. 667, § 1º);
- Na lavratura do referido livro são lançados os nomes de todos os outorgantes e outorgados, sem abreviaturas e reduções
- Não há escrituras pendentes de assinaturas das partes além do prazo do art. 675 do CNFE;
- Na escrituração há rasuras, entrelinhas ou utilização de raspagem e corretivo químico (vide “normas gerais”);
- As escrituras são registradas, mediante relação, junto ao Serviço Distribuidor a cada dez dias (CNFE, art. 680, *caput*), bem como se os comunicados atendem ao disposto no respectivo § 2º;
- Estão sendo feitas as comunicações à Central Eletrônica de Serviços Compartilhados (Provimentos 18 e 56 da Corregedoria Nacional de Justiça; CNFE, arts. 680, § 7º, e 721);
- As escrituras contêm os requisitos do artigo 215, § 1º, do CCB, da Lei 7.433/85, do Decreto 93.240/86 e do art. 679 do CNFE;
- Em todos os atos notariais (e não apenas escrituras) em que figurem como partes pessoas jurídicas são exigidas e arquivadas cópias do ato constitutivo ou contrato social, atualizados, além de certidão simplificada e atualizada da Junta Comercial ou do Serviço de Registro Civil de Pessoas Jurídicas (CNFE, art. 667, § 2º);
- Para lavratura de escrituras referentes a imóveis e a direitos a ele relativos são exigidas certidões de ações reais e pessoais reipersecutórias, emitidas pelos Serviços de Registro de Imóveis competentes (CNFE, art. 681, inc. IV), sendo vedada sua dispensa pelos interessados;
- Os emolumentos foram cotados em reais e VRC (CNFE, art. 36), assim como se atendem ao contido na Tabela XI do Regimento de Custas.
- As procurações lavradas em outras Serventias e utilizadas na prática de atos notariais são exigidas através de certidões/traslados (e não fotocópias) e validadas na forma do art. 672 do CNFE;
- Nas escrituras de doação e inventário/partilha são transcritas as guias do ITCMD (CNFE, art. 681, § 2º);

- Nos substabelecimentos lavrados consta expressamente se há ou não reserva de poderes;⁵

- No livro de reconhecimento de firma autêntica é identificado com precisão o documento no qual foi realizado o ato (p. ex., no caso de documentos de transferências de veículos é recomendável que conste o número do Renavan e as placas do automóvel);

- As assinaturas colhidas são compatíveis com as lançadas nos cartões de autógrafos, e se estes atendem ao disposto no art. 709 do CNFE;

- Há preenchimento de cartões de assinatura das partes que pratiquem os atos referidos no art. 658, inc. XI, do Código de Normas do Foro Extrajudicial (sugere-se a verificação por amostragem);

- Na autenticação de cópias reprográficas há a necessária conferência do documento original, sendo vedada a autenticação de reprodução reprográfica de cópias (CNFE, art. 701);

- Estão sendo apresentadas e arquivadas as vias originais dos mandados e alvarás judiciais utilizados na pratica de atos notariais (não sendo admitidas fotocópias);

- Há apresentação, validação e arquivamento de CND/INSS nas hipóteses do artigo 47, inc. I, alínea ' b', da Lei 8.212/91 (CNFE, art. 681, § 5º);

- Há emissão de DOI à Secretaria da Receita Federal nos casos de “operação imobiliária de aquisição ou alienação, realizada por pessoa física ou jurídica, independentemente de seu valor”, conforme Instrução Normativa n. 473/04-SRF e art. 687 do CNFE;

- Há regularidade nos recolhimentos ao Funrejus, de acordo com os seguintes parâmetros:

a) o recolhimento ao Funrejus sobre as escrituras de inventário e partilha (Lei 11.441/07) deve seguir a regra do artigo 3º, inciso VII, da Lei Estadual 12.216/98 e do artigo 5º, inciso VII, do Decreto Judiciário 153/99, incidindo o percentual de 0,2% sobre o valor da totalidade dos bens objeto da partilha.

b) nos Tabelionatos de Notas não há valor mínimo de recolhimento, devendo o pagamento ser realizado conforme resulte da aplicação de 0,2% ao

⁵ Observar que para os instrumentos de substabelecimento lavrados sem reserva de poderes há necessidade da imediata averbação à margem do ato de origem (CNFE, art. 685) ou, para aqueles lavrados noutras serventias, em curto prazo, da comunicação de que trata o correlato § 2º.

valor do ato ou do negócio (Art. 3º, inc. VII, da Lei Estadual 12.216/1998 e Lei Estadual 18.415/2014);

c) “25% (vinte e cinco por cento) incidente sobre o valor dos emolumentos correspondentes a quaisquer atos notariais e registrais sem expressão econômica praticados pelos Tabeliães e Registradores, inclusive nos reconhecimentos de firma, nas certidões, nas autenticações de documentos, nas procurações, nos substabelecimentos, nas atas notariais, nas escrituras sem valor declarado e nas públicas formas. ” (Art. 3º, inc. VII, da Lei Estadual 12.216/1998, com redação dada pela Lei Estadual 18.415/2014);

c) conforme o disposto na Instrução Normativa nº. 03/2006 do FUNREJUS, na escritura deve ficar consignado o valor que foi recolhido ao Fundo (o que consta também do art. 679, inc. XII, do CNFE), a data do recolhimento e o número da guia correspondente, não mais havendo possibilidade, por exemplo, da lavratura de escritura sem a comprovação do recolhimento da taxa devida ao Fundo.

d) nas hipóteses de que trata o artigo 3º, inciso VII, alínea b, número 15, da Lei nº. 12.216/98, constar na escritura declaração do funcionário público, sob as penas da lei, de que o imóvel se destina à sua residência, sob pena de não se configurar a hipótese de isenção legal.

e) ao realizar o cálculo do valor a ser recolhido ao FUNREJUS deverá o senhor Tabelião considerar, para fins de arredondamento, o terceiro numeral após a vírgula, efetuando a conta, enfim, conforme norma própria da ABNT (NBR 5891, de dezembro de 1977).

f) nos termos do item 9 da Instrução nº. 01/1999, “deverão ser atualizados os atos que apresentarem valores desatualizados, assim entendidos os praticados há mais de três meses”.

g) para os negócios jurídicos valorados, mas sem expressão em unidade monetária, utilizará no cálculo da taxa devida ao FUNREJUS, sempre que possível (p.ex. produtos agrícolas e semoventes), a cotação média do produto na região, de acordo com os indicadores oficiais na data do ato.

5.6 NORMAS ESPECÍFICAS DOS TABELIONATOS DE PROTESTO

No tocante aos Tabelionatos de Protestos, é oportuno que se verifique:

- Se é cumprido o prazo de 03 (três) dias úteis para o lançamento definitivo em relação ao destino do título (“pagamento, protesto, sustação ou retirada”), contado da protocolização, excluído este e incluído o dia do vencimento, tanto nos casos de intimação pessoal quanto nas hipóteses de intimação por edital, conforme determina o art. 12, § 1º, da Lei 9.492/97 e o artigo 779 do CNFE;

- A propósito, lembrar que:

- É **terminantemente vedada** a prorrogação do prazo para pagamento, a qualquer título (CNFE, art. 748, p. único);

- Nos termos do artigo 13 da Lei 9.492/97 e do art. 781 do CNFE, “quando a intimação for efetivada excepcionalmente no último dia do prazo ou além dele, por motivo de força maior, o protesto será tirado no primeiro dia útil subsequente”;

- O contador judicial deve fazer o cálculo do valor devido (art. 754, p. único, do CNFE).

- Se os livros preenchem todos os requisitos do Código de Normas (arts. 776, 810 e 818) e se as cartas de intimação/edital observam o disposto no respectivo art. 784;

- Se na conta ‘Poder Judiciário’ não são depositados emolumentos e verbas de caráter privado (ofício-circular n. 206/2007-CGJ);

- Se o “Livro de Registro de Pagamentos” vem sendo apresentado mensalmente para visto e conferência judicial (CNFE, art. 810, § 2º);

- Se os valores recebidos são depositados no mesmo dia (ou, sendo inviável, no dia útil seguinte) na conta ‘Poder Judiciário (CNFE, art. 811), e repassados ao credor/apresentante no primeiro dia útil seguinte ao do pagamento (CNFE, art. 807);

- Se o agente delegado faz discriminada anotação do valor cobrado para cada título apontado (principal, juros, tributos e emolumentos), registrando com exatidão e clareza o valor depositado na conta Poder Judiciário (principal, juros, taxas e emolumentos antecipados pelo credor/apresentante) e o valor repassado a quem de direito (principal, juros, taxas e os valores porventura antecipados pelo credor/apresentante);

- Se os requerimentos e as cartas de anuência referidas no art. 830 do CNFE (que não estejam instruídos com os títulos ou documentos de dívida) trazem firmas reconhecidas e identificam com precisão seu subscritor, com arquivamento de documentos comprobatórios da representação das pessoas jurídicas;

- Se são arquivadas, com renovação semestral, procurações dos representantes legais das instituições financeiras e/ou instrumentos por estes fornecidos, indicando pessoas habilitadas a solicitar baixas e retiradas dos títulos;
- Se os comunicados ao Cartório Distribuidor atendem a periodicidade e os requisitos do art. 761 do CNFE;
- Se os recolhimentos ao Funrejus são realizados quando do apontamento dos títulos (CNFE, art. 845, § 1º);

5.7 NORMAS ESPECÍFICAS DOS SERVIÇOS DE REGISTRO DE IMÓVEIS

Em relação a esses Serviços, é recomendável que o magistrado verifique se:

- Todos os títulos que ingressam na Serventia são imediatamente protocolizados no Livro n. 01 (LRP, art. 182 e CNFE, arts. 530, 533 e 535, inc. I), recebendo numeração individual e sequencial que determinará a prioridade do título e a preferência do direito real nele consubstanciado (LRP, art. 186);
- Da protocolização é entregue à parte recibo constante do Modelo 6 do CNFE (art. 535, inc. II);
- O Livro Protocolo é encerrado diariamente (LRP, art. 184 e CNFE art. 532);
- Vem sendo observado o contido no artigo 205 da Lei de Registros Públicos e se há prenotações em aberto além do prazo legal;⁶
- No início dos atos lavrados, ao lado do número de registro, consta o número e data da prenotação (CNFE, art. 550, § 2º);
- Os atos praticados (registros/averbações) foram anotados nos indicadores pessoal e real (CNFE, art. 486, § 3º);

⁶ Ressalta-se que o registrador dispõe de até 15 (quinze) dias para qualificação do título, sendo que as eventuais exigências deverão ser formuladas de uma só vez, de maneira clara e objetiva (CNFE, art. 535, inc. III), bem como que o prazo da validade da prenotação é de 30 (trinta) dias, contados da protocolização do título (LRP, art. 205; CNFE, art. 536), sendo este o lapso total para a realização do lançamento devido (registro/averbação), conforme artigo 188 da LRP (CNFE, art. 536, § 2º). Se houver reingresso do título no prazo de validade da prenotação, haverá prorrogação por 10 dias (CNFE, art. 536, § 1º).

- Os registros de aquisição de imóveis por estrangeiros observam o contido nas Leis 6.634/79 e 5.709/71, bem como no Decreto 74.965/74.
- As comunicações ao INCRA estão sendo feitas com regularidade (ofício-circular n. 13/2007-INCRA; CNFE, art. 623);
- Há emissão de DOI à Secretaria da Receita Federal nos casos de “operação imobiliária de aquisição ou alienação, realizada por pessoa física ou jurídica, independentemente de seu valor” (instrumentos particulares), conforme Instrução Normativa n. 473/04-SRF e art. 560 do CNFE;
- A regularidade dos recolhimentos ao FUNREJUS incidentes sobre os atos de averbação de construção, de registro de instrumentos particulares e de registro de penhoras.⁷⁻⁸

5.8 NORMAS ESPECÍFICAS DOS SERVIÇOS DE REGISTRO CIVIL DE PESSOAS NATURAIS

Sugere-se aos magistrados que verifiquem:

- Se os assentos de nascimento contêm os requisitos do art. 168 do CNFE, fazem menção ao número da Declaração de Nascido Vivo (DNV) e à gratuidade (LRP, art. 30, *caput*; LNR, art. 45, *caput*; CNFE, arts. 103 e 169);
- Em cotejo com os nascimentos registrados, se estão sendo arquivadas as DNVs e encaminhadas ao Juízo as declarações de paternidade/termos negativos (CNFE, arts. 173 e 227);⁹
- Se as habilitações de casamento observam o procedimento legalmente estabelecido, com afixação/publicação dos proclamas, intervenção do

⁷ A inscrição de penhora, arresto ou sequestro, decorrente de processos trabalhistas, dos Juizados Especiais e executivos fiscais serão registradas independentemente do pagamento antecipado dos emolumentos e das receitas devidas ao FUNREJUS, devendo, neste caso, o registrador solicitar a oportuna inclusão das despesas na conta de liquidação (CNFE, arts. 491, § 2º, e 555), consignando o fato no registro respectivo

⁸ O recolhimento ao FUNREJUS tem por fato gerador cada ato praticado pelo oficial (registro ou averbação) e por base de cálculo o valor do título ou da obrigação (ver Lei Estadual 12216/98, art. 3º, VII; CNFE, art. 554, § 3º). Com efeito, tantos serão os recolhimentos devidos quantos forem os lançamentos havidos, de modo que, quando um mesmo mandado judicial determinar o registro de várias penhoras, devem ocorrer tantos recolhimentos ao Funrejus quantos sejam os atos realizados;

⁹ Lembrar que de acordo com o princípio da territorialidade (art. 50, *caput*, da LRP e CNFE, art. 164), o nascimento deve ser registrado no lugar em que tiver ocorrido ou no lugar de residência dos pais

Ministério Público e homologação judicial (LRP, art. 67; CC, arts. 1.525 a 1.532; CNFE, arts. 234 a 259);¹⁰

- Se os assentos de óbito preenchem os requisitos do art. 295 do Código de Normas do Foro Extrajudicial;¹¹

- Se são feitas as comunicações referidas no art. 301 do CNFE;

- Se o agente delegado possui as certidões de regularidade a que alude o item 1.13.39 do Código de Normas;

- Se estão sendo feitas as comunicações à Central de Informações no Registro Civil (CNFE, arts. 136 e 143).

5.9 NORMAS ESPECÍFICAS DOS SERVIÇOS DE REGISTRO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS E DE REGISTRO CIVIL DE PESSOAS JURÍDICAS

É oportuno verificar se:

- O Livro Protocolo apresenta os requisitos dos arts. 383 e 437, inc. I, do Código de Normas do Foro Extrajudicial, com termos de encerramento diários (CNFE, arts. 383, p. único, e 448);

- A numeração de ordem é sequencial ao infinito, sem interrupções (CNFE, arts. 384 e 446);

- Nos contratos de venda e compra de imóveis houve a remessa de DOI (art. 2º, § 3º, inc. III, da IN-SRF 473/04; CNFE, art. 454);

- Os comunicados ao Cartório Distribuidor ocorrem na forma do art. 455 do CNFE;¹²

- Os atos constitutivos e estatutos das pessoas jurídicas (bem como as alterações posteriores) são vistados por advogado, excetuadas as microempresas e empresas de pequeno porte (CNFE, art. 397);

¹⁰ Em atenção ao disposto no artigo 67, caput, da Lei de Registros Públicos e no art. 238 do Código de Normas do Foro Extrajudicial, a habilitação para o casamento deve se realizar perante o oficial do registro do distrito de residência de um dos nubentes.

¹¹ Lembrar que o registro do óbito somente pode ser lavrado no local do falecimento, conforme o princípio da territorialidade previsto no artigo 77 da Lei dos Registros Públicos, repetido no art. 291 do Código de Normas do Foro Extrajudicial.

¹² Nas comarcas em que somente exista uma serventia (ofício único), os títulos e documentos estão sujeitos somente ao registro no Cartório Distribuidor, mediante o envio da relação por parte do registrador, a cada dez dias. Quando houver dois ou mais Serviços Registrais, deverá ocorrer a distribuição equitativa dos títulos e documentos (CN 3.11.1 e 3.11.3 e CNFE, arts. 887 e 889).

- Há exigência de CND/INSS nas hipóteses do artigo 47, inciso I, alínea 'd', da Lei 8.212/91 e arts. 408 e 411 CNFE;
- Os recolhimentos ao FUNREJUS ocorrem no dia útil imediato ao registro do título, na forma do artigo 15 do Decreto Judiciário 153/99 e do item 12 da Instrução Normativa n. 02/99.¹³

6 CONCLUSÃO

As ponderações acima representam a síntese da experiência haurida no auxílio na atividade de fiscalização das Serventias Notariais e de Registro, e não esgotam o rol de verificações que devem ser realizadas nas visitas inspecionais.

As observações, que devem ser consideradas à luz da legislação de regência e das determinações da Corregedoria-Geral da Justiça e do Conselho Nacional de Justiça, têm como único objetivo auxiliar os Juízes Corregedores do Foro Extrajudicial no exercício da missão que lhes foi imposta pela Constituição da República.

REFERÊNCIAS

CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e registradores comentada**. São Paulo: Saraiva, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Lei dos registros públicos comentada**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense/ São Paulo: Método, 2010.

¹³ O valor do recolhimento ao Funrejus por ato praticado no Serviço de Registro de Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas foi de R\$ 7,35 para o ano de 2016 (Decreto Judiciário 1334/2015).

CONTROLE JUDICIAL A PARTIR DAS PERSPECTIVAS OBJETIVAS E SUBJETIVAS DA ‘BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA’

Phillip Gil França

Pós-doutor (CAPES_PNPD), Doutor e Mestre em direito do Estado pela PUC/RS, com pesquisas em “Doutorado sanduíche – CAPES” na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná. Professor de Direito Administrativo (mestrado e graduação) da Universidade de Passo Fundo, autor dos livros “Controle da Administração Pública”, 4 Ed. (Saraiva, 2016) e “Ato Administrativo e Interesse Público”, 3 Ed (RT, 2016), e tradutor da obra “O Princípio da Sustentabilidade – transformando direito e governança“, de Klaus Bosselmann. Professor da Escola da Magistratura do Paraná e dos Cursos de Especialização do IDP (Brasília), Abdconst (Curitiba) e Unibrasil (Curitiba).

RESUMO

A busca dos traços firmes de objetivação das relações administrativas do Estado precisa ser o norte permanente da Administração Pública. Logo, em que pese a aceitação de algum resíduo subjetivo em qualquer atividade que demande a intervenção do ser humano, como atividade jurídica, via de regra, a impressão objetiva deve preponderar na atividade estatal de realização do seu ônus público e promoção do interesse público (como responsável maior pela proteção dos direitos fundamentais) para, desse modo, viabilizar o pleno controle de tal atividade estatal.

Palavras-chave: Administração Pública; Estado; Relações administrativas.

ABSTRACT

The search for the firm traits of objectification of the administrative relations of the State must be the permanent north of the Public Administration. Therefore, in spite of the acceptance of some subjective residue in any activity that demands the intervention of the human being, as a legal activity, as a rule, the objective impression must prevail in the state activity of realizing its public burden and promoting the public interest (As the greater responsible for the protection of fundamental rights), in order to enable full control of such state activity.

Keywords: Public Administration; State; Administrative relations.

O Estado não se encaixa no papel de pai dos cidadãos. Não labora como parceiro do cidadão. Não funciona como cúmplice do cidadão. Não representa a figura de mãe do cidadão. Não deveria.

O Estado não pode vestir tais uniformes, pois representa o *inconsciente comum* que viabiliza as tarefas vitais dos cidadãos, de forma *intersubjetiva*, tal como nossa mente se encarrega de gerenciar nosso corpo, de maneira *subjetiva*.

Se contrário fosse, certamente dependeríamos de cálculos errados, escolhas equivocadas e caminhos desastrosos na condução da atividade estatal.

Ora, por que o batimento cardíaco, sistema circulatório, aproveitamento de oxigênio do homem (e outras funções vitais) não estão sob a *responsabilidade consciente* desse homem?

Obviamente, porque se assim estivessem, o ser humano não teria mais do que poucos dias de vida, por pura incompetência de se *autorregular* em um ambiente meramente subjetivo consciente.

Logo, em que pese o reconhecimento da impossibilidade de afastamento absoluto de características *subjetivas* na condução da atividade estatal, o viés *objetivo* precisa preponderar e guiar as ações da ‘boa Administração Pública’.

Isto é, são os traços ‘objetivos’ da concretização dos direitos fundamentais, por meio da atividade administrativa do Estado, que definem o agir estatal nos esperados padrões de ‘boa Administração Pública’.

A partir dessa perspectiva sobre o ‘homem e o Estado’, refletir sobre o que esperamos da Administração Pública não pode ser ato divorciado da necessária reflexão sobre o que esperamos de nós mesmos, como cidadãos e como parte de uma complexa engrenagem social que visa a promoção do desenvolvimento intersubjetivo dos seus partícipes.

Nesse contexto, a preocupação acerca da atuação da ‘boa Administração Pública’ (*como aquela que bem realiza os direitos fundamentais*) torna-se permanente nas nossas vidas, a partir de questionamentos que giram em torno de uma básica questão: “O Estado ideal está voltado para *mim*, para *nós* ou para *todos*?”

Automaticamente, a tendência de resposta dessa questão é: ‘*para todos*’.

Por mais simples que possa parecer essa natural resposta, definir quem são ‘*todos*’ é tarefa hercúlea para os pensadores da adequada atuação estatal.

Isso porque, ao estabelecer ‘*todos*’, precisamos pensar ‘*em cada um*’ e, conseqüentemente, ao pensar ‘*em cada um*’, é necessário se preocupar com o ‘*conjunto*’ que formam, quando voltados ao alcance de um *objetivo comum*, como já indicado, de promoção de seu desenvolvimento, de forma intersubjetiva.

Como a Administração Pública, então, pode adimplir suas tarefas de modo atender, *sustentável e proporcionalmente*, os seus criadores?

Talvez, um dos caminhos de resposta dessa questão esteja na compreensão dos *traços de objetividade e subjetividade da Administração Pública*, conforme trataremos, rapidamente, a seguir.

Conforme indicado, a atuação administrativa estatal está fundada na perspectiva de gestão daquilo pertencente *a todos e a cada um*. Nessa situação, mister é a consideração da necessária capacidade do Estado agir de maneira isonômica para a realização de seus deveres constitucionais, tratando os iguais de maneiras equivalentes e os desiguais de forma diversa, nos estritos limites de suas desigualdades.

A partir desse entendimento, como é possível para o Estado alcançar tal desiderato sem prejudicar ou beneficiar alguém em detrimento de outrem e, neste trilha, manter a legitimidade de sua atuação perante os demais partícipes de seu sistema normativo?

Inicialmente, imagina-se a melhor resposta dessa questão algo semelhante ao seguinte: ‘por meio do cumprimento estatal de suas funções públicas a partir de critérios *objetivos*, afastando, no limiar de suas possibilidades, o caráter *subjetivo* dos agentes que executam suas respectivas tarefas públicas’.

Fato que, obviamente, jamais será alcançado em sua plenitude, em razão do inevitável caráter *subjetivo* – por mais controlado que um agente público possa ser – sempre presente em qualquer atividade humana. Entretanto, não se pode esquecer que, conforme dicção do *caput* do art. 37 da CF/1988, cabe à Administração atuar, dentre outros, conforme os valores que o *princípio da impessoalidade* representa.

Assim considerado, faz-se imperioso exarar uma conclusão parcial acerca dos traços objetivos e subjetivos da Administração Pública, qual seja: “*é necessário considerar, avaliar e sindicar as falhas da Administração Pública, objetivando delimitar o caráter subjetivo remanescente do exercício administrativo estatal, com destaque na formação do respectivo mérito administrativo – sem ignorar ou afastar por completo a sua existência. Desse modo, as Funções do Estado devem empenhar o máximo de seus esforços para promoção da superação de falhas advindas da subjetivação desproporcional da atuação administrativa do Estado – na condição de ilegalidades – e a concretização permanente de elementos que viabilizem o desenvolvimento sinérgico da nação*”.

Isto é, além de se preocupar propriamente com as falhas da atividade pública, torna-se necessária a preocupação em como o Estado promove o

seu adequado controle e como se ‘todos’ se desenvolvem a partir da *superação* de tais falhas. E, dessa forma, a forma como a Administração Pública pode adequadamente atuar a partir do *estabelecimento, cumprimento e sindicabilidade* de critérios eminentemente *objetivos* extraídos do exercício da atividade estatal.

Eduardo Gianetti assenta que a *verdade subjetiva*, fundada nos elementos decorrentes do *sujeito*, não se confunde com a *verdade objetiva*, independente não apenas da anuência como da perspectiva, composição e individualidade de qualquer *sujeito*.

Afirma o autor que, para se alcançar uma real compreensão do mundo, faz-se necessário abrir mão do mundo individual (do *sujeito*). Tem-se que transcender o ponto de vista *pessoal, parcial, irrefletido e limitado* para buscar a sua verdadeira compreensão, o mais possível, de maneira externa, de fora, sem *nenhum tipo de interferência*. Há que considerá-lo como se o *sujeito não existisse*.¹⁴

Para Gianetti¹⁵, a ideia primordial da objetividade está fundada na premissa de eliminação da busca do conhecimento de tudo aquilo que não pertença à realidade *como ela realmente é*.

Então, afirma o autor, “o conhecimento será tanto mais objetivo quanto mais ele for independente do sujeito cognitivo, ou seja, quanto mais ele estiver livre de qualquer traço ou vestígio de subjetividade”.¹⁶ Logo, “O ideal da objetividade é a completa anulação da subjetividade na busca do conhecimento”.¹⁷

Então, por que o Estado precisa buscar tal ideal de atuação objetiva na consecução dos seus fins?

Conforme estabelecido, nesses trilhos o Estado precisa seguir para realizar os valores constitucionais, inclusive democráticos, para a viabilização do melhor desenvolvimento para o maior número de envolvidos em seu sistema, legitimamente incluídos no pacto constitucional, conforme a amplitude de necessidade de cada um e a manutenção da sustentabilidade sistêmica.

A busca da objetividade, portanto, significa a viabilização da ‘boa Administração Pública’, *sustentável* (respeitando a capacidade renovatória do

¹⁴ GIANETTI, Eduardo. **Auto-engano**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 71.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Idem.

sistema) e proporcionalmente (não agindo nem em demasia, tampouco de modo insuficiente) e conforme a legitimidade do sistema, por meio de um responsável e responsabilizável mecanismo de atuação pública.

Sobre o tema, afirma John Rawls que “o primeiro elemento essencial é que uma concepção da objetividade deva estabelecer uma estrutura pública de pensamento suficiente para que o conceito de juízo se aplique e para alcançar, após discutir e refletir apropriadamente, conclusões baseadas em razões e evidências empíricas”. Para o autor, “dizer que uma convicção política é objetiva significa dizer que há razões, especificadas por uma concepção política razoável e mutuamente reconhecível (que satisfaz os requisitos essenciais), suficiente para convencer todas as pessoas razoáveis de que ela é razoável”.¹⁸

Na gestão pública, dessa forma, impõem-se a *consideração*, a *interpretação* e a *aplicação* da dimensão objetiva do tecido administrativo com o viés de concretização do bem maior a ser alcançado, conforme ditames constitucionais estampados no art. 3.º da CF/1988, compreendidos na *realização permanente do desenvolvimento intersubjetivo e sinérgico do partícipes do Estado*.

Todavia, o caminho para o alcance desse bem maior não é livre de barreiras e entraves que desvirtuam sua essência e o afastam de sua finalidade nuclear. Isto porque, determinar “*boas escolhas públicas*” é tarefa difícil, pois aferir tal assentamento traz à tona a necessidade de estabelecimento de critérios *claros, democraticamente legítimos* e, principalmente, *objetivos*.

Logicamente, para se tratar do que é *público* – ‘*de todos e de cada um*’ – precisa-se primordialmente afastar, de forma sustentável, proporcional e não absoluta, das tarefas estatais o caráter *subjetivo* do seu conteúdo e, ao máximo possível, incutir a natureza *objetiva* própria do ônus da atividade pública, pois é assim que o Estado se manifesta: *longe de paixões e vontades pessoais e próximo ao padrão comum responsável e responsabilizável estabelecido pelo Direito*.

O agir estatal de forma *objetiva* estabelece maior *previsibilidade*, *segurança*, *viabilidade de controle*, *legitimidade democrática*, *força coativa*, *padronização do sistema*, *confiança*, dentre tantos outros benefícios que caracterizam a boa administração pública – como aquele que realiza o primado dos direitos fundamentais na plenitude de sua possibilidade, de

¹⁸ RAWLS, John. Political Liberalism. Nova York: Columbia University Press, 1993. p. 110-119 apud SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Cia das Letras, 2011. p. 73.

forma a assegurar a existência digna do ser humano que lhe fornece energia e razão de existência.

Entretanto, obviamente, não se espera encontrar atividades públicas integralmente *objetivas*, isto é:

i) que concedam plena capacidade de determinação de como atuarão (*máxima previsibilidade*);

ii) que concedam os limites claros de razões e finalidade de sua existência (*máxima segurança*);

iii) que viabilizem a integral sindicabilidade de sua formação e reflexos (*máximo controle*);

iv) que sejam total e livremente aceitas pelo povo (*máxima legitimidade democrática*);

v) que efetivamente determinem padrões de conduta (*máxima força coativa*);

vi) que promovam a ampla concatenação lógica do sistema jurídico (*máxima padronização do sistema*); e, finalmente

vii) que gerem inquestionável aceitação popular (*máxima confiança*) do agir público – cenário que certamente desenharia a clamada *boa administração pública*.

A utopia do pleno e adequado agir público se aproxima – ou pode ser determinado – pela atuação *objetiva* do Estado, conforme padrões democráticos legítimos e que concretamente realizem a promoção e a proteção do cidadão com a estrita finalidade de gerar real desenvolvimento intersubjetivo dos integrantes do seu sistema.

Entretanto, como não é possível usufruir desse ideal de Estado, pois são encontrados elementos *subjetivos* no agir público e as escolhas estatais não podem ser integralmente *objetivadas*, busca-se *estudar* como aproximar o esperado bem agir estatal em prol de todos à realidade equivocada de “*liberdade de escolhas administrativas*” determinadas, basicamente, pelo atual entendimento majoritário jurisprudencial sobre o “*poder discricionário administrativo*”, resumido na limitação inconstitucional do seu pleno controle.

Desse modo, para superar a questão envolta da ocorrência da ausência de pleno controle jurisdicional do ato administrativo, urge destacar a imprescindível capacidade estatal de escolher caminhos para melhor atender ao cidadão e, principalmente, sublinhar a necessidade da plena sindicabilidade jurisdicional dessas escolhas (quando o Estado-Juiz for

questionado para tanto).

Em outras palavras, propõe-se uma reflexão sobre a *integral e concreta viabilização do controle judicial da discricionariedade administrativa a partir da análise, interpretação e aplicação de critérios objetivos da atuação administrativa do Estado*.

Isto porque, a busca dos traços firmes de objetivação das relações administrativas do Estado precisa ser o norte permanente da Administração Pública. Logo, em que pese a aceitação de algum resíduo subjetivo em qualquer atividade que demande a intervenção do ser humano, como atividade jurídica, via de regra, a impressão objetiva deve preponderar na atividade estatal de realização do seu ônus público e promoção do interesse público (como responsável maior pela proteção dos direitos fundamentais) para, desse modo, viabilizar o pleno controle de tal atividade estatal.

Promover a objetivação do ato administrativo é tarefa diretamente proporcional ao estabelecimento de meios legítimos de controle da atividade administrativa estatal, com o forte destaque aos princípios da *moralidade, impessoalidade e proporcionalidade*.

Entretanto, vale assentar que a produção do ato administrativo não depende apenas de sua dimensão *subjetiva e objetiva*, mas também da *concretização do respectivo controle*, da forma mais ampla possível. Tal fato denota a sua capacidade de ser colocado à prova e, assim, de fortalecimento das boas escolhas administrativas como o melhor caminho escolhido para a realização do interesse público justificador do ato produzido.

O agir estatal administrativo, de forma *objetiva*, visa estabelecer maior: *previsibilidade, segurança, viabilidade de controle, legitimidade democrática, força coativa, padronização do sistema, confiança*, dentre tantos outros benefícios que caracterizam a boa administração pública. Assim como aquele que realiza, na plenitude de sua possibilidade, o primado dos direitos fundamentais, de modo a assegurar a existência digna do ser humano, suficiente para lhe fornecer energia e sentido de existência.

Entretanto, logicamente, não se espera encontrar atividades públicas integralmente *objetivas*. Isto é, como já assentado, tarefas públicas que concedam plena capacidade de determinação de como atuarão (*previsibilidade*); que concedam os exatos limites de razões e finalidade de sua existência (*segurança*); que viabilizem a integral sindicabilidade de sua formação e reflexos (*controle*); que sejam total e livremente aceitas pelo povo (*legitimidade democrática*); que efetivamente determinem padrões de

conduta (*força coativa*); que promovam a ampla concatenação lógica do sistema jurídico (*padronização do sistema*); e, finalmente, que gerem inquestionável aceitação popular (confiança) do agir público – cenário que certamente desenharia a clamada boa *Administração Pública*.

O que não significa que devemos deixar a busca da realização da ‘boa Administração Pública’ de lado. Pelo contrário, quanto maior é o desafio de concretização dos direitos fundamentais por meio do agir administrativo do Estado, mais fortes e delimitados precisam ser os traços objetivos e subjetivos da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

GIANETTI, Eduardo. **Auto-engano**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

RAWLS, John. *Political Liberalism*. Nova York: Columbia University Press, 1993.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Cia das Letras, 2011.

O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL

Jorge de Oliveira Vargas

Mestre, Doutor e Pós doutor pela Universidade Federal do Paraná, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Professor Universitário (UTP, Unibrasil e Opet), e membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas.

Giuliano di Carlo Tambosi

Assessor jurídico no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

RESUMO

Este artigo trata da necessidade de se observar o devido processo legal no redirecionamento da execução fiscal para o sócio, de maneira especial do contraditório prévio. O novo CPC traz o incidente de desconconsideração da pessoa jurídica e a vedação de decisão sem o prévio contraditório, ainda que se trate de questão de ordem pública. Existem opiniões em ambos os sentidos, ou seja, da aplicabilidade ou não desse instituto nas execuções fiscais. É um tema que merece ser aprofundado.

Palavras chaves: redirecionamento da execução fiscal; Prévio contraditório; Devido processo legal.

ABSTRACT

This article deals with the need to observe the due process of law in redirecting the tax execution to the partner, especially observing the previous contradictory. The new CPC brings the incident of disregard of the legal entity and the fence of decision without the prior contradictory, even if it is a question of public order. There are opinions in both senses about the applicability, or not, of this institute in tax executions. It is a topic that deserves to be deepened.

Keywords: Redirection of tax execution; Prior contradictory; Due process.

O novo Código de Processo Civil, preocupado com a garantia da observância do direito constitucional ao contraditório, consagrado no art. 5º, LV da Constituição Federal, veio dar especial atenção a esse tema ao dispor no art. 9º que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”, com as exceções ali previstas. Também no art. 10 prevê que: “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”. Note-se que nem sobre matéria que o juiz possa decidir de ofício fica dispensado o prévio contraditório.

A finalidade deste artigo é tratar da aplicabilidade ou não do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, disciplinado nos arts. 133 a 137 do novo Código de Processo Civil, no redirecionamento ao sócio em execuções fiscais.

Diz o art. 135:

Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias. Por sua vez o art. 136 dispõe que “Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória”.

Ou seja, o redirecionamento para o sócio não pode ser direto; há necessidade do prévio contraditório. Só depois de citado o sócio e ser-lhe garantida a ampla defesa é que haverá uma decisão para o redirecionamento, se for o caso.

O art. 135, III do Código Tributário Nacional diz que: “São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

A respeito é de se destacar duas Súmulas do Superior Tribunal de Justiça, a 430, que diz: “o inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente”, e a 435, onde “presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente”.

Tais enunciados são constantemente invocados nas execuções fiscais. O primeiro deles, ou seja, a Súmula 430 afasta a tese por muito tempo defendida pela Fazenda Pública de que o mero inadimplemento da obrigação tributária caracterizaria infração da lei, para os fins do art. 135 do CTN. O segundo é o que tem justificado o redirecionamento da execução fiscal ao sócio-gerente, sob o argumento de que a dissolução irregular da empresa caracteriza infração da lei para os fins do citado art. 135.

Entretanto esta Súmula, a de n. 435, tem que ser interpretada de acordo com a Constituição Federal e as normas fundamentais do novo Código de Processo Civil, principalmente com os citados arts. 9º e 10 desse novel diploma, o que significa dizer que para haver o redirecionamento com base

nessa Súmula, não pode ser afastado o prévio contraditório, pois o contraditório diferido, que seria, segundo alguns, exercício por ocasião dos embargos do executado, só é permitido em situações excepcionais, devidamente previstas em lei, o que não é o caso.

Ora, se pelo princípio constitucional do contraditório e o pelo da não surpresa, não se admite uma decisão que afeta a uma das partes, sem o prévio contraditório, com maior razão é de ser este observado em relação a quem não é parte no feito.

Portanto, nos termos da citada Súmula, mostra-se legítimo o redirecionamento, desde que seja constatada a presença de indícios suficientes, bem como observado o prévio contraditório do sócio.

Há ainda uma outra polêmica a respeito do redirecionamento, é em relação a qual sócio gerente a execução fiscal deve ser redirecionada: para aquele que exercia a função de gerente quando da constituição do crédito tributário ou para aquele que exercia essa função quando a empresa foi irregularmente dissolvida. Nesse sentido o Recurso Especial n. 1.377.019-SP da relatoria da Ministra Assusete Magalhães:¹⁹

A questão tratada nos autos, relativa à possibilidade de redirecionamento da execução fiscal contra o sócio que, apesar de exercer a gerência da empresa devedora à época do fato tributário, dela regularmente se afastou, sem dar causa, portanto, à posterior dissolução irregular da sociedade empresária, revela caráter representativo de controvérsia de natureza repetitiva, razão pela qual afeto o julgamento do presente Recurso Especial à Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 1.036 e seguintes do C`C/2015.

Assim, por mais esse aspecto se vê a necessidade da prévia análise para quem o redirecionamento deve ser feito: para o sócio-gerente da data do surgimento do crédito tributário ou aquele que exercia tal função quando da dissolução da sociedade. Essa questão deve exigir um prévio pronunciamento jurisdicional a respeito.

Por outro lado, não se pode esquecer que antes do deferimento do redirecionamento da execução, há necessidade de ficar demonstrado que os créditos em execução correspondem a obrigações tributárias que resultaram de atos praticados pelo sócio com excesso de poderes ou infração de lei,

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.377.019-SP**. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Brasília (DF), 26 de setembro de 2016.

contrato social ou estatutos, conforme diz a cabeça do art. 135 do Código Tributário Nacional. Ou seja, no pedido de redirecionamento deve constar, de maneira clara qual foi o ato do sócio-gerente que gerou, de forma ilícita, a obrigação tributária.

Em caso similar o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, decidiu:

(...)

A discussão instalada nos autos diz respeito à apuração da responsabilidade do sócio da empresa executada pelos débitos da pessoa jurídica.

Dentre outros temas, o Novo Código de Processo Civil trouxe inovação em seus artigos 133 a 137, disciplinando expressamente o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, nos seguintes termos:

(...)

Sendo assim, a partir da vigência do Novo CPC, para a análise de eventual pretensão de redirecionamento da execução ao patrimônio dos sócios tornou-se necessária a instauração mencionado incidente de desconconsideração da personalidade jurídica da empresa executada.

Registre-se: apenas depois da vigência do Novo CPC é passou a ser necessária a instauração do incidente de personalidade jurídica para fins de apuração da responsabilidade do sócio da empresa executada pelos débitos da empresa.

No caso dos autos, no tempo em que proferida a decisão agravada - 08.03.2016 (fl. 105) - o Novo CPC ainda não estava em vigor, o que ocorreu apenas em 18.03.2016, nos termos de seu artigo 1.045 (*"Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial."*), não sendo possível que se determinasse a instauração do referido procedimento, à míngua de expressa previsão legal.

Ocorre, contudo, que ao tempo em que submetida a decisão agravada a reexame, já se encontrava em vigor as regras do Novo Código de Processo Civil, de modo que neste momento a agravada deverá promover a instauração do referido incidente de desconconsideração da personalidade jurídica da empresa executada a fim de se verificar a responsabilidade de seus sócios pelo débito executado.

Isso porque tenho que esse incidente aplica-se, em toda sua extensão, à Fazenda Pública, por expressa disposição do artigo 4º. § 2º, da Lei de Execuções Fiscais, que prevê que "à dívida ativa da Fazenda Pública, de

qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, civil e comercial".

Por tal razão, deixo, contudo, de apreciar a presença dos requisitos que autorizam o redirecionamento do feito executivo ao sócio da pessoa jurídica executada por se tratar de tarefa que incumbe ao juízo de origem, sob pena de indevida supressão de instância.

Ante o exposto, defiro o pedido de antecipação da tutela recursal, tão somente para afastar a determinação de instauração do incidente de desconconsideração da pessoa jurídica, de ofício, sem prejuízo do reconhecimento da necessidade de instauração - pela agravante - do procedimento de desconconsideração da personalidade jurídica, à luz do novo CPC, para verificação da responsabilidade dos sócios da empresa executada.²⁰

Verifica-se, portanto, a necessidade de instauração do Incidente de Desconconsideração da Personalidade Jurídica, à luz do novo Código de Processo Civil, para que assim possa ser analisada a responsabilidade dos sócios pelo débito executado.

Não se pode esquecer ainda o contido no art. 1ª da Lei 6.830 que diz que a execução judicial será regida por essa Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.

Porém, as opiniões estão divididas.

No Seminário organizado pela ENFAM, realizado no período de 26 a 28 de agosto, com o tema O PODER JUDICIÁRIO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, foram aprovados 62 enunciados, dentre estes destacando-se o de nº 53 que assim dispõe: “O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015”.

Pois bem, ainda que se admita ser prescindível da observância do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, não pode prescindir do prévio contraditório.

²⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo de Instrumento nº 0013965-64.2016.4.03.0000/SP. Relator: Desembargador Federal Wilson Zauhy. Decisão Moocrática. **Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região**. Edição nº 186/2016 – São Paulo, 05 de outubro de 2016.

Já no Fórum de Execuções Fiscais da 2ª Região (Forexec), assim constou do enunciado de nº 15: “A responsabilidade tributária regulada no art. 135 do CTN não constitui hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, não se submetendo ao incidente previsto no art. 133 do CPC/2015”.

Também aí não se vislumbra uma dispensa do contraditório prévio, pois ainda que considere que o art. 135 do CTN não trata de uma desconsideração da personalidade jurídica, mas sim de uma responsabilidade pessoal, a inclusão do sócio-gerente no polo passivo deve obedecer o devido processo legal.

CONCLUSÃO

a) O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente que não consta na CDA deve observar o devido processo legal;

b) Para que se observe o devido processo legal é indispensável a observância do contraditório;

c) O contraditório deve ser prévio, uma vez que o diferido é uma exceção que deve estar prevista em lei, o que não é o caso do redirecionamento da execução fiscal para o sócio.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.377.019-SP**. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Brasília (DF), 26 de setembro de 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo de Instrumento nº 0013965-64.2016.4.03.0000/SP. Relator: Desembargador Federal Wilson Zauhy. Decisão Moocrática. **Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região**. Edição nº 186/2016 – São Paulo, 05 de outubro de 2016.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 4º, §§ 2º E 6º, DA LEI 12.850/2013

Rogério Burkot Pietroski

Pós-Graduando em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Internacional de Curitiba. Graduado em Filosofia pela Pontífice Universidade Católica. Investigador de Polícia Civil do Estado do Paraná.

RESUMO

O presente artigo tem a intenção de analisar a constitucionalidade de se atribuir legitimidade à autoridade policial para a celebração do Acordo de Colaboração Premiada, nos termos do artigo 4º, §§ 2º e 6º, da Lei 12.850 de 2013. Para tanto, realizou-se essa pesquisa com base em investigação documental indireta, correspondente ao exame documental e bibliográfico, partindo-se de materiais já publicados sobre o tema, como artigos, livros e petições. O estudo também deriva da análise crítica de decisões do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, relativas aos casos da realidade concreta, a fim de reforçar os argumentos apresentados ou demonstrar a posição dominante sobre determinado tema na jurisprudência pátria.

Palavras-chave: Autoridade Policial; Acordo de Colaboração Premiada; Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

This article intends to analyze the constitutionality of attributing legitimacy to the police authority for the conclusion of the Awarded Collaboration Agreement, pursuant to article 4, paragraphs 2 and 6, of Law 12.850 of 2013. For this purpose, This research based on indirect documental research, corresponding to the documentary and bibliographic examination, starting from already published materials on the subject, such as articles, books and petitions. The study also derives from the critical analysis of decisions of the Federal Supreme Court, the Superior Court of Justice and the Court of Justice of the State of Paraná, regarding cases of actual reality, in order to reinforce the arguments presented or to demonstrate the dominant position on a given Theme in the jurisprudence

Keywords: Police Authority; Awarded Collaboration Agreement; Unconstitutionality.

1 INTRODUÇÃO

A estrutura do crime organizado se apresenta como um grande desafio para o Estado, em razão de sua complexidade e de seus desdobramentos, podendo alcançar inclusive, através de meios corruptíveis, níveis governamentais. Tendo em vista esse cenário complexo de criminalidade, que se mostra desproporcional com os modelos convencionais de investigação, de forma a reequilibrar as forças do Estado com as dessa modalidade criminosa, o legislador editou a Lei de Organizações Criminosas (lei de n.º 13.850 de 2013).

Por meio dessa lei, surge um importante instrumento no combate ao crime organizado, a saber, a Colaboração Premiada, a qual foi equivocadamente, do ponto de vista técnico, denominada de “delação premiada”. Esse instituto consiste no acordo firmando pelo Estado com o colaborador, de forma que esse fornece informações relevantes para a persecução penal e aquele concede os prêmios legais correspondentes ao termo pré-fixado. Estabelecidos no *caput* do artigo 4º dessa lei, esses benefícios poderão ocorrer através de perdão judicial, de redução de pena ou de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

Inegavelmente, esse recurso se mostrou extremamente eficaz para o desmantelamento de grupos especializados, como por exemplo, em desvio de recursos públicos. Entretanto, parece haver um equívoco no artigo 4º, §§ 2º e 6º, da Lei 13.858 de 2013, quando se atribuiu à figura da Autoridade Policial legitimidade para a propositura do Acordo de Colaboração Premiada.

Em que pese a grande responsabilidade da Autoridade Policial na apuração dos indícios de autoria e de existência da materialidade do delito, atividade essa indispensável para o Estado Democrático de Direito, com a devida vênua, parece haver uma invasão na competência exclusiva do Ministério Público. Ressalvadas as hipóteses de ação penal privada, o titular da ação penal é o *parquet*, assim sendo, é o único que pode transacionar a pretensão punitiva do Estado.

A partir desse empasse, sobre a legitimidade do delegado em propor a colaboração premiada, o presente trabalho busca identificar fundamentos na doutrina e/ou jurisprudências que corroborem a hipótese de que essa atribuição é inconstitucional.

Como pano de fundo dessa pesquisa, revela-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN 5508 de 2016), ajuizada pelo então Procurador-Geral da República, o Excelentíssimo Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Pela referida petição, questionou-se a atribuição dada à autoridade policial para firmar acordo de colaboração. Após tecer breves comentários introdutórios, destacando o caráter relevante desse instrumento e reconhecido pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado (*a United Nations Convention against Transnational Organized Crime – UNTOC*), o Procurador-Geral da República reclama a competência exclusiva do Ministério Público para a propositura do referido instituto.

Esse artigo tem objeto estudar a possibilidade de inconstitucionalidade do artigo 4º, §§ 2º e 6º, da Lei 12.850/2013. Diante desse propósito, buscou-se identificar as funções do Ministério Público e da Autoridade Policial com base no sistema acusatório. Em seguida, pautou-se pela identificação dos fundamentos que conferem legitimidade exclusiva para o *parquet* nas tratativas da colaboração premiada. Procurou-se o entendimento sobre o caráter vinculativo da concordância do Ministério Público nos acordos celebrados pela Autoridade Policial. Apresentou-se, ainda, breves considerações sobre a colaboração premiada tendo como referência o Direito Comparado.

Os motivos que levaram a enfrentar o presente estudo surgem do momento histórico, econômico, político e social que se encontra o Estado Brasileiro. Essa crise estimula na população os mais diferentes níveis de animosidades, podendo incorrer, inclusive, em movimentos sociais violentos, como o caso dos *black bloc*. Com base nisso, presenciamos a vigência do **direito penal simbólico**, no qual o legislador se preocupa mais com a satisfação de seu eleitor do que com a coerência constitucional.

O produto dessa irresponsabilidade legislativa pode ser o caso do artigo 4º, §§ 2º e 6º, da Lei 12.850 de 2013. A partir de uma leitura essencialmente pragmática, a atuação da autoridade policial nos Acordos de Colaboração Premiada apresenta aspectos positivos e negativos. De um lado, torna-se mais célere os processos, vindo a agilizar a investigação e, conseqüentemente, aumentando o indiciamento de eventuais suspeitos alcançados pelo acordo de colaboração. Porém, de outro lado, parece haver uma ofensa ao sistema acusatório, uma vez que o titular da ação penal é o Ministério Público, violando garantias constitucionais, como a do devido processo legal, da segurança jurídica e da moralidade.

Ao se optar pelo Estado Democrático de Direito, o sentimento de injustiça, gerado pela morosidade do judiciário e pela ausência de medidas mais contundentes no combate ao crime organizado, não pode suplantar o exercício pleno dos direitos e das garantias individuais. Nesse cenário vale mencionar Ruy Barbosa, quando esse esculpiu a ideia de que é preferível a pior das democracias do que a melhor das ditaduras.

2 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 4º, §§ 2º E 6º, DA LEI 12.850/2013

O Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, por meio da ADIN de nº 87.277/2016-AsJConsti/SAJ/PGR, questionou a constitucionalidade do artigo 4º, em seus parágrafos 2º e 6º, da Lei 12.850/2013, na parte que confere a Autoridade Policial legitimidade para a celebração do Acordo de Colaboração Premiada.

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o **delegado de polícia**, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).
[...]

§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o **delegado de polícia**, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor. (GRIFOS NOSSOS)

Segundo Rodrigo Janot Monteiro de Barros, ao se reconhecer a Autoridade Policial como parte legítima para propor a colaboração premiada, viola-se o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88), o princípio da moralidade (art. 37, *caput*, CF/88), o princípio acusatório, a titularidade do Ministério Público sobre ação penal pública (art. 129, I, CF/88), a exclusividade do exercício das funções do Ministério Público por membros de carreira (art. 129, §2º, primeira parte, CF/88) e a função da polícia como órgão de segurança pública (art. 144, §§ 1º e 4º, CF/88).

Na intenção de se analisar essa inconstitucionalidade, a partir do

sistema acusatório, adotado pelo ordenamento brasileiro, é necessário investigar as atribuições do Ministério Público e do Delegado de Polícia na persecução penal. Em seguida, identificar os fundamentos da legitimidade exclusiva do Ministério Público para os Acordos de Colaboração. Outro aspecto a considerar se relaciona com indispensabilidade de concordância do Ministério Público para a eficiência do Acordo de Colaboração Premiada. Oportunamente, compreender que a atribuição para propor a Colaboração Premiada prevista para a Autoridade Policial ofende o devido processo legal, a segurança jurídica e a moralidade. Ao final, apresentar breves considerações sobre o Acordo de Colaboração Premiada no Direito Comparado.

1. As funções do Ministério Público e da Autoridade Policial a partir do Sistema Acusatório.

A juíza Federal Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti²¹, na sua dissertação de Mestrado com o título “A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988”, defende que, no ordenamento jurídico pátrio, normas inferiores, influenciadas por movimentos corporativistas, de caráter pragmático, bem como repercussões da cultura jurídica anterior a Constituição da República de 1988, afastam os órgãos policiais do seu principal objetivo: apurar a prática de crimes.

Não raras vezes a Constituição Federal de 1988 é interpretada à luz de legislações inferiores. Luigi Ferrajoli²² observa que no ordenamento jurídico complexo, há conflitos originados das antinomias provenientes entre princípios superiores e regras práticas inferiores, pois os primeiros apresentam certa deficiência de efetividade, haja vista seu caráter abstrato; já os segundos ignoram certo nível de invalidez ou ilegitimidade.

Referente a essa confusão hermenêutica, o professor José Joaquim Gomes Canotilho²³ adverte que a legislação infraconstitucional deve ser interpretada com base na Constituição e não o contrário (*gesetzkonforme*

²¹SILVA, Danielle Souza de Andrade e. **A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 67- 72.

²²FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 1995. p. 27.

²³CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1106.

Verfassungsinterpretation). No mesmo sentido, Walter Leisner²⁴, já há algum tempo, advertia para o risco de se interpretar a Constituição a partir de normas inferiores.

Na leitura de Diaulas Costa Ribeiro²⁵, tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileira submetem sua interpretação da Constituição Federal de 1988 a parâmetros ultrapassadas. Nas palavras do autor, a Lei Maior “sofre de uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo”.

O artigo 129, I e VIII, disciplina, entre outras funções institucionais do Ministério Público, a titularidade da persecução penal. *In verbis*:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
[...]

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

A partir desses incisos descritos acima, verifica-se que o constituinte adotou o Sistema Acusatório, uma vez que separou as funções de acusar e julgar. Como observa Luiz Ferrajoli²⁶, as características principais desse sistema processual são: a) a rígida separação entre o julgador e o acusador; b) a igualdade entre a acusação e a defesa e; c) a publicidade e a oralidade do juízo. Em contrapartida, diferentemente desse sistema, tem-se o Inquisitivo, o qual permite ao julgador atuar de ofício na produção probatória, tratar com parcialidade a acusação e a defesa, bem como atribuir sigilo para toda a instrução.

Em que pese o fato do Sistema Acusatório adotado pelo ordenamento brasileiro não ser o Puro, denominado majoritariamente por Sistema Misto, não se pode ignorar a titularidade exclusiva do Ministério Público para dirigir a Investigação Criminal. Essa direção da investigação se entende como a orientação de quais provas são relevantes, de forma a subsidiar eventual

²⁴LEISNER, Walter. “*Die Gesetzmäßigkeit der Verfassung*”, inicialmente publicado no *Juristenzeitung* de 1964, p. 201-205, agora reproduzido in: Staat: Schriften zu Staatslehre und Staatsrecht 1957-1991. Berlin: Duncker & Humblot, 1994. p. 276-289.

²⁵RIBEIRO, Diaulas Costa. **Ministério Público: dimensão constitucional e repercussão no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 259.

²⁶FERRAJOLI, op. cit., p. 563.

oferecimento da denúncia ou, ainda, pedido de arquivamento. Ressalva-se que a distinção entre dirigir as investigações e presidir o inquérito policial não se confundem. Sobre o ato de dirigir a apuração da prática delituosa, Danielle Souza de Andrade e Silva²⁷ entende que:

A participação ativa do promotor de justiça na fase investigatória é verificada na maioria dos países do mundo. Nos Estados Unidos, a polícia não tem poder de efetuar buscas ou expedir notificações senão mediante autorização judicial obtida por intermédio do promotor de justiça. Na França, a tarefa investigativa realizada pela polícia é dirigida pelo Ministério Público, a quem são comunicadas as prisões para averiguações, que duram vinte e quatro horas, prorrogáveis por autorização escrita do promotor. Na Itália, os agentes policiais exercem suas atribuições de polícia judiciária sob a direção da magistratura requerente (o Ministério Público italiano). Na Espanha, o Ministério Público dirige e promove os trabalhos investigatórios, para os quais conta com auxílio da polícia, que lhe é subordinada. Em Portugal, a polícia judiciária é órgão auxiliar do Ministério Público. Também na Alemanha o Ministério Público dirige e fiscaliza a polícia de investigação.

É garantido pela Constituição Federal de 1988 a autonomia para o Ministério Público decidir sob o oferecimento da denúncia, caso reconheça estarem presentes os requisitos necessários à propositura²⁸. Sobre isso, de relatoria do Ministro Celso de Mello, no julgamento do *habeas corpus* de n.º 68.242, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de que:

a formação da *opinio delicti* compete, exclusivamente, ao Ministério Público, em cujas funções institucionais se insere, por consciente opção do legislador constituinte, o próprio monopólio da ação penal pública (CF, art. 129, I). Dessa posição de autonomia jurídica do Ministério Público, resulta a possibilidade, plena, de, até mesmo, não oferecer a própria denúncia.

Como titular exclusivo da ação penal, ao longo da persecução penal, o Ministério Público deve dirigir os contornos da investigação a fim de coletar informações pertinentes e suficientes para instruir a denúncia. Marcelo Polastri Lima (1997, p. 28) ensina que o órgão ministerial é o principal interessado no sucesso das investigações.

²⁷ SILVA, op. cit., p. 87.

²⁸ BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de. Nº 87.277/2016-AsJConst/SAJ/PGR: **Ação direta de inconstitucionalidade**. art. 4º, §§ 2º e 6º, da Lei 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), p. 41.

O ministro Teori Zavascki reconheceu ao Ministério Público o exercício da função de dirigir a investigação criminal, de forma que, tendo opinado pela denúncia, não é competência do judiciário interferir nessa iniciativa. *In verbis*:

[...] instaurado o inquérito, não cabe ao Supremo Tribunal Federal interferir na formação da *opinio delicti*. É de sua atribuição, na fase investigatória, controlar a legitimidade dos atos e procedimentos de coleta de provas, autorizando ou não as medidas persecutórias submetidas à reserva de jurisdição, como, por exemplo, as que importam restrição a certos direitos constitucionais fundamentais, como o da inviolabilidade de moradia (CF, art. 5º, XI) e das comunicações telefônicas (CF, art. 5º, XII). Todavia, o modo como se desdobra a investigação e o juízo sobre a conveniência, a oportunidade ou a necessidade de diligências tendentes à convicção acusatória são atribuições exclusivas do Procurador-Geral da República (Inq 2913-AgR, Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, Tribunal Pleno, DJe de 21-6-2012), mesmo porque o Ministério Público, na condição de titular da ação penal, é o verdadeiro destinatário das diligências executadas (Rcl 17649 MC, Min. CELSO DE MELLO, DJe de 30/5/2014).

Para Marcelo Polastri Lima²⁹ o princípio acusatório não deriva apenas da previsão do artigo 129, I e VIII, da Constituição Federal de 1988, mas de outras referências constitucionais, tais como: princípio da ampla defesa (artigo 5º, LV, CF/1988), princípio do juiz natural (artigo 5º, LIII e XXXVIII, CF/1988) e princípio da imparcialidade (artigo 5º, XXXVII, CF/1988).

No modelo Inquisitorial, as atribuições do juiz concentram os papéis de acusador e julgador, eivadas do vício da parcialidade da decisão. Ao revés, no modelo Acusatório, para Bruno Calabrich,³⁰ é garantido às partes a participação direta na fase instrutória, por meio da produção probatória. Conforme esse autor, o sistema acusatório é integrado pela imparcialidade do juiz, pelo contraditório, pela ampla defesa, pela igualdade de partes, pela publicidade dos atos e pela oralidade.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros³¹ informa que o modelo de processo gerado a partir do princípio acusatório se denomina de 'processo penal das partes'. Compete a juiz orientar o procedimento de decidir aspectos relevantes. De acordo com o referido Procurador-Geral da República, órgão

²⁹ LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e persecução criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 28.

³⁰ CALABRICH, Bruno. **Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 39-40.

³¹ BARROS, op. cit., p. 13-14.

que não seja parte da relação processual não pode interferir, nem dispor daquilo que não lhe compete.

Ao se admitir quem não seja parte a possibilidade de formular qualquer natureza de proposta na esfera penal, a lei resgata a figura do juiz inquisidor, eliminando sua imparcialidade. Isso ofende diretamente o devido processo legal (*due process of law*)³². O Supremo Tribunal Federal já foi instado a se manifestar sobre o juiz inquisidor na ADI 1.570/DF, na qual declarou ser inconstitucional.

O processo penal acusatório é direito dos cidadãos, uma vez que os protege frentes as eventuais arbitrariedades. Nas palavras de Daniellle Souza de Andrade e Silva³³, entende-se que:

O princípio da imparcialidade do julgador representa uma das facetas da garantia do juiz natural, sendo assegurado constitucionalmente pela impossibilidade de tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII) e pela competência previamente fixada em lei (art. 5º, LIII). O postulado pode ser tido como norteador do processo penal bem antes da vigência da atual Carta. Inegável, entretanto, que ganhou, tal qual os demais, novos contornos, em especial por força das outras garantias constitucionais do réu – incluindo os princípios do juiz natural e da proibição dos tribunais de exceção –, às quais está necessariamente relacionado, assim também pela reserva, ao Ministério Público, da promoção da ação penal pública, em caráter exclusivo (a privatividade a que alude a redação constitucional nada mais representa que o resguardo da ação penal privada subsidiária). Sob o aspecto subjetivo, é ainda preservada a imparcialidade pelas regras de suspeição e impedimento contidas no Código de Processo Penal (arts. 252 e seguintes).

Para Maike Frommann,³⁴ ao analisar o sistema de transação penal em países como a Alemanha e a Itália, nota-se que a concentração de várias funções para o magistrado compromete a imparcialidade. De certa forma, o instituto da colaboração premiada carrega semelhança com a transação penal. Em razão disso, é importante não sobrecarregar o juiz com a possibilidade de interferir nas negociais das partes.

No sistema acusatório, o autor da ação, como ensina Geraldo Prado,³⁵ dispõem dos seguintes aspectos que merecem referência, a saber: i – o direito

³² BARROS, op. cit., p. 14.

³³ SILVA, op. cit., p. 80-81.

³⁴ FROMMANN, Maike. Regulating Plea-Bargaining in Germany: Can the Italian Approach serve as a Model to Guarantee the Independence of German Judges?, **Hanse Law Review**, Volume 5, Number 2, December 2009. p. 128.

³⁵ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais**

de ação e o de defesa produzem decisão judicial em caso concreto; ii – o direito de ação é exercido por pessoa ou órgão do incumbido de julgar; iii – o autor não se limita a iniciar o processo, pois deseja ver reconhecida sua pretensão; iv – o modelo inclui o direito de provar os fatos e debater as questões de direito relevantes; v – a acusação integra o direito de ação e delimita o objeto da contenda; vi – legitima o autor a preparar-se adequadamente para propor a ação, pois, como afeta o *status dignitatis* do acusado, deve fundar-se em justa causa.

Como elementos essenciais da titularidade da acusação, destacam-se ônus da imputação e da prova, ambos atribuídos ao Ministério Público³⁶. Se a responsabilidade de denunciar e de provar é do *parquet*, a esse também deve ser concedida a direção das investigações, pois ilógico e sem finalidade seria o contrário, isto é, atribuir a direção da persecução penal a outro órgão. Ao final e ao cabo, o Ministério Público detém o compromisso primário com a defesa da ordem jurídica (artigo 127, *caput*, Constituição Federal de 1988). Na lição de Daniele Souza de Andrade e Silva,³⁷ tem-se que:

[...] Mas não se pode enquadrá-lo [o Ministério Público] como parte no estrito sentido de interessado em uma determinada atuação da vontade concreta da lei. É titular do direito de agir, subordinando-se, como parte, às regras de procedimento, porém não perde, em sua atuação penal, o destino de fiscal da lei, sobretudo quanto à observância do devido processo legal na sua acepção mais ampla. Seu interesse de agir é de ordem pública, logo, genérico, razão pela qual pode vir a pedir a absolvição do réu no decorrer do processo, recorrer em seu favor, impetrar habeas corpus ou mandado de segurança para proteger-lhe direito líquido e certo. E nem mesmo a obrigatoriedade da propositura da ação penal mantém-se incólume, haja vista a mitigação sofrida em relação às contravenções e aos crimes de pequeno potencial ofensivo.

De relatoria do Ministro Roberto Barroso, na Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 5.104/DF, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar sobre a atuação de organismos policiais, quando do seu exercício, essa exorbite das competências inerentes ao Ministério Público. Na ocasião, entendeu-se que essa inconstitucionalidade violava o princípio acusatório:

penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p 119.

³⁶ FERRAJOLI, op. cit., p. 564.

³⁷ SILVA, op. cit., p. 84-85.

RESOLUÇÃO No 23.396/2013, DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. INSTITUIÇÃO DE CONTROLE JURISDICIONAL GENÉRICO E PRÉVIO À INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITOS POLICIAIS. SISTEMA ACUSATÓRIO E PAPEL INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. Inexistência de inconstitucionalidade formal em Resolução do TSE que sistematiza as normas aplicáveis ao processo eleitoral. Competência normativa fundada no art. 23, IX, do Código Eleitoral, e no art. 105, da Lei no 9.504/97.

2. A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo **sistema penal acusatório**. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal. Precedentes.

3. Parâmetro de avaliação jurisdicional dos atos normativos editados pelo TSE: ainda que o legislador disponha de alguma margem de conformação do conteúdo concreto do **princípio acusatório** – e, nessa atuação, possa instituir temperamentos pontuais à versão pura do sistema, sobretudo em contextos específicos como o processo eleitoral – essa mesma prerrogativa não é atribuída ao TSE, no exercício de sua competência normativa atípica.

4. Forte plausibilidade na alegação de inconstitucionalidade do art. 8o, da Resolução no 23.396/2013. Ao condicionar a instauração de inquérito policial eleitoral a uma autorização do Poder Judiciário, a Resolução questionada institui modalidade de controle judicial prévio sobre a condução das investigações, em aparente **violação ao núcleo essencial do princípio acusatório**.

5. Medida cautelar parcialmente deferida para determinar a suspensão da eficácia do referido art. 8o, até o julgamento definitivo da ação direta de inconstitucionalidade. Indeferimento quanto aos demais dispositivos questionados, tendo em vista o fato de reproduzirem: (i) disposições legais, de modo que inexistiria *fumus boni juris*; ou (ii) previsões que já constaram de Resoluções anteriores do próprio TSE, aplicadas sem maior questionamento. Essa circunstância afastaria, quanto a esses pontos, a caracterização de *periculum in mora*. (STF. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 5.104/DF. Rel.: Min. ROBERTO BARROSO. 21/5/2014, maioria. DJ eletrônico 213, 30 out. 2014). (GRIFOS NOSSOS)

O Supremo Tribunal Federal vem reiteradamente confirmando que Sistema Acusatório atribui ao Ministério Público a direção da persecução penal, como, por exemplo, na Questão de ordem no Inquérito 1.604/AL, na qual o Ministro Sepúlveda Pertence assevera que o *parquet* é o arbítrio exclusivo, no curso do inquérito, da base empírica necessária à oferta da denúncia.

Ao julgar o Recurso de *habeas corpus* de n.º 61.110/RJ, o Ministro Rafael Mayer também reconheceu legitimidade da atuação do Ministério Público no inquérito policial, uma vez que, com base no seu *munus publicum*,

justifica-se a partir de sua própria missão como titular da ação penal.

Nesse sentido, outro precedente diz respeito ao RHC 58.849/SC, no qual o Ministro Moreira Alvez afirma que o Ministério Público, na direção da persecução penal, pode requisitar, isto é, atribuir caráter obrigatório à autoridade policial, para que essa diligencie preliminarmente em Inquérito Policial, na intenção subsidiar o oferecimento da denúncia ou o pedido de arquivamento.

Adverte Rodrigo Janot Monteiro de Barros³⁸ que não se pode tolerar o retrocesso processual, retirando das partes o papel central no processo, como, por exemplo, o antigo artigo 531 do Código de Processo Penal previa. Lembra o autor que, o citado artigo, permitia o início do processo a partir do auto de prisão em flagrante ou mediante portaria expedida pela autoridade policial ou juiz.

Excede as funções constitucionais de órgão de segurança pública, nos termos do artigo 144, §§ 1º e 4º, da Constituição Federal de 1988, atribuir às autoridades policiais legitimidade para propor Acordo de Colaboração Premiada (artigo, 4º, §§ 2º e 6º, da Lei 12.850/2013). Essa previsão viola diretamente a exclusividade de exercício da função do Ministério Público a pessoas estranhas à carreira (artigo 129, I e §2º, da Constituição Federal de 1988) Outrossim, a **polícia judiciária** deve atuar para o processo penal e não no processo penal³⁹.

Sobre o termo polícia judiciária, Danielle Souza de Andrade e Silva⁴⁰ observa que essa expressão:

[...] A bem da verdade, esta última denota as raízes inquisitoriais ainda presentes em nosso sistema, no qual a polícia ainda é adjetivada pelo Poder Judiciário, e não pelo Ministério Público, instituição do Estado a quem mais diretamente está a serviço, no exercício de sua capital função: a preparação da ação penal.

Segundo essa previsão disposta pelo artigo 4º, *caput*, da Lei 12.850/2013, a autoridade policial pode prometer o perdão judicial ao colaborador em troca de informações. Para Vladimir Aras⁴¹, esse prêmio legal

³⁸ BARROS, op. cit., p. 19.

³⁹ Idem.

⁴⁰ SILVA, op. cit., p. 94.

⁴¹ ARAS, Vladimir. **Sobre a capacidade de negociar e propor acordos de colaboração premiada em juízo.** Disponível em <<http://zip.net/brsXgX>> ou

é:

causa extintiva da punibilidade que só pode ser reconhecida pelo juiz após a propositura da ação penal, na fase da absolvição sumária ou por ocasião da sentença de mérito, o que naturalmente faz ver a estranheza de admitir-se a intervenção de uma não-parte no processo penal, em potencial dissonância com o autor da ação penal (*dominus litis*).

Ainda, a inclusão da autoridade policial como parte legítima para a propositura da colaboração premiada, é possível a hipótese do delegado de polícia celebrar um acordo com cláusula de não oferecimento de denúncia. Essa medida se revela como verdadeira usurpação da competência privativa do Ministério Público, nos termos do artigo 129, I e §2º, da Constituição Federal de 1988.⁴²

Atribuir à autoridade policial a legitimidade para a celebração do Acordo de Colaboração Premiada ofende o princípio acusatório, seja na sua dimensão processual substancial ou na sua dimensão material. O professor Eugênio Pacelli de Oliveira⁴³ resumidamente condensa toda a problemática trazida pelo artigo 4º da Lei 12.850/2013, quando confere à Autoridade Policial a capacidade de atuar como parte na ação penal, senão vejamos:

[...] a função de titularidade da ação penal pública é privativa do Ministério Público. E não porque queiramos, mas por expressa determinação constitucional (art. 129, I, CF). E por ação penal há que se entender a iniciativa da persecução penal em juízo. Nesse contexto, tanto o oferecimento de denúncia quanto o requerimento de arquivamento do inquérito policial constituem regular exercício da titularidade da ação penal e, de modo mais amplo, da persecução penal em juízo. Também outras providências não relacionadas diretamente com a acusação em juízo são privativas do Ministério Público, precisamente por se inserirem no contexto da respectiva modalidade de persecução penal, tal como ocorre em relação à titularidade para a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89, Lei 9.099/95) e a transação penal (art. 76, Lei 9.099/95). E nem poderia ser de outro modo, na medida em que a única instituição pública no Brasil com legitimidade ativa para a persecução penal em juízo é o Ministério Público. No que toca às ações penais públicas, evidentemente. [...]. Eis então que se chega ao art. 4o, § 2o e § 4o, da Lei 12.850/13, que elege o Delegado de Polícia como autoridade

<<https://blogdovladimir.wordpress.com/2015/05/12/sobre-a-capacidade-de-negociar-e-propor-acordos-de-colaboracao-premiada-em-juizo>>. Acessado em: 22 ago. 2016.

⁴² BARROS, op. cit., p. 20.

⁴³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2014. Atualizações sobre a Lei 12.850/2013. Disponível em: <http://zip.net/bnspWh> ou <<http://eugeniopacelli.com.br/atualiza-coes/curso-de-processo-penal-17a-edicao>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

com capacidade postulatória e com legitimação ativa para firmar acordos de colaboração, a serem homologados por sentença pelo juiz. Nada temos e nada poderíamos ter (quem sabe apenas em um passado longínquo e sombrio...) contra a autoridade e contra a importância do Delegado de Polícia na estrutura da investigação. Ainda que se modifique o quadro nacional, com a instituição, por exemplo, de Juizados de Instrução, sob a presidência de um juiz nas investigações, a corporação policial deverá seguir se guiando por uma hierarquia administrativa, no comando de suas funções. Todavia, o que a citada legislação pretende fazer é de manifesta e evidente inconstitucionalidade. E isso por uma razão muito simples: a Constituição da República comete à polícia, inquinada de judiciária, funções exclusivamente investigatórias (art. 144, § 1o, IV, e § 4o). E, mais, remete e comete ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica (art. 127) e a promoção privativa da ação penal (art. 129, I). Ora, a atribuição privativa da ação penal pública significa a titularidade acerca do juízo de valoração jurídico-penal dos fatos que tenham ou possam ter qualificação criminal. Não se trata, evidentemente, e apenas, da simples capacidade para agir, no sentido de poder ajuizar ação penal, mas, muito além, decidir acerca do caráter criminoso do fato e da viabilidade de sua persecução em juízo (exame das condições da ação penal). Em uma palavra: é o Ministério Público e somente ele a parte ativa no processo penal de natureza pública (ações públicas). E o que fez a Lei 12.850/13? Dispõe que o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderá representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador (art. 4o, § 2o)!!! Naturalmente, o mesmo dispositivo defere semelhante capacidade e legitimidade também ao Ministério Público! O desatino não poderia ir tão longe...Não bastasse, e para deixar claro que não parariam aí tais capacidades e faculdades tipicamente processuais (ainda que na fase de investigação), afirma que “o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou entre o *parquet*, o investigado e o defensor (art. 4o, § 6o)!!! Ou seja, a citada legislação parece elevar a autoridade policial à condição de parte, chegando a dispor, no art. 4o, § 10, que “as partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor”. Antes de se apontar a indubitosa invalidade constitucional dos termos legais antes mencionados, caberia indagar: o que significaria a manifestação do Ministério Público, nos casos em que o acordo de colaboração venha a ser firmado pelo delegado de polícia?? E se o *parquet* discordar?? Ainda assim poderia o delegado fechar o acordo? Curiosamente, o citado art. 4o, § 2o, prevê a aplicação, no que couber, do art. 28 do CPP, que, como se sabe, trata da hipótese em que o juiz discorda do requerimento de arquivamento do Ministério Público e o submete ao órgão de revisão da instituição. O que afinal quereria dizer tal remissão?? Acaso seria que, na hipótese de discordância do Ministério Público com o acordo proposto pelo delegado de polícia, os autos deveriam ser submetidos ao controle de revisão na própria instituição ministerial? Se essa foi a intenção legislativa, seria ainda mais bizarra a solução, a estabelecer um conflito de atribuições entre o *parquet* e a autoridade policial. E mais. Nesse caso, a lei deveria se referir à aplicação por analogia do art. 28, CPP, e não

apenas no que couber como consta do texto, já que não se sabe onde caberia referida aplicação. Assim, temos por absolutamente inconstitucional a instituição de capacidade postulatória e de legitimação ativa do delegado de polícia para encerrar qualquer modalidade de persecução penal, e, menos ainda, para dar ensejo à redução ou substituição de pena e à extinção da punibilidade pelo cumprimento do acordo de colaboração. Se o sistema processual penal brasileiro sequer admite que a autoridade policial determine o arquivamento de inquérito policial, como seria possível admitir, agora, a capacidade de atuação da referida autoridade para o fim de: a) Extinguir a persecução penal em relação a determinado agente, sem a consequente legitimação para promover a responsabilidade penal dos demais (delatados), na medida em que cabe apenas ao *parquet* o oferecimento da denúncia; b) Viabilizar a imposição de pena a determinado agente, reduzida ou com a substituição por restritivas de direito, condicionando previamente a sentença judicial; c) Promover a extinção da punibilidade do fato, em relação a apenas um de seus autores ou partícipes, nos casos de perdão judicial. Não se há de aceitar mesmo a legitimação ativa declinada na Lei 12.850/13, também por que: a) O acordo de colaboração premiada tem inegável natureza processual, a ser homologado por decisão judicial, que somente tem lugar a partir da manifestação daqueles que tenham legitimidade ativa para o processo judicial; b) o fato de poder ser realizado antes do processo propriamente dito, isto é, antes do oferecimento da acusação, não descaracteriza sua natureza processual, na medida em que a decisão judicial sobre o acordo está vinculada e também vincula a sentença definitiva, quando condenatória; c) A condição de parte processual está vinculada à capacidade e à titularidade para defesa dos interesses objeto do processo. É dizer, a legitimação ativa está condicionada à possibilidade da ampla tutela dos interesses atribuídos ao titular processual, o que, evidentemente, não é o caso do delegado de polícia, que não pode oferecer denúncia e nem propor suspensão condicional do processo; d) O acordo de colaboração, tendo previsão em lei e não na Constituição da República, não poderia e não pode impedir o regular exercício da ação penal pública pelo Ministério Público, independentemente de qualquer ajuste feito pelo delegado de polícia e o réu; e) Para a propositura do acordo de colaboração é necessário um juízo prévio acerca da valoração jurídico-penal dos fatos, bem como das respectivas responsabilidades penais, o que, como se sabe, constitui prerrogativa do Ministério Público, segundo o disposto no art. 129, I, CF. f) A eficácia do acordo de colaboração está vinculada, não só aos resultados úteis previstos em lei, mas também à sentença condenatória contra o colaborador, o que dependerá de ação penal proposta pelo Ministério Público. Por todas essas considerações, não nos parece aceitável a possibilidade de propositura e de formalização de acordo de colaboração pelo delegado de polícia, não se podendo aceitar, então, que o juiz decida por homologação um ajuste com tais características.

Nessa linha, outros autores mencionam a ilegitimidade conferida pelo artigo 4º, §§ 2º e 6º, da Lei 12.850/2013 à Autoridade Policial, como, por exemplo: Paulo César Busato e César Roberto Bittencourt,⁴⁴ Renato

⁴⁴ BITENCOURT, César Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização**

Brasileiro de Lima,⁴⁵ Eduardo Araújo da Silva,⁴⁶ Afrânio Silva Jardim,⁴⁷ Vladimir Aras,⁴⁸ Rodrigo de Grandis,⁴⁹ Cléber Masson e Vinícios Marçal.⁵⁰

É provável que essa violação da Lei de Organizações Criminosas ao sistema acusatório tenha como origem a ausência da delimitação das funções dos órgãos policiais. Acerca disso, Edimar Carmo da Silva⁵¹ ensina que o princípio acusatório surge da distinção das funções entre quem acusa e quem julga. Nas palavras do autor, entende-se que:

[...] o princípio acusatório emerge não apenas da distinção entre os órgãos de acusação e de julgamento, mas, essencialmente, das distintas funções a eles delineadas constitucionalmente, torna possível concluir que toda norma infraconstitucional que tenha como consequência/efeito a possibilidade de o órgão julgador adotar postura ativa/unilateral em desfavor da pessoa suspeita/indiciada/acusada, como na hipótese de restrição oficiosa da liberdade e na iniciativa probatória, fatalmente incorrerá na eiva de inconstitucionalidade ante a afronta/violação do mencionado princípio. Para mais, tais práticas atentam, ainda, contra a propagada exigência de imparcialidade do órgão julgador, da ampla defesa e do contraditório, além de negar vigência à relevante função de garante dos direitos fundamentais.

Nessa compreensão, pode-se conceber, pois, o devido processo legal material/substantivo como fórmula de contenção de regras abusivas e arbitrárias inseridas no plano legislativo ordinário, atuando, desse modo, como norma mantenedora da coerência dos atos legislativos infraconstitucionais pertinentes à persecução penal [...]. Tendo o princípio acusatório a nota distintiva de (de)limitar as funções públicas do julgador e do acusador na persecução penal, significa dizer que serve de parâmetro normativo para eliminar do sistema jurídico a legislação infraconstitucional que macule ou perturbe o regular exercício desses órgãos. Ganha, pois, nítido aspecto material do devido processo legal, enquanto limitador de arbítrios do legislador ordinário.

Criminosa: lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 122-124.

⁴⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm. 2015. p. 544-546.

⁴⁶ SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei no 12.850/13**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 60-62.

⁴⁷ JARDIM, Afrânio Silva. **Poder Judiciário não deve ser refém de acordos de delação premiada do MP. Consultor jurídico**. Disponível em: <<http://zip.net/bssXtt>> ou <<http://www.conjur.com.br/2015-out-18/afranio-jardim-judiciario-nao-refem-acordo-delacao-premiada>>. Acessado em: 22 ago. 2016.

⁴⁸ ARAS, op. cit., acessado em: 22 ago. 2016.

⁴⁹ GRANDIS, Rodrigo de. **A inconstitucional participação de delegados de polícia nos acordos de colaboração premiada**. Disponível em: <<http://zip.net/bpsqs0>> ou <<http://jota.info/rodrigo-de-grandis-a-inconstitucional-participacao-de-delegados-de-policia-nos-acordos-de-delacao-premiada>>. Acessado em: 22 ago. 2016.

⁵⁰ MASSON, Cléber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 91-94.

⁵¹ SILVA, Edimar Carmo da. **O princípio acusatório e o devido processo legal**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010. p. 69-71.

Caso não haja uma distinção evidente da atribuição de cada parte do processo, bem como da verdadeira função constitucional da polícia judiciário (ou melhor, da polícia criminal), a saber, a apuração de delitos, a legislação infraconstitucional continuará cometendo essas incongruências.

Quão perplexo para o sistema acusatório seria a hipótese da Autoridade Policial celebrar um Acordo de Colaboração Premiada sem a concordância do Ministério Público? Assim observa Eduardo Araújo da Silva:⁵²

Aliás, se persistir a sistemática legal, corre-se o risco de eventualmente o Ministério Público manifestar-se contrário ao acordo promovido pelo delegado de polícia e o juiz, por sua vez, homologá-lo, vinculando sua decisão final. Teríamos, então, por vias transversas, a hipótese de o delegado de polícia vincular a disponibilidade quanto à aplicação da sanção penal ou ao exercício do *jus puniendi* estatal, via perdão judicial, à revelia do órgão titular da ação penal, o que implicaria em manifesto cerceamento das funções acusatórias em juízo. Em caso semelhante, quando da discussão sobre a possibilidade de acordo entre o acusado e o juiz para fins de suspensão condicional do procedimento *ex-officio* (art. 89 da Lei no 9.099/95), a jurisprudência dos Tribunais Superiores pacificou-se no sentido da impossibilidade de outro órgão dispor da ação penal pública.

É flagrante a inconstitucionalidade da Lei de Organizações Criminosas quando confere ao delegado de polícia a capacidade de interferir na relação das partes, no caso, propor ao colaborador prêmios legais, usurpando a função constitucional do Ministério Público, bem como violando o princípio acusatório.

3 A LEGITIMIDADE EXCLUSIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Por força do artigo 129, I, da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público é o titular da ação penal pública, detentor do *dominus litis*. Como decorrência lógica dessa titularidade, apenas os membros do *parquet* podem propor acordo de colaboração, uma vez que, para a conveniência da instrução criminal, é possível a mitigação do princípio da indisponibilidade.

⁵² SILVA, **Organizações**, op. cit., p. 60-62.

Conforme lição de Júlio Fabbrini Mirabete,⁵³ apenas o titular da persecução penal pode dispor da ação penal. Nas palavras do autor, tem-se que:

O Ministério Público é o titular, privativo, da ação penal pública, afastada a possibilidade de iniciativa e, portanto, de disponibilidade por parte do juiz (art. 129, I, da Constituição Federal). Não podendo, portanto, a lei, e muito menos uma interpretação extensiva dela, retirar-lhe o direito de pedir a prestação jurisdicional quando entende que deva exercê-la. Consagrado pela Constituição Federal o sistema acusatório, onde existe separação orgânica entre o órgão acusador e o órgão julgador, não pode um usurpar a atribuição ou competência do outro. Por consequência, ao titular do *ius persequendi* pertence com exclusividade também a disponibilidade da ação penal quando a lei mitiga o princípio da obrigatoriedade.

Referentes aos institutos despenalizadores (suspensão condicional do processo e transação penal), apenas o Ministério Público pode propor, como exceção ao princípio da obrigatoriedade, princípio esse previsto no artigo 29 do Código de Processo Penal e no artigo 129, I, da Constituição Federal de 1988. Assim, é indispensável o consentimento do Ministério Público quando envolver a disposição desses institutos. Nesse sentido, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, pela relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, entendeu que:

Transação penal homologada em audiência realizada sem a presença do Ministério Público: nulidade: violação do art. 129, I, da Constituição Federal.

1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal – que a fundamentação do *leading case* da Súmula 696 evidencia: HC 75.343, 12.11.97, PERTENCE, RTJ 177/1293 –, que a imprescindibilidade do assentimento do Ministério Público quer à suspensão condicional do processo, quer à transação penal, está conectada estreitamente à titularidade da ação penal pública, que a Constituição lhe confiou privativamente (CF, art. 129, I).
2. Daí que a transação penal – bem como a suspensão condicional do processo – pressupõe o acordo entre as partes, cuja iniciativa da proposta, na ação penal pública, é do Ministério Público.

Segundo Rodrigo Janot Monteiro de Barros,⁵⁴ os institutos da transação penal, da suspensão condicional do processo e da colaboração premiada

⁵³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais**: comentários, jurisprudência, legislação. São Paulo: Atlas, 2002. p. 153.

⁵⁴ BARROS, op. cit., p. 28.

pertencem a denominada *justiça negocial*, conhecida também por *justiça penal consensual*, *justiça penal pactuada* ou *direito penal premial*. Nessa esteira, somente o Ministério Público pode tratar com a outra parte os termos, seja da suspensão condicional do processo ou da transação penal, tendo o Supremo Tribunal Federal se manifestado sobre essa exclusividade, por meio da Súmula 696. Tratativa essa não estendida à Autoridade Policial, uma vez que não é titular do direito em causa.

Como estudado no capítulo anterior, o acordo da colaboração premiada já era previsto em legislações anteriores, porém tais previsões se limitam a disciplinar tão somente o aspecto material. Com o advento da Lei de Organizações Criminosas, esse instituto passou a ter contornos processais e procedimentais, assumindo caráter misto.

Na leitura de Luiz Flávio Gomes e de Marcelo Rodrigues da Silva,⁵⁵ o instituto da colaboração premiada sob o seu aspecto material, pode-se citar como prêmio legais: a) causa de diminuição de pena; b) causa extintiva da punibilidade; c) causa de fixação do regime inicial aberto ou semiaberto; d) causa de substituição da pena privativa de liberdade; e) causa de progressão de regime e; f) causa de improcessabilidade. Já sob o aspecto processual, tem-se que a) o Ministério Público não é obrigado a celebrar o acordo, portanto, não é direito subjetivo do acusado e b) suspensão do prazo para o oferecimento da denúncia ou processo.

O aspecto material da colaboração premiada indica a figura de um instituto despenalizador. Desta feita, como *dominus litis* da ação penal, não cabe a qualquer outro órgão que não ao Ministério a proposta de prêmios legais em troca da contribuição do colaborador, visto que tais benefícios possuem natureza despenalizadora.⁵⁶

Ofende ao princípio acusatório, às atribuições constitucionais do Ministério Público, ao devido processo legal e à própria natureza das coisas, quando a lei confere a outro órgão a possibilidade de mitigar o princípio da obrigatoriedade e da disponibilidade.

Considerando o fato de que apenas o Ministério Público é parte na ação penal, na hipótese da autoridade policial formalizar acordo de colaboração, é possível que o *parquet* ignore os termos celebrados sem seu consentimento, dando continuidade ao processo em desfavor do colaborador.

⁵⁵ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013**. Salvador: JusPodivm. 2015. p. 214-215.

⁵⁶ BARROS, op. cit, p. 30.

4 A INDISPENSABILIDADE DE CONCORDÂNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Da leitura do artigo 4º, §§ 2º e 6º, da Lei de Organizações Criminosas, observa-se que o legislador além de atribuir à Autoridade Policial a legitimidade para propor a colaboração premiada, dispensa, nessa hipótese, a concordância do Ministério Público, solicitando apenas a manifestação desse, cujo efeito não é vinculante. Segundo Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva:⁵⁷

A Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, no dia 30 de outubro de 2012, quando da análise do projeto que culminou na lei em comento (Lei 12.850/13), em Relatório do Deputado Federal VIEIRA CUNHA, relatou a substituição da expressão “concordância” por “manifestação do Ministério Público” no § 2º do art. 4º da Lei 12.850/13, que trata do perdão judicial ao colaborador, sob o fundamento de que “o papel de concordar ou não cabe ao Magistrado.

A argumentação utilizada pela Comissão é falha, pois deve sim haver concordância pelo membro do Ministério Público com os termos do acordo celebrado entre autoridade policial e colaborador, e não um mero parecer sem caráter vinculativo do *Parquet*. Aliás, o Ministério Público é o titular da ação penal, e por tal motivo sua manifestação pela concordância ou não do acordo vincula o juiz.

De todo modo, resta evidente que o legislador pretendeu **tornar não vinculante a “manifestação” do Ministério Público sobre o acordo**, o que seria incompatível com a ordem constitucional. (GRIFO NOSSO)

Ao revés de uma interpretação autêntica da Lei de Organizações Criminosas, é necessário um exercício hermenêutico que considere a intenção da lei, no aspecto teleológico.⁵⁸ Como constata Carlos Maximiliano,⁵⁹ a vontade da lei deve se destacar em relação à intenção do legislador.

Mesmo em parte minoritária da doutrina que reconhece a Autoridade Policial legitimidade para celebrar a colaboração premiada, constata-se a obrigatoriedade da concordância do Ministério Público. Nesse sentido, Luiz

⁵⁷ SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei no 12.850/13**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 300-301.

⁵⁸ BARROS, op. cit., p. 32.

⁵⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 23-35.

Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva⁶⁰ interpretam que:

[...] sempre que o delegado de polícia realizar o acordo de colaboração premiada sem a presença do Ministério Público[...] deverá fazer a remessa do acordo por intermédio do juiz ao Promotor de Justiça, para que este ratifique o acordo, levando-o a posteriori para homologação judicial, ou retifique algum dos seus termos. Nesse último caso (retificação) deverá ter a presença do pretense colaborador e seu defensor para realizar nova assinatura, pois tal modificação poderá trazer-lhes implicações desfavoráveis.

Semelhante posicionamento apresentam Arthur Pinto Lemos Júnior e Beatriz Lopes de Oliveira⁶¹, quando na hipótese da não concordância do membro do *parquet* sobre a colaboração, aplica-se por analogia o artigo 28 do Código de Processo Penal. *In verbis*:

[...] Caso o promotor de justiça não concorde com o acordo de colaboração premiada proposto pelo delegado de polícia, o juiz deverá aplicar a regra prevista no art. 28 do Código de Processo Penal – § 2º do art. 4º da Lei 12.850/13. Será daí, o Procurador-Geral de Justiça quem decidirá sobre o ajuste ou não com o investigado e sua defesa técnica, destacando-se, vez mais, o caráter acusatório do processo penal brasileiro.

Nessa mesma linha, Eduardo Araújo da Silva⁶² entende que:

Embora temerária ausência de prévio contato com o colaborador e seu defensor, nada impede que, concordando com os termos do acordo, o representante do órgão responsável pelo *jus perseguendi in judicio* ratifique a proposta formulada pela autoridade policial.

Embora se tente preservar a necessidade do Ministério Público na colaboração premiada firmada entre a Autoridade Policial e o colaborador, tal interpretação dada pela corrente minoritária viola a exclusividade do *parquet* como titular da ação penal. Mesmo com a menção ao artigo 28 do Código de Processo Penal, esse dispositivo não se aplica aos delegados de polícias,

⁶⁰ SILVA, **organizações**, op. cit., p. 301-302.

⁶¹ LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto de; OLIVEIRA, Beatriz Lopes de. **Crime organizado e a Lei n.º 12.850/13**. São Paulo: Verbatim, 2014. p. 48-49.

⁶² SILVA, **organizações**, op. cit., p. 60-62.

restringindo-se apenas ao membro do Ministério e ao juiz.⁶³

Ainda, Afrânio Silva Jardim⁶⁴ confirma o argumento de que a Autoridade Policial não pode propor a colaboração premiada com o indiciado, sem que, para isso, esteja presente o Ministério Público. Nas palavras do autor, tem-se que:

Em nosso sistema constitucional, apenas o Ministério Público é o titular do direito de ação penal pública, motivo pelo qual o Delegado de Polícia não pode, isoladamente, fazer o acordo de cooperação premiada com o indiciado, dispondo do exercício da ação ou do próprio direito penal material.

Tanto a doutrina majoritária quanto a minoritária apresentada anteriormente, reconhece a importância da concordância do Ministério Público nos acordos de colaboração. Não importa qual doutrina se adote, todas apontam para a concordância do titular da ação penal. Para Eugênio Pacelli de Oliveira⁶⁵ (2016)

[...] ou bem se admite a inconstitucionalidade de tais normas, ou, se for possível aceitar a validade da atuação policial na colaboração premiada, que esteja ela condicionada à manifestação favorável do Ministério Público, caso em que o acordo, naturalmente, teria como parte legítima o *parquet* e não o delegado de polícia.

Ante o exposto, além da flagrante inconstitucionalidade na propositura da colaboração premiada pela Autoridade Policial, ao arrepio da Carta Maior, a Lei de Organizações Criminosas exige tão somente a manifestação do Ministério Público, sem qualquer aspecto vinculante, ofendendo o devido processo legal, à segurança jurídica e à moralidade.

⁶³ BARROS, op. cit., p. 34.

⁶⁴ JARDIM, op. cit., acessado em: 22 ago. 2016.

⁶⁵ OLIVEIRA, op. cit., acesso em: 22 ago. 2016.

5 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA PARA O DIREITO COMPARADO

O Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros,⁶⁶ na tentativa de reforçar a legitimidade exclusiva do Ministério Público nos Acordo de Colaboração Premiada, recorre ao Direito Comparado, de forma a ilustrar o tratamento despendido sobre esse tema no meio internacional.

Nos Estados Unidos da América, o instituto da Colaboração Premiada (*plea-bargaining*) tem seu uso recorrente, sendo um meio reconhecido de grande eficiência para a administração da justiça norte-americana. A respeito disso, no julgado *Santobello v. New York*, a Suprema Corte Americana se manifestou, descrevendo que:

A disposição de acusações criminais por acordo entre o promotor e o acusado, por vezes chamada sem maior rigor de *plea-bargaining*, é um componente essencial da administração da justiça. Propriamente manejada, deve ser encorajada. Se cada acusação criminal fosse sujeitar-se a pleno julgamento, os Estados e a União precisariam multiplicar muitas vezes o número de juízes e instalações judiciárias.

[...]

Esta fase do processo na justiça criminal, e o elemento adjudicativo inerente à aceitação de um reconhecimento formal de culpabilidade, devem estar acompanhados de salvaguardas para garantir ao réu o que lhe é razoavelmente devido nas circunstâncias. Essas circunstâncias variarão, mas um fator constante está em que, quando tal reconhecimento se baseie em qualquer grau relevante em uma promessa ou concordância do promotor, a ponto de se poder dizer que ela é parte do induzimento ou da consideração, tal promessa deve ser cumprida.⁶⁷ (Trad. MONTEIRO DE BARROS).

⁶⁶ BARROS, op. cit., p. 38-45.

⁶⁷ The disposition of criminal charges by agreement between the prosecutor and the accused, sometimes loosely called ‘plea bargaining’, is an essential component of the administration of justice. Properly administered, it is to be encouraged. If every criminal charge were subjected to a full-scale trial, the States and the Federal Government would need to multiply by many times the number of judges and court facilities.

[...]

This phase of the process of criminal justice, and the adjudicative element inherent in accepting a plea of guilty, must be attended by safeguards to insure the defendant what is reasonably due in the circumstances. Those circumstances will vary, but a constant factor is that when a plea rests in any significant degree on a promise or agreement of the prosecutor, so that it can be said to be part of the inducement or consideration, such promise must be fulfilled.”

“The short of it is that the power to prosecute plainly includes the power not to prosecute (and, thus, the power to grant use immunity), whereas the power to investigate does not necessarily encompass (or even reasonably imply) the power to grant use immunity.

Por meio do julgamento *United States v. Flemmi*, em 11 de setembro de 2000, a Corte Federal de Apelação (1º Circuito dos EUA) negou o acordo de imunidade celebrado pelo *Federal Bureau of Investigation*, policial federal norte-americano, limitando a legitimidade para propor tal medida ao Ministério Público. *In verbis*:

O resumo disso é que o poder de promover ação penal claramente inclui o poder de não promover ação penal (e, portanto, o poder de conceder imunidade de uso), enquanto o poder de investigar não necessariamente abrange (ou sequer razoavelmente implica) o poder de conceder imunidade de uso.⁶⁸ (Trad. MONTEIRO DE BARROS)

No Direito Germânico, houve uma alteração do Código de Processo Penal no ano de 2009, acrescentando-se o § 275c, o qual disciplina o acordo de colaboração premiada. Para a aplicação desse instituto, o ordenamento jurídico alemão conferiu ao Poder Judiciário maior participação, pois a celebração do acordo ocorre apenas no curso do processo⁶⁹. Sobre esse parágrafo, referente ao item 3, Maike Fromman⁷⁰ nota que para a existência do acordo, esse se submete necessariamente à concordância do Ministério Público. Senão, vejamos: “o acordo reputa-se existente, se o réu e o Ministério Público concordarem com a proposta do tribunal”.⁷¹

Conforme ensina Regina Rauxloh,⁷² anterior ao acréscimo do § 257c no Código de Processo Penal Alemão, não eram raros os casos de acordos informais entre o *parquet* e o colaborador. Mesmo nesses casos, não se menciona a interferência de órgãos policiais. Assim, para se propor a colaboração premiada é necessário a figura do Ministério Público, uma vez

⁶⁸ The short of it is that the power to prosecute plainly includes the power not to prosecute (and, thus, the power to grant use immunity), whereas the power to investigate does not necessarily encompass (or even reasonably imply) the power to grant use immunity.

⁶⁹ BARROS, op. cit., p. 41.

⁷⁰ FROMMAN, op. cit., p. 203.

⁷¹ Pursuant to Section 257c III StPO, an agreement comes into existence when the court notifies the participants of the content of a possible agreement to which the prosecutor as well as the defendant have given their consent.

⁷² RAUXLOH, Regina E. Formalization of Plea Bargaining in Germany: Will the New Legislation Be Able to Square the Circle?, 34 Fordham Int'l L.J. 296 (2011), p. 298. Disponível em: <<http://zip.net/blsX57>> ou <<http://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol34/iss2/5>>. Acessado em: 24 ago. 2016. p. 298.

que apenas esse é o titular da ação penal e, por assim o ser, o único que pode se valer da exceção ao princípio da obrigatoriedade.⁷³

Nos Acordos de Colaboração Premiada para o direito alemão, há apenas a participação do réu, do Poder Judiciário e do Ministério Público, inexistindo qualquer interferência de órgão policial. Para Werner Beuke⁷⁴ a polícia se conceitua como auxiliar do Ministério Público. Nessa esteira, Klaus Volk⁷⁵ observa que “o Ministério Público pode realizar investigações por si mesmo (§ 161, 1). E o faz em delitos capitais [...] e sobretudo na criminalidade econômica. Na maioria dos casos, contudo, ele recorre ao trabalho investigativo da polícia”. Em grande parte, os agentes policiais alemães são investigadores do *parquet*.

Com relação a exclusividade do Ministério Público para propor a colaboração premiada, ao exemplo dos Estados Unidos e da Alemanha, a Colômbia também possui um tratamento semelhante⁷⁶. Com a alteração em 2009, o Código de Processo Penal foi alterado no seu artigo 324, o qual passou a disciplinar o exercício do princípio da oportunidade, a partir de determinadas condições denominadas *causales*. Nota-se que uma dessas *causales* atribui ao Ministério Público (*Fiscalía*) a possibilidade de não oferecer denúncia ou de ainda atenuar a punição do colaborador.

Desprende-se da leitura do artigo 322 do Código de Processo Penal colombiano que compete exclusivamente ao Ministério Público dispor do princípio da obrigatoriedade ao recorrer do princípio da oportunidade.⁷⁷ Frisa-se que na Colômbia o *parquet* dirige as investigações da polícia, nos termos dos artigos 114, nº 5, e 117 do Código de Processo Penal colombiano).

No que se refere à União Européia, destaca-se o caso envolvendo Natsvlishvili e Togonidze v. Geórgia, julgado em 2014 pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH)⁷⁸. Nessa oportunidade, a Corte Europeia realizou um estudo comparado da justiça negocial (transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de colaboração premiada) em

⁷³ Although some negotiations are initiated in the context of the main hearing, many informal agreements are linked to those procedures that provide the prosecution with some discretion because they are exceptions to the principle of compulsory prosecution according to which all crimes must be prosecuted.” (RAUXLOH, 2011, p. 303)

⁷⁴ BEULKE, Werner. **Strafprozessrecht**. 10. Aufl., Heidelberg: CF Müller, 2008. p. 64.

⁷⁵ VOLK, Klaus. **Grundkurs StPO**. 6. Aufl., München: Beck, 2008. p. 26-27.

⁷⁶ BARROS, op. cit., p. 43.

⁷⁷ Ibid, p. 45.

⁷⁸ Idem.

vários países. Desse estudo, concluiu-se que na grande maioria dos Estados analisados, a justiça negocial decorre exclusivamente da relação entre acusação e defesa, sendo na sequência revista pelo Poder Judiciário. Com base nisso, observa ainda que os órgãos policiais não possui a capacidade de interferir no *plea bargaining* em boa parte dos países.

6 CONCLUSÃO

O advento da Lei 12.850/2013 proporcionou um grande avanço para a persecução penal, uma vez que prevê instrumentos eficientes no combate às organizações criminosas. Em razão da sua natureza sigilosa e organizada, essa espécie de prática criminosa dificulta os meios convencionais de investigação, pois mascara toda a sua estrutura, de forma a evitar quaisquer indícios de autoria, bem como evidências da materialidade criminosa.

Anteriormente a essa lei, a responsabilidade criminal recaía, em grande parte, exclusivamente sobre os integrantes inferiores, os quais compõem a base da pirâmide de comando da organização. Os mentores da atividade criminosa raramente ou nunca eram punidos, visto que seus envolvimento se limitavam ao ato de comandar. De fato, quem exerce o 'trabalho sujo' são os de hierarquia inferior.

Nesse cenário de impunidade, o instituto da Colaboração Premiada conquista destaque, já que utiliza as informações do colaborador para dismantlar todo o esquema criminoso. Responsabilizando os líderes criminosos ou atingindo o patrimônio da organização, reduz-se a possibilidade dessa modalidade de crime continuar existindo.

Tendo reconhecida a importância atribuída ao Acordo de Colaboração Premiada no combate as organizações criminosas, deve-se evitar que os frutos colhidos por meio desse instituto sejam declarados nulos, haja vista a reunião de esforços que foram mobilizados para se alcançar aquele resultado.

Referente a essa possibilidade de anulação das informações prestadas pelo colaborador, o presente trabalho pretendeu alertar para a inconstitucionalidade do artigo 4º, §§ 2º e 6º, da Lei de 12.850/2013. Continuar atribuindo a autoridade policial a legitimidade para propor a colaboração premiada, corresponde a assumir o risco de que, eventualmente, todo o trabalho despendido na persecução penal poderá ser invalidado.

Como demonstrado ao longo dessa pesquisa, é flagrante a inconstitucionalidade dos referidos parágrafos. Viola-se diretamente o sistema acusatório, o devido processo legal, tanto no aspecto instrumental quanto no substantivo, a moralidade e a titularidade exclusiva da ação penal pública do Ministério Público.

Ressalva-se a importância do trabalho investigativo realizado pelos órgãos policiais, no que concerne à coleta de informações dos delitos praticados. São esses elementos informativos que iram subsidiar o oferecimento da denúncia, indicando os indícios da autoria e as evidências da materializada criminosa. Porém, não se pode ignorar o perigo de se sustentar um discurso que defenda a capacidade processual da Autoridade Policial. Delegado de Polícia não é parte e nunca será, pelo menos no modelo de Estado Democrático de Direito. Sob o ponto de vista processual, esse exerce função de auxiliar do Ministério Público.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARANTES FILHO, Márcio Geraldo Britt. **A interceptação de comunicação entre pessoas presentes**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

ARAS, Vladimir. **Sobre a capacidade de negociar e propor acordos de colaboração premiada em juízo**. Disponível em <<http://zip.net/brsXgX>> ou <<https://blogdovladimir.wordpress.com/2015/05/12/sobre-a-capacidade-de-negociar-e-propor-acordos-de-colaboracao-premiada-em-juizo>>. Acessado em: 22 ago. 2016.

ARAS, Vladimir. **Técnicas Especiais de Investigação**. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (org). Lavagem de Dinheiro: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de. Nº 87.277/2016-AsJConst/SAJ/PGR: **Ação direta de inconstitucionalidade**. art. 4º, §§ 2º e 6º, da Lei 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas).

BEULKE, Werner. **Strafprozessrecht**. 10. Aufl., Heidelberg: CF Müller, 2008.

BITENCOURT, César Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**: lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

CALABRICH, Bruno. **Investigação criminal pelo Ministério Público**: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado**: comentários à nova Lei sobre o crime organizado – Lei nº 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2013.

ENCCLA. **Manual Colaboração Premiada**. ENCCLA 2013. Versão de 24-09-2013. Aprovado pela Ação nº 9.

FALCONE, Giovanni; PADOVANI, Marcello. Cosa Nostra. **O juiz e os “Homens de Honra”**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1993.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado**. In: TOLEDO, Otávio Augusto de Almeida; LANFREDI, Luís Geraldo Sant'Ana; SOUZA, Luciano Anderson de; SILVA, Lucia no Nascimento (Coord.). Repressão penal e o crime organizado, os novos rumos da política criminal após o 11 de setembro. São Paulo: Quartier Lati, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: RT, 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito**. São Paulo: USP, vol. 88, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1995.

FREIRE JR., América Bedê. Qual o meio processual para requerer a delação premiada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória? In:

Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, ano VI, n 236, Porto Alegre, fev. - mar./2006.

FROMMANN, Maïke. Regulating Plea-Bargaining in Germany: Can the Italian Approach serve as a Model to Guarantee the Independence of German Judges?, **Hanse Law Review**, Volume 5, Number 2, December 2009.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Também em matéria processual provoca inquietação a Lei Anti Crime Organizado. In: **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 13, p. 01, fev. 1994.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm. 2015.

GRANDIS, Rodrigo de. **A inconstitucional participação de delegados de polícia nos acordos de colaboração premiada**. Disponível em: <<http://zip.net/bpsqs0>> ou <<http://jota.info/rodrigo-de-grandis-a-inconstitucional-participacao-de-delegados-de-policia-nos-acordos-de-delacao-premiada>>. Acessado em: 22 ago. 2016.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à lei de organização criminosa**: lei n. 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014.

JARDIM, Afrânio Silva. **Poder Judiciário não deve ser refém de acordos de delação premiada do MP. Consultor jurídico**. Disponível em: <<http://zip.net/bssXtt>> ou <<http://www.conjur.com.br/2015-out-18/afranio-jardim-judiciario-nao-refem-acordo-delacao-premiada>>. Acessado em: 22 ago. 2016.

LEISNER, Walter. “**Die Gesetzmäßigkeit der Verfassung**”, inicialmente publicado no Juristenzeitung de 1964, p. 201-205, agora reproduzido in: Staat: Schriften zu Staatslehre und Staatsrecht 1957-1991. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

LEMOES JÚNIOR, Arthur Pinto de; OLIVEIRA, Beatriz Lopes de. **Crime organizado e a lei n. 12.850/13**. São Paulo: Verbatim, 2014.

LIMA, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal. In: CALABRICH, Bruno. FISCHER, Douglas. PELELLA, Eduardo. **Garantismo Penal Integral**: questões penais e processuais,

- criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: Juspodivm, 2010.
- LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e persecução criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm. 2015.
- MASSON, Cléber; MARÇAL, Vinicius. **Crime organizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13). **Revista Custos Legis**, v. 4, p. 01-38, 2013.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação**. São Paulo: Atlas, 2002.
- MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2014. Atualizações sobre a Lei 12.850/2013. Disponível em: <http://zip.net/bnspWh> ou <http://eugeniopacelli.com.br/atualiza-coes/curso-de-processo-penal-17a-edicao>. Acesso em: 22 ago. 2016.
- PROVIMENTO CG 32/2000 da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em <http://arisp.files.wordpress.com/2011/06/cgj-provimento-32-2000.pdf>. Acesso em 19.08.2015.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

RAUXLOH, Regina E. **Formalization of Plea Bargaining in Germany: Will the New Legislation Be Able to Square the Circle?**, 34 Fordham Int'l L.J. 296 (2011), p. 298. Disponível em: <<http://zip.net/blsX57>> ou <<http://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol34/iss2/5>>. Acessado em: 24 ago. 2016.

RIBEIRO, Diaulas Costa. **Ministério Público: dimensão constitucional e repercussão no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SEIÇA, Alberto Medina de. **Legalidade da prova e reconhecimentos “Atípicos” em processo penal: notas à margem de jurisprudência (quase) constante**. In: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. **A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

SILVA, Edimar Carmo da. **O princípio acusatório e o devido processo legal**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TROTT, Stephen S. O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial. Tradução Sérgio Fernando Moro. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XI, n. 37, p. 68-93, abril-jun. 2007.

YACOBUCCI, Guillermo J. (coord.). **El crimen organizado: Desafios y perspectivas en el marco de la globalización**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005.

UBERTIS, Giulio. **“Nemo tenetur se detegere” e dialettica probatoria**. In: Verso um ‘giusto processo’ penale. G. Torino: Giappichelli Editore, 1970.

VOLK, Klaus. **Grundkurs StPO**. 6. Aufl., München: Beck, 2008.

O “PROBLEMA” DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL REPETITIVOS

Luiz Guilherme Marinoni

Professor Titular de Direito Processual Civil da UFPR. Pós-Doutor pela Universidade de Milão.
Visiting Scholar na Columbia University. Advogado em Curitiba e em Brasília.

RESUMO

O presente artigo analisa o incidente de resolução de demandas repetitivas e o sistema de recursos extraordinário e especial repetitivos em face do significados de precedente e collateral estoppel, bem como do direito de influir sobre o convencimento do juiz. Propõe alternativas para a correção da falta de participação dos terceiros no incidente e no recurso especial em que os seus casos são resolvidos.

Palavras-Chave: Incidente de resolução de demandas repetitivas; Recursos extraordinário e especial repetitivos; Precedente; Collateral estoppel; Direito constitucional ao contraditório.

ABSTRACT

This article analyzes the resolution incident repetitive demands and the system of repetitive extraordinary and special resources in the face of the meanings of precedent and collateral estoppel, and the right to influence the conviction of the judge. Proposes alternatives to correct the lack of participation of third parties in the incident and the special feature in which their cases are resolved.

Keywords: Resolution Incident repetitive demands; repetitive extraordinary and special features; constitutional rights.

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015, ao instituir o incidente de resolução de demandas repetitivas e o sistema de recursos extraordinário e especial repetitivos, buscou otimizar a resolução de “casos idênticos”, mas, com isso, restringiu a possibilidade de participação dos litigantes na discussão das questões submetidas aos tribunais e às Cortes Supremas.⁷⁹

⁷⁹ Sobre o tema já foram escritos importantes trabalhos em diversas perspectivas: AMARAL, Guilherme Rizzo, Efetividade, segurança, massificação e a resposta de um incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de processo*. Vol. 196; CUNHA, Leonardo José Carneiro da, Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo Código de

Raciocinou-se a partir da premissa de que o incidente e os recursos repetitivos dão origem a “precedentes” e, mais do que isso, que tais decisões não diferem dos precedentes que, nas Cortes Supremas, caracterizam-se por *rationes decidendi* que colaboram para o desenvolvimento do direito⁸⁰. Também não se percebeu que o recurso especial – ao contrário do recurso extraordinário baseado em repercussão geral – ainda constitui direito subjetivo do litigante.

De modo que se torna imprescindível analisar a relação entre tais institutos e o direito de influir sobre o convencimento do juiz, verificando-se, inclusive, os modos de correção da falta de participação dos terceiros no incidente e no recurso especial em que os seus casos são resolvidos.

Processo Civil. *Revista de Processo*. Vol. 193; GAIO JR, Antonio, Incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo CPC – Breves apontamentos. *Revista de Processo*. Vol. 199; LÉVY, Daniel de Andrade, O incidente de resolução de demandas repetitivas no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Exame à luz da *Group Litigation Order* britânica. *Revista de Processo*. Vol. 196; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro, Reflexos sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas no Projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. Vol. 211; OLIVEIRA, André Macedo de, *Recursos Especiais Repetitivos*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2015; OLIVEIRA, André Macedo de, Efetividade jurisdicional: Recursos repetitivos, repercussão geral e o Conselho Nacional de Justiça. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Vol. 4; OTHARAN, Luiz Felipe, Incidente de resolução de demandas repetitivas como alternativa às ações coletivas: notas de direito comparado. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Vol. 402; RODRIGUES NETTO, Nelson, Análise crítica do julgamento “por atacado” no STJ (Lei 11.672/2008) sobre recursos especiais repetitivos. *Revista de Processo*. Vol. 163; TAVARES JR., Homero Francisco, Recursos especiais repetitivos: aspectos da Lei 11.672/2008 e da Res. 8/2008 do STJ. *Revista de Processo*. Vol. 166; TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin, Recursos especiais repetitivos: recursos fundados em idêntica questão de direito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Processo*. Vol. 166; WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de, Recursos especiais repetitivos: reflexos das novas regras (Lei 11.672/2008 e Res. 8/2008) nos processos coletivos. *Revista de Processo*. Vol. 163.

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. São Paulo: RT, 2015.

2 INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

2.1 MEIO PROCESSUAL PARA RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS DE QUE DERIVAM CASOS EM MASSA E SISTEMA DE PRECEDENTES DAS CORTES SUPREMAS: DECISÃO ERGA OMNES E PRECEDENTE

O incidente de resolução de demandas repetitivas se destina a regular casos que já surgiram ou podem surgir em face de determinado litígio. O sistema de precedentes, de outro lado, tem o objetivo de outorgar autoridade às *rationes decidendi* firmadas pelas Cortes Supremas. Diversos casos, marcados por diferenças razoáveis, podem ser resolvidos por um precedente que resolve uma questão de direito. Mas as decisões firmadas nos incidentes de resolução de demandas repetitivas não têm qualquer preocupação em orientar a sociedade ou a solução de casos futuros, porém objetivam regular uma questão litigiosa que está presente em vários casos pendentes. O incidente de resolução é uma técnica processual destinada a criar uma solução para a questão replicada nas múltiplas ações pendentes. Bem por isso, como é óbvio, a decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas apenas resolve casos idênticos. Essa a distinção básica entre o sistema de precedentes das Cortes Supremas e o incidente destinado a dar solução a uma questão litigiosa de que podem provir múltiplos casos.

A circunstância de o incidente de resolução tratar de “casos idênticos” tem clara repercussão sobre o raciocínio que dá origem à decisão judicial. Essa decisão obviamente não é elaborada a partir da regra da universabilidade, ou seja, da regra que determina que um precedente deve ser aplicável ao *maior número de espécies possíveis de casos*⁸¹. A decisão de

⁸¹ A universabilidade, ou seja, a necessidade de que um argumento de validade de uma conclusão seja capaz de sustentar igual resultado diante de narrativas análogas, constitui regra de racionalidade do discurso prático, de que o discurso jurídico é apenas um caso especial. Ninguém deve invocar um motivo para justificar uma ação sabendo que não poderá utilizá-lo para justificar ações similares, assim como ninguém pode invocar razão diversa para deixar de praticar ação com o mesmo conteúdo. Diante da impossibilidade de se ter uma *interpretação* ou uma decisão *substancialmente* correta e da consciência de que a tarefa das Cortes Supremas é outorgar sentido ao direito mediante as “razões apropriadas” ou as “melhores razões”, a universabilidade constitui critério de correção da *racionalidade* da decisão, pois permite ver que as razões que a justificaram a decisão não são “apropriadas” nem as “melhores”, na medida em que inaplicáveis a casos similares, isto é, a casos que deveriam ser solucionados mediante as mesmas razões. V. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: Oxford

resolução de demandas repetitivas objetiva regular *uma só questão* infiltrada em casos que se repetem ou se multiplicam.

É claro que a técnica da distinção não tem a mesma relevância em se tratando de resolução de demandas repetitivas. Nesses casos, caberá a distinção apenas para demonstrar que determinado caso é diferente daquele que foi já resolvido ou submetido ao incidente. Mas aí jamais se utilizará a técnica da distinção para limitar ou ampliar o alcance do precedente em razão de circunstância não considerada no momento da sua elaboração. Isso só pode ocorrer quando o precedente revela o direito que é racionalmente aplicável a determinada situação concreta, o qual, assim, pode não ser aplicável em face de certa situação ou ser racionalmente aplicável diante de outra.

Ademais, um precedente pode ser revogado, daí importando as situações que surgiram com base na confiança que nele foi depositada. De acordo com o código, a decisão proferida no incidente de resolução de demandas pode ser revista em face de “casos futuros” (arts. 985, II e 986, CPC/2015), o que obviamente não a torna revogável como se fosse um precedente, que, como se sabe, sempre está sujeito a aplicação limitada ou extensiva e também a revogação com base em critérios bastante particulares. Isso ocorre porque tais “casos futuros” nada têm a ver com casos que podem ser regulados pela mesma norma de direito, mas constituem apenas os casos que, relacionados à questão já decidida, são posteriormente apresentados ao Judiciário. De modo que a possibilidade de revisão quer somente dizer que os novos ligantes estão autorizados a discutir a questão já decidida.

2.2 COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO

Portanto, é impossível confundir decisão que resolve demandas repetitivas com precedente que atribui sentido ao direito e, nessa condição, deve ser respeitado. A decisão do incidente aplica-se em todos os processos pendentes que versem sobre idêntica questão de direito (art. 985, I, CPC/2015), vale dizer, impede que os litigantes destes processos voltem a

discutir a questão resolvida. De modo que a única dificuldade está em esclarecer o que significa proibir rediscutir questão já decidida.

Como é possível chamar a decisão que, ditada no processo de um para os casos de muitos, impede-os de relitigar a questão resolvida, submetendo-os? Perceba-se que a decisão tomada no referido incidente constitui uma nítida proibição de litigar a questão já decidida, que, nos casos de decisão negativa àqueles que não puderam participar e discutir, assemelha-se a um inusitado e ilegítimo *collateral estoppel*.

Assim, tratando-se de decisão tomada em incidente de resolução de demandas repetitivas, há, embora não dito, coisa julgada sobre a questão presente nos vários casos repetitivos. É claro que aqui não incide a premissa de que a coisa julgada recai apenas sobre a parte dispositiva da decisão. A coisa julgada está a tornar indiscutível uma questão imprescindível para se chegar ao alcance do resolução do caso, ou melhor, à resolução dos vários casos pendentes.

Note-se que o novo código não limita a coisa julgada à parte dispositiva, mas admite a sua incidência sobre a questão, afirmando em seu art. 503, § 1º que a coisa julgada “*aplica-se à resolução de questão prejudicial*, decidida expressa e incidentemente no processo, se: i - dessa resolução depender o julgamento do mérito; ii - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; iii - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal”. No caso de resolução de demandas repetitivas, a questão é pinçada dos casos pendentes e submetida a expressa decisão do órgão julgador incumbido do incidente. É óbvio que a resolução única da questão incidente nos casos repetitivos nada mais é do que uma decisão que produz coisa julgada sobre a questão que interessa a todos os litigantes dos processos pendentes. Significa que se está diante de coisa julgada que se estende a terceiros.

2.3 NON-MUTUAL COLLATERAL ESTOPPEL. A POSSIBILIDADE DE O TERCEIRO ALEGAR A PROIBIÇÃO DE REDISCUTIR A QUESTÃO JÁ DECIDIDA NO DIREITO ESTADUNIDENSE

Interessa lembrar que a proibição de relitigar questão já decidida surgiu no direito inglês e, posteriormente, foi bastante desenvolvida no direito estadunidense. Apenas mais tarde foi vista como útil por alguns doutrinadores da europa continental⁸². O que se chama de *collateral estoppel* no *common law* é, em substância, o que se denomina de coisa julgada sobre questões no *civil law*. Mas a lembrança da origem do instituto é importante para se demonstrar que o *collateral estoppel* é um instituto que, antes de mais nada, está preocupado em preservar a autoridade da decisão. Como é óbvio, poder rediscutir a questão que está à base do dispositivo da decisão implica em poder obscurecer a sua essência, fragilizando-se significativamente a sua autoridade.

Contudo, se a proibição de voltar a discutir questão determinante do resultado faz parte de orientação presente há muito no *common law*, só mais recentemente, em meados do século XX, surgiu no Estados Unidos a discussão a respeito de a proibição da discussão da questão decidida poder ser invocada por terceiro que não participou do processo. Essa discussão foi iniciada no célebre caso *Bernhard v. Bank of America National Trust and Savings Association*, decidido pela Suprema Corte da Califórnia no início dos anos 40⁸³. Porém, a Suprema Corte estadunidense tratou pela primeira vez do assunto apenas em 1971, em *Blonder-Tongue Laboratories Inc. v. University of Illinois Foundation*. Em *Blonder-Tongue*, a *University of Illinois Foundation* alegou violação da sua patente. Porém, a *Foundation* já alegara, em ação anterior *em que litigou com outra parte*, que a sua patente teria sido infringida, quando declarou-se a invalidade da patente. Diante disso, a Suprema Corte não teve dúvida em declarar que a *Foundation* estava proibida de rediscutir a validade da patente, uma vez que tinha tido “*full and*

⁸² Assim, por exemplo, Michele Taruffo, “Collateral estoppel” e giudicato sulle questioni, *Rivista di diritto processuale*, 1972, p. 290 e ss. Mais recentemente, ver VOLPINO, Diego. *L’oggetto del giudicato nell’esperienza americana*. Padova: Cedam, 2007.

⁸³ SCOTT, Austin Wakeman, *Collateral Estoppel by judgment*. Harvard Law Review. Vol. 56. 1942; CURRIE, Brainerd, *Mutuality of Collateral Estoppel: Limits of the Bernherd doctrine*. Stanford Law Review. Vol. 9. 1957.

fair opportunity” de discuti-la na ação anterior, ainda que diante de outro litigante.⁸⁴

Deixe-se claro, porém, que tanto em *Bernhard* quanto em *Blonder-Tongue*, firmaram-se os seguintes requisitos para a admissão da proibição de rediscussão: i) a questão que se pretende discutir deve ser idêntica (*the issue is identical*) àquela que já foi discutida; ii) deve ter ocorrido julgamento final de mérito (*a final judgments on the merits*) na ação anterior; iii) o litigante que se pretende proibir de discutir a questão deve não só ter sido parte na ação anterior, mas nela deve ter tido ampla e justa oportunidade de participar⁸⁵. Nessas condições, o *collateral estoppel* passou a ser designado de *non-mutual collateral estoppel* exatamente para evidenciar a possibilidade de terceiro poder invocar a proibição de rediscussão contra aquele que participou.⁸⁶

Não obstante, o *non-mutual collateral estoppel* foi pensado inicialmente em perspectiva defensiva e, apenas posteriormente, enquanto *offensive collateral estoppel*. *Blonder-Tongue* é um caso típico de *defensive collateral estoppel*, já que *Blonder-Tongue* se defende contra a alegação de infrigência da patente da *Foundation* sob o argumento de que esta não pode voltar a discutir a questão, uma vez que a invalidade da patente foi declarada em processo em que a *Foundation*, ainda que litigando com outra parte, teve “*full and fair opportunity*” de participação. Mas existem vários casos em que terceiro invoca a proibição de rediscussão para obter condenação daquele que, num primeiro processo, foi responsabilizado e condenado a pagar indenização em virtude do acidente que também o vitimou. Fala-se, nesse caso, de *offensive collateral estoppel*.⁸⁷

Nos casos de *offensive collateral estoppel*, tornou-se necessário frisar que o *collateral estoppel* só pode beneficiar terceiro, mas jamais prejudicar. Se existem mil prejudicados, a derrota da empresa dita responsável na primeira ação a torna responsável perante os demais novecentos e noventa e nove prejudicados. Porém, todos os prejudicados conservam o seu direito de

⁸⁴ NONKES, Steven P, Reducing the unfair effects of nonmutual issue preclusion through damages limits. *Cornell Law Review*. Vol. 94. 2009; GLOW, Lisa L., Offensive Collateral Estoppel in Arizona: Fair Litigation v. Judicial Economy. *Arizona Law Review*. Vol. 30. 1988.

⁸⁵ GLOW, Lisa L., Offensive Collateral Estoppel in Arizona: Fair Litigation v. Judicial Economy. *Arizona Law Review*. Vol. 30. 1988.

⁸⁶ PEREA, Ashley C., Broad discretion: a choice in applying offensive non-mutual collateral estoppel, *Arizona State Law Journal*, Vol. 40. 2008.

⁸⁷ SEGAL, Joshua M. D., Rebalancing fairness and efficiency: The offensive use of collateral estoppel in § 1983 actions. *Boston University Law Review*. v. 89. 2009.

propor ação ainda que dezenas de decisões já tenham sido favoráveis à empresa dita responsável. A última situação abriu oportunidade para teorizações no direito estadunidense⁸⁸. Quando alguém pode ser responsabilizado diante de muitos em virtude de uma decisão negativa, mas nenhuma vantagem tem em face dos demais ao obter uma decisão positiva, surge aos membros do grupo inúmeras chances - a dar origem a diversas estratégias - para a obtenção de decisão favorável, ao passo que aquele que pode ser responsabilizado assume uma pesada posição, considerando-se a necessidade de o procedimento e a técnica processual tratar as partes de modo equilibrado.

Para resolver este problema, são apresentadas várias alternativas.⁸⁹ Entre elas, argumenta-se que a parte que pode ser afrontada por muitos pode requerer a chamada de todos para participar da primeira ação proposta. Mas, se não há chamamento por desídia do sujeito dito responsável, esse continua sujeito a tantas demandas quantos forem os prejudicados, sempre sujeitando-se aos efeitos da questão preclusa ou da proibição de relitigar.

Do problema e da discussão levada a efeito no direito estadunidense⁹⁰ retiram-se consequências muito importantes para o nosso direito, especialmente para a sobrevivência do incidente de resolução de demandas repetitivas: i) o *collateral estoppel* proíbe a rediscussão de questão já decidida; ii) o *non-mutual collateral estoppel* permite que terceiro invoque a proibição de discussão de questão já decidida desde que a questão posta no novo processo seja idêntica, tenha sido julgada mediante sentença final de mérito, e que aquele que se pretende proibir de discutir tenha adequadamente participado do primeiro processo; iii) os terceiros, quando a decisão não os beneficia, sempre conservam o direito de propor as suas ações sem qualquer limitação de discussão; iv) o eventual responsável, exatamente por não poder proibir a rediscussão ainda que tenha obtido decisão favorável, tem a alternativa de convocar aqueles que podem responsabilizá-lo para demandá-lo em conjunto, impedindo-se, assim, a sobrevida de um grande número de chances para a obtenção de decisão que possa favorecer a todo o grupo.

⁸⁸ RICHARDSON, Eli J., Taking issue with preclusion: reinventing Collateral Estoppel. *Mississippi Law Journal*. v. 65. 1995; NONKES, Steven P, Reducing the unfair effects of nonmutual issue preclusion through damages limits. *Cornell Law Review*. v. 94. 2009.

⁸⁹ NONKES, Steven P, Reducing the unfair effects of nonmutual issue preclusion through damages limits. *Cornell Law Review*. v. 94. 2009.

⁹⁰ FREEDMAN, Warren, *Res Judicata and Collateral Estoppel*, Westport: Quorum, 1988.

2.4 VIOLAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE PARTICIPAR EM CONTRADITÓRIO

Já é possível ser mais preciso. O incidente de resolução de demandas repetitivas tem o objetivo de solucionar uma questão que é prejudicial à solução dos casos pendentes. Essa questão deve ser, por imposição do próprio Código de Processo Civil, uma questão idêntica. De modo que não há como pensar que a decisão proferida no incidente não resolve a mesma questão que prejudica a solução de todo os casos pendentes.

Ora, se a decisão que resolve o incidente de resolução de demandas repetitivas resolve uma questão que interessa a muitos, tal decisão não tem qualquer diferença daquela que, em ação individual, resolve questão que posteriormente não pode ser rediscutida. Essa última decisão também resolve questão que pode constituir prejudicial ao julgamento dos casos de muitos. Sucede que, como não poderia ser de outra forma, a decisão proferida no caso de um apenas pode beneficiar terceiros, nunca prejudicá-los (art. 506, CPC/2015). Ou melhor, a decisão proferida no caso de um, assim como a decisão proferida no incidente de resolução, não pode retirar o direito de discutir a questão daquele que não participou. O contrário constituiria grosseira violação do direito fundamental de participar do processo e de influenciar o juiz.

Lembre-se que a mesma advertência feita pela Suprema Corte estadunidense para legitimar o *non-mutual collateral estoppel* se impõe em face do incidente de resolução de demandas repetitivas. Isso porque uma decisão só pode prejudicar alguém que pôde participar do processo. Afinal, todos têm o direito de falar ao juiz (arts. 7º, 9º, 10 e 489, § 1º, inciso IV, CPC/2015).

Frise-se que não faz qualquer diferença, para o ponto que aqui interessa, a circunstância de a decisão proferida no incidente atingir apenas casos pendentes e, inclusive, poder ser objeto de revisão em face de casos futuros. Isso nada mais é do que limitar temporalmente a proibição de discutir a questão. Ora, a atenuação da proibição da discussão de questão decidida sempre esteve presente no direito estadunidense, na medida em que o *collateral estoppel* não se aplica quando o *vencido* no processo em que a

decisão foi proferida não teve “*full and fair opportunity to be heard*”⁹¹. O fato de se dar ao demandado oportunidade para rever a decisão quando algo indica que a sua participação foi indevidamente restringida (*collateral estoppel*) ou mesmo em virtude de um critério temporal (incidente de resolução) é algo completamente distante do problema que aqui importa: ninguém pode ser prejudicado por decisão proferida em processo *de que não participou*.

O Código de Processo Civil, ao regular o incidente de resolução de demandas repetitivas, não prevê a necessidade da presença de um ente legitimado à tutela dos direitos dos litigantes presentes nos casos pendentes. Ao contrário, afirma-se apenas que “o pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: i) pelo juiz ou relator, por ofício; ii) pelas partes, por petição; iii) pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição”. (art. 977, CPC/2015). Dar ao juiz ou ao relator poder para instaurar incidente de resolução de demanda repetitiva é dar ao Estado o poder de sobrepor a otimização da solução dos litígios em face do direito fundamental ao contraditório. Enfim, também é fácil perceber que o poder conferido às partes, Ministério Público e Defensoria Pública é para requerer a instauração do incidente e não para defender ou tutelar os direitos dos vários litigantes presentes nos casos que pendem.

Na verdade, o problema do incidente de resolução de demandas repetitivas está na falsa suposição de que a sua decisão é um mero precedente, que, assim, poderia se aplicar a todos os litigantes sem qualquer violação de direitos fundamentais processuais. Ocorre que resolver uma questão que determina a solução de diversos litígios está longe de ser o mesmo do que resolver uma questão de direito que agrega sentido à ordem jurídica e, sobretudo, apenas tem a intenção de orientar a sociedade e os diferentes casos futuros que possam ser resolvidos pela mesma regra de direito ou pela mesma *ratio decidendi*.⁹²

⁹¹ “The doctrine of Collateral Estoppel will not be applied unless it appears that the party against whom the estoppel is asserted had a full and fair opportunity to litigate the issue in the prior proceeding, and that the application of the doctrine will not result in an injustice to the party against whom it is asserted under the particular circumstances of the case” (Rachal v. Hill, 435 F2d 59, 5th Cir., 1970).

⁹² HEINSZ, Timothy J., Grieve it Again: Of Stare Decisis, Res Judicata and Collateral Estoppel in Labor Arbitration. *Boston College Law Review*. Vol. 38. 1997. É por essa razão, a propósito, que é oportuno ler o CPC/2015 a partir da teoria da tutela dos direitos, distinguindo-se especialmente um discurso voltado para a solução de casos concretos (viabilização de decisões de mérito justas, efetivas e tempestivas, art. 6º) e outro discurso voltado à ordem jurídica (a fim de outorgar-se unidade ao direito mediante precedentes, arts. 926 e 927). Enquanto o incidente

É claro que a proibição de discussão de questão já decidida deve ser relacionada à estabilidade e à autoridade das decisões judiciais. Aliás, Jeremy Bentham já dizia: há razão para dizer que um homem não deve perder a sua causa em consequência de uma decisão dada em anterior processo de que não foi parte; *mas não há qualquer razão para dizer que ele não deve perder a sua causa em consequência de uma decisão proferida em um processo em que foi parte, simplesmente porque o seu adversário não foi*⁹³. Porém, isso está muito longe de significar qualquer identidade entre *stare decisis* e *collateral estoppel*.

2.5. SOLUÇÃO PARA A PRESERVAÇÃO DA TÉCNICA PROCESSUAL

A doutrina tem sério e inafastável compromisso com os direitos fundamentais. Assim, obviamente não pode dizer amém a um procedimento que, embora dotado da elogiosa ambição de dar otimização à resolução das demandas, viola o direito fundamental de ser ouvido e de influenciar o juiz. Não obstante, a invalidade constitucional de um procedimento é resultado extremo, que deve ser evitado quando se pode corrigi-lo de modo a dar-lhe legitimidade constitucional.

Não há razão para obscurecer a realidade: no incidente de resolução de demandas repetitivas julga-se questão de muitos em processo de alguns. Como é óbvio, se no Estado Democrático de Direito a participação é indispensável requisito de legitimação do exercício do poder, não há como imaginar que uma decisão – ato de positivação do poder estatal – possa gerar efeitos em face de pessoas que não tiveram oportunidade de participar.

Assim, em princípio existiriam duas saídas para evitar a inconstitucionalidade. A primeira seria o chamamento de todos à participação, modelo vislumbrado nos Estados Unidos para uma situação *curiosamente* diferente. Como nos Estados Unidos não se ousa imaginar a possibilidade de proibir o terceiro prejudicado de discutir a questão decidida – lembrando-se que isso foi inclusive grifado pela Suprema Corte estadunidense –, o *non-mutual collateral estoppel* apenas pode ser invocado

de resolução de demandas repetitivas pertente ao discurso do caso concreto, os precedentes atinem ao discurso da ordem jurídica (Marinoni; Arenhart; Mitidiero. *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 151/152, vol. I).

⁹³ BENTHAM, Jeremy. *Rationale of judicial evidence*, London: Hunt and Clarke, 1827, p. 579.

em face da parte que adequadamente participou em contraditório. Porém, quando um conflito envolve centenas ou milhares contra uma pessoa jurídica, a ampla possibilidade de ajuizamento de ações individuais obriga a pessoa jurídica a não perder qualquer ação para não ser responsabilizada perante todos aqueles que ainda não foram vencidos. Essa situação gerou reação na doutrina estadunidense, que, para não abrir mão dos benefícios do *non-mutual collateral estoppel*, advertiu que o réu, em tais situações, pode requererem o chamamento dos que podem demandá-lo para desde logo participar da ação ajuizada (*mandatory joinder*⁹⁴). É realmente curioso, pois a necessidade de convocar os terceiros ocorre para que a pessoa jurídica - a quem nunca foi negada a participação - não seja prejudicada⁹⁵. De qualquer maneira, a convocação de todos os terceiros a participar, ainda que no Brasil com outro propósito, inviabilizaria completamente o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Por isso, a melhor alternativa é tornar presentes no incidente de resolução de demandas repetitivas os legitimados à tutela dos direitos individuais homogêneos - conforme Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor. Na verdade, os legitimados à tutela dos direitos dos grupos nunca deveriam ter sido afastados do incidente de resolução de demandas. Isso porque esse incidente não pode ser pensado como artifício indiferente à participação e ao direito de defesa. O modo como o incidente foi desenhado pelo legislador, frio e neutro em relação aos direitos discutidos e, especialmente, ao direito de discutir, torna-o um instrumento ilegítimo, destinado a viabilizar os interesses de um Estado que não tem compromisso com a adequada tutela dos direitos, fim básico de todo e qualquer Estado constitucional.

A pedra de toque para a correção da ilegitimidade constitucional, portanto, está no art. 979 do Código de Processo Civil, que adverte que a “instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça”. Essa “ampla e específica divulgação e publicidade” deve dar aos vários legitimados à tutela dos direitos em disputa, nos termos da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do

⁹⁴ HERSHKOFF, Helen, Aggregation of parties, claims, and actions, *Civil litigation in comparative context*. New York: Thomson/West, 2007, p. 369 e ss.

⁹⁵ Isso significa que a coletivização da demanda individual nada mais é do que uma garantia do litigante único e não algo que pode ser utilizado para abreviar de forma indevida a tutela dos direitos dos membros dos grupos.

Consumidor, a possibilidade de ingressar no incidente para a efetiva defesa dos direitos. Cabe-lhes, afinal, a tutela dos direitos dos membros dos grupos, ou seja, dos direitos daqueles que têm casos pendentes que reclamam a solução de “questão idêntica”.⁹⁶ Quer dizer que *os legitimados à tutela dos direitos dos membros do grupo jamais poderiam ter sido afastados do incidente sob pena não só de inconstitucionalidade por falta de participação dos litigantes individuais, mas também de negação da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor.*

Pelas mesmas razões, a falta de intervenção de qualquer legitimado implica, inevitavelmente, a intervenção do Ministério Público na qualidade de legitimado à tutela dos direitos do grupo. Note-se que, a não ser assim, não apenas o direito de participar dos litigantes individuais continuará a ser violado, como o incidente *estará retirando do Ministério Público o seu poder-dever de tutelar os direitos individuais homogêneos.*

3 RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL REPETITIVOS

3.1 COMPREENSÃO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL REPETITIVOS ENQUANTO MEIOS QUE VIABILIZAM A ELABORAÇÃO DE PRECEDENTES

O CPC de 2015, ao aludir aos recursos extraordinário e especial repetitivos, pode ser mal interpretado. Pode fazer supor que a tarefa das Cortes Supremas seja a de resolver casos que se multiplicam perante o Poder Judiciário. Essa certamente não é a missão do Supremo Tribunal Federal, nem a do Superior Tribunal de Justiça.

O Supremo Tribunal Federal tem a função de elaborar precedentes que outorguem unidade ao direito mediante a afirmação do sentido da Constituição ou que desenvolvam o sentido da Constituição, tornando a legislação infraconstitucional com ela conforme. O recurso extraordinário e o litígio constituem apenas meios que dão ao Supremo Tribunal Federal oportunidade de colaborar para o desenvolvimento e a frutificação do direito. O que realmente tem relevância para o Supremo é o conteúdo da sua decisão,

⁹⁶ Ver ARENHART, Sérgio. *A tutela coletiva de interesses individuais*. São Paulo: RT, 2013.

que não pode deixar de espelhar questão relevante para a sociedade e para o Estado, seja do ponto de vista jurídico, social, econômico ou político. Daí o motivo pelo qual o filtro recursal que lhe confere adequada oportunidade para exercer a sua função é denominado de “repercussão geral”⁹⁷.

O Superior Tribunal de Justiça, embora cuide do direito federal infraconstitucional, situa-se em dimensão semelhante. Lembre-se que as Cortes de Cassação e de Revisão européias, que inspiraram as Cortes Supremas de correção latino-americanas, foram pensadas para corrigir as decisões com base na norma que estaria presente na lei⁹⁸. Imaginava-se que a Corte, mediante a interpretação, poderia encontrar o “exato sentido da lei” mediante a jurisprudência⁹⁹. O objetivo da Corte era tutelar a lei e garantir a unidade do direito objetivo. Nessa linha o recurso é visto como direito do litigante, um direito de ter o caso resolvido de acordo com a lei. Com a evolução da teoria da interpretação e o impacto do constitucionalismo, resta clara a ideia de que o texto da lei é potencialmente equívoco, dele sendo possível extrair vários resultados-interpretção¹⁰⁰. Esses resultados são estabelecidos mediante valoração do intérprete, embora devam ser devidamente justificados mediante argumentação racional e aceitável¹⁰¹. A Corte Suprema, então, assume naturalmente outra função, deixando de lado a de corrigir as decisões mediante a afirmação da lei para assumir a de atribuir sentido ao direito e de desenvolvê-lo. Diante disso, as decisões da Corte Suprema revelam conteúdo indispensável à regulação da vida social e passam a interessar a todos – e não apenas aos litigantes. As razões contidas nas decisões, agora vistas como precedentes, assumem naturalmente eficácia obrigatória.¹⁰² Note-se que o precedente não é parâmetro para o controle da legalidade das decisões, mas erige critério a ser necessariamente seguido para a resolução dos casos futuros, verdadeiro modo de ser do direito em

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 3. ed.. São Paulo: RT, 2013.

⁹⁸ TARUFFO, Michele, Cassazione e revisione: un problema nella storia delle istituzioni giudiziarie, *Il vertice ambiguo – Saggi sulla cassazione civile*, Bologna: Il Mulino, 1991, p. 46 y ss.

⁹⁹ «Secondo la teoria che converremo di chiamare "cognitivistica" – ma talora della "formalistica" – la quale risale alle dottrine giuridiche dell'Illuminismo, l'interpretazione (ivi inclusa quella giudiziale) è atto di scoperta o conoscenza del significato» (GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 409).

¹⁰⁰ TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980.

¹⁰¹ GUASTINI, op. cit., p. 407 e ss.

¹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed., São Paulo: RT, 2013.

determinado contexto histórico.¹⁰³

Isso quer dizer que uma Corte Suprema, ao decidir um caso que pode ou não se repetir, pode elaborar um precedente, ou melhor, uma norma que empresta sentido ao direito¹⁰⁴ e, apenas por isso, deve ser observada pelos juízes e tribunais incumbidos de resolver os futuros conflitos. Significa que *é equivocado supor que há precedente em casos repetitivos e não em casos não suscetíveis de repetição*. O raciocínio não pode ser invertido. Um caso não deve ser resolvido por uma Corte Suprema apenas por ter se multiplicado.

Bem vistas as coisas, um caso repetitivo, assim como outro qualquer, apenas deve ser conhecido pelo Supremo Tribunal Federal quando envolver questão de repercussão geral. E é apenas por isso, e não por outra razão, que dá origem a precedente. É certo que o art. 1.035, § 3º do CPC/2015 afirma que “haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: ii) tenha sido proferido em julgamento de casos repetitivos”. Porém, para que essa norma não tenha o significado de um grosseiro equívoco, torna-se necessário interpretá-la mediante conjugação à norma do § 1º do mesmo art. 1.035, que diz que, “para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”. Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal só terá motivo para discutir recurso extraordinário interposto contra acórdão que julgou “casos repetitivos” quando esses espelharem questão de repercussão geral. No Superior Tribunal de Justiça, enquanto não houver filtro similar à repercussão geral, o conhecimento do recurso especial dependerá de demonstração de violação de lei federal ou de divergência entre os tribunais acerca da interpretação de lei, mas também nunca será suficiente apenas a existência de acórdão que deu resolução a “casos repetitivos”.

Imaginar que casos repetitivos, apenas por isso, possam abrir oportunidade à atuação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça não tem qualquer cabimento. Isso significaria completo desvirtuamento das funções destas Cortes Supremas. Faria supor que têm a função de definir critérios para a facilitação da resolução dos casos que se repetem. Ora, casos desse tipo podem não ter qualquer relevância para o

¹⁰³ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech e MIGUEL, Alfonso Ruiz, Rationales for precedent, In: *Interpreting precedents: a comparative study*, London: Dartmouth, 1997, p. 485.

¹⁰⁴ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

desenvolvimento do direito. Na verdade, ao se criar fórmula para dar unidade à solução dos casos repetitivos corre-se o risco de esquecer da função das Cortes Supremas em nome da otimização do julgamento dos casos de massa, como se a razão para respeitar um precedente estivesse aí.

É por isso que também os recursos extraordinários e especiais repetitivos devem ser pensados meios para a fixação de precedentes que atribuem sentido ao direito e, apenas por essa razão, devem regular os demais casos. Retenha-se o ponto: *os precedentes formados em recursos extraordinário e especial repetitivos devem ser respeitados por constituírem rationes decidendi elaboradas pelas Cortes Supremas e não por constituírem resoluções de casos de que derivam recursos em massa.*

Aliás, não deveria haver motivo para usar esse modelo recursal apenas para otimizar o trabalho das Cortes Supremas, uma vez que estas, na verdade, jamais deveriam se confrontar com vários recursos. Note-se que a repercussão geral, no Supremo Tribunal Federal, já é suficiente para suspender os recursos extraordinários que versam a mesma questão. No Superior Tribunal de Justiça, caso já existisse filtro recursal similar, o mesmo poderia ocorrer.

Porém, o que realmente diferencia o recurso repetitivo é o fato dele constituir mecanismo voltado à criação de um precedente especialmente preocupado com *casos pendentes*, ao passo que os precedentes, em si, miram os *casos futuros*, objetivando dar tutela à *previsibilidade no direito*.

3.2 DIREITO AO RECURSO ESPECIAL E NECESSIDADE DE ENFATIZAR O CONTRADITÓRIO

É interessante notar que, tratando-se de recursos extraordinário e especial repetitivos, confere-se especial atenção ao conteúdo da discussão travada nos recursos selecionados. Fala-se que os recursos selecionados no tribunal ou na Corte Suprema devem ser “*representativos da controvérsia*” (art. 1.036, §§ 1º e 5º, CPC) Aliás, outorga-se ao relator, na Corte Suprema, a possibilidade de selecionar “*outros recursos representativos da controvérsia*” e de, no momento da decisão de afetação, requisitar a diferentes tribunais “a remessa de um recurso representativo da controvérsia” (artigos 1.036, § 4º e 1.037, III CPC). Por fim, o § 6º do art. 1.036 esclarece que “somente podem

ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida”.

É certo que uma Corte Suprema não pode ter o exercício da sua função prejudicada ou indevidamente limitada pelos litigantes. Se a decisão da Corte interessa ao desenvolvimento do direito e à sociedade, aquilo que se entende que pode afastar o juiz da adequada resolução de um litígio, por constituir manifestação da liberdade da parte, não vale quando a Corte está diante de um recurso que lhe oferece possibilidade de exercer a sua função. Assim, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de indeferir pedido de desistência do recurso especial, ainda que compartilhada pelas duas partes, para decidir o caso e firmar tese que reputou relevante para o desenvolvimento do direito¹⁰⁵. Nessa mesma perspectiva deve ser compreendido o art. 1.029, § 3º, do CPC de 2015, ao dizer que “o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave”.

Contudo, em caso de recurso repetitivo, em que se elabora precedente considerando-se casos pendentes, a necessidade de a Corte buscar a essência da discussão a partir da seleção de casos realmente representativos da controvérsia pode ter outra conotação. Aqui não importaria apenas a circunstância de que a Corte não está decidindo para as partes, porém o fato de que a Corte está a decidir *um caso pendente em vários recursos*.

O art. 1.038, I do CPC de 2015 afirma que o relator poderá “solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o

¹⁰⁵ No REsp 1.308.830, a 3ª. Turma do STJ indeferiu, em Questão de Ordem, requerimento de desistência do recurso especial, que contou com a anuência do recorrido. Disse a Ministra relatora que o julgamento do recurso especial, por importar à definição do sentido do direito federal, não pode ficar à livre disposição dos litigantes. Deixou-se claro o caráter de precedente da decisão que resolve uma questão federal, consignando-se que deve ser levado em conta o papel atribuído ao STJ pela Constituição, “que transcende o de ser simplesmente a última palavra em âmbito infraconstitucional, sobressaindo o dever de fixar *teses de direito que servirão de referência para as instâncias ordinárias de todo o país*. A partir daí, infere-se que o julgamento dos recursos submetidos ao STJ *ultrapassa o interesse individual das partes nele envolvidas, alcançando toda a coletividade para a qual suas decisões irradiam efeitos*” (REsp 1.308.830, Questão de Ordem, 3.ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 19.06.2012). Essa tese apenas pode ser admitida quando se constata que o STJ não é uma mera Corte de Revisão posta ao interesse do jurisdicionado. Supõe, sem qualquer dúvida, que o STJ tem uma função pública, de colaboração para o florescimento do direito adequado ao convívio social em todo o território nacional. Ver MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 185 e ss.

regimento interno”. Na verdade, a admissão da participação de terceiros, na hipótese, além de ter relação com a relevância da matéria, vincula-se também à circunstância de se estar resolvendo os casos de muitos em recurso de um ou de alguns poucos.

Numa Corte Suprema que não trabalha com filtros como a repercussão geral, há dificuldade em admitir a não participação daqueles que podem ser prejudicados pela decisão a ser tomada no repetitivo. É preciso ter em conta que o requisito da repercussão geral elimina a suposição de que o recurso extraordinário é um direito subjetivo da parte, de modo que, no Supremo Tribunal Federal, a formação de um precedente que pode recair sobre terceiros não pode ser vista ser vista como no Superior Tribunal de Justiça. Na verdade, a verdadeira solução para esta questão está na instituição de um filtro semelhante à repercussão geral no Superior Tribunal de Justiça¹⁰⁶. Enquanto isso, a falta de participação dos interessados deverá ser compreendida de modo diferente no recurso especial. Nesse recurso, ao contrário do que acontece no recurso extraordinário, a participação do *amicus* tem necessidade de compensar a não participação direta dos vários recorrentes, e não apenas viabilizar uma mais aprofundada discussão da questão de direito.

3.3 PARTICIPAÇÃO DOS LEGITIMADOS E DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E COMPENSAÇÃO DA NÃO PARTICIPAÇÃO DOS RECORRENTES

Como visto, nos recursos extraordinário e especial repetitivos autoriza-se a intervenção de terceiro “com interesse na controvérsia”. O terceiro intervém como *amicus curiae*, figura processual típica do direito anglo-americano, mas já admitida no Supremo Tribunal Federal há algum tempo.

A intervenção do *amicus* no recurso repetitivo não se funda no ideal que deu origem à figura no direito inglês.¹⁰⁷ O terceiro não intervém apenas para auxiliar a Corte ou para, de forma neutra, esclarecer os fatos para que a Corte não decida de forma equivocada. A intervenção, embora não ocorra em

¹⁰⁶ MARINONI, O STJ, op. cit., p. 146 e ss.

¹⁰⁷ KRISLOV, Samuel. The amicus curiae brief. From friendship to advocacy. *Yale Law Journal*, 72, 1963, p. 694 e ss.

razão do litigante, mas de terceiros não representados, objetiva que a questão de direito seja resolvida em favor de uma das partes. De modo que a intervenção é, por assim dizer, parcial. Esclareça-se, aliás, que mesmo no *common law*, especialmente nos Estados Unidos, há bastante tempo o *amicus curiae* deixou de ser um “disinterested bystander” para se tornar um sujeito que ativamente participa do processo em nome de terceiros interessados no êxito de uma das partes.¹⁰⁸

Alguém poderia supor que o *amicus* só tem razão para intervir para abordar ponto que não pôde ser esclarecido pelas partes e que, portanto, não há lógica em dar-lhe oportunidade para apresentar argumentos jurídicos. Porém, não é correto pensar que a intervenção só pode se dar para esclarecer questão técnica ou fato que exija esclarecimento especializado. É certo que na França a figura do *amicus* é construída a partir das regras relativas às *verifications personnelles* do juiz, em princípio equiparando-se o *amicus* a um perito ou técnico. Contudo, mesmo na França, e sem qualquer resistência no *common law*, admite-se que o juiz possa consultar um terceiro acerca de questões jurídicas.

Nos Estados Unidos, o *amicus* pode esclarecer qualquer questão, de fato ou estritamente de direito, porque a sua intervenção ocorre para o completo esclarecimento da controvérsia em nome dos terceiros insuficientemente representados. E isso se dá exatamente porque o precedente poderá prejudicar as partes não adequadamente representadas. Com efeito, a intervenção de *amicus* em nome de terceiros interessados na formação de precedente não é incomum nos Estados Unidos.¹⁰⁹

Na verdade, a dificuldade em compreender a possibilidade de o *amicus* falar sobre questões jurídicas decorre da dificuldade em se aceitar que a intervenção possa se dar para suprir a deficiência de argumentação da parte, ainda que para beneficiar terceiros. Isso fica mais fácil de ser aceito quando se percebe que o precedente firmado em recurso repetitivo é, igualmente, a decisão de um caso que também pertence a terceiros.

Muito embora a Corte Suprema esteja a firmar um precedente que atribui sentido ao direito, e que, assim, pode raciocinar a partir de qualquer recurso, é preciso voltar a lembrar que o *recurso especial ainda é franqueado a todos* que podem afirmar violação da lei ou divergência jurisprudencial. Por isso,

¹⁰⁸ LOWMAN, Michael K. The litigating *amicus curiae*: when does the party begin after the friends leave? *The American University Law Review*, 41, 1992, p. 1243-1299.

¹⁰⁹ RUDER, David S. The development of legal doctrine through *amicus* participation: the SEC experience. *Wisconsin Law Review*, 1989, p. 1.167 e ss.

admitir o afastamento daqueles que já interpuseram recursos especiais, excluindo-os do exercício do direito de influenciar a Corte, exige atenção. Vale dizer: a figura do *amicus* não deve ser vista da mesma forma no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.

Em virtude da fraca e insuficiente regulamentação do recurso repetitivo, no Superior Tribunal de Justiça o direito fundamental à participação no processo exige a abertura e o chamamento à participação dos legitimados à tutela dos terceiros que podem ser prejudicados pela decisão e, inclusive, do Ministério Público. Uma vez amplamente noticiada a possibilidade de intervenção (art. 979, §3º, CPC/2015), a participação do *amicus* deve ser a mais ampla possível. Não há como retirar daqueles que representam terceiros o direito de apresentar petições escritas, realizar sustentação oral e, inclusive, apresentar embargos de declaração. *A participação do amicus deve ser vista como o contra-ponto num procedimento em que a Corte emite decisão que resolve recursos de terceiros que têm o direito de influenciá-la.*

4 CONCLUSÃO

O incidente de resolução de demandas repetitivas nada mais é do que processo em que se discute e decide questão prejudicial à solução de casos pendentes. Como é óbvio, a decisão do incidente está muito longe de poder ser vista como precedente que atribui sentido ao direito e, por isso, regula a vida em sociedade e obriga os juízes dos casos futuros. Por esse motivo, o incidente, nos moldes em que regulado pelo Código de Processo Civil de 2015, não detém legitimidade constitucional. A alternativa para a correção da inconstitucionalidade está na convocação dos legitimados à tutela dos direitos individuais homogêneos para intervirem na defesa dos direitos dos litigantes cuja questão é posta à discussão. Isso, porém, não pode excluir a possibilidade de o Ministério Público também intervir para tutelar os direitos, tenha um legitimado já ingressado no processo ou não. Aliás, o Ministério Público, em caso de falta de intervenção de qualquer outro legitimado, deve obrigatoriamente participar em nome da tutela dos terceiros.

Tratando-se de recurso extraordinário e especial, a formação de precedente obviamente não depende de a questão estar replicada em vários casos ou recursos. Bem por isso, é necessário cautela na interpretação da

norma que afirma repercussão geral em caso de acórdão que julga incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 1.035, § 3º, CPC/2015). Essa norma tem que ser conjugada com a que prevê a necessidade de repercussão geral da questão constitucional introduzida no extraordinário, pois o Supremo Tribunal Federal certamente não é uma Corte que está a serviço do julgamento dos casos múltiplos.

Porém, quando o Supremo vislumbra a repercussão geral da questão posta em recurso extraordinário - o que, diga-se de passagem, já seria suficiente para suspender os demais recursos, autoriza-se a Corte decidir a partir de caso ou casos exemplares sem viabilizar a participação de terceiros. Isso porque esses não têm direito subjetivo de ver os recursos extraordinários conhecidos e discutidos, na medida em que a repercussão geral é expediente legítimo para permitir a seleção de casos em nome do exercício da função da Corte Suprema de desenvolver o direito. Note-se que os tribunais não têm esta função, mas apenas e tão somente a de resolver conflitos.

Sucedem que ainda não há – lamentavelmente – instrumento similar à repercussão geral no Superior Tribunal de Justiça e, por conta disso, todos têm direito subjetivo ao recurso destinado a demonstrar a inadequada resolução da questão federal infraconstitucional. Sendo assim, a figura do *amicus* deve ser vista de modo particular em face do recurso *especial* repetitivo. Aí o *amicus* não pode ser visto como alguém que intervém apenas em razão da relevância da questão de direito. Cabe a qualquer legitimado à tutela dos direitos individuais homogêneos intervir em nome da tutela dos direitos dos litigantes, inclusive o Ministério Público, cuja participação, aliás, é absolutamente imprescindível na falta de participação de outro legitimado. E essa participação, como é evidente, deve ser plena e adequada.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a resposta de um incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de processo*. v. 196.

ARENHART, Sérgio. *A tutela coletiva de interesses individuais*. São Paulo: RT, 2013.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech e MIGUEL, Alfonso Ruiz, Rationales for precedent. In: *Interpreting precedents: a comparative study*, London: Dartmouth, 1997.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. v. 193.

CURRIE, Brainerd, Mutuality of Collateral Estoppel: Limits of the Bernherd doctrine. *Stanford Law Review*. v. 9. 1957.

GAIO JR, Antonio. Incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo CPC: Breves apontamentos. *Revista de Processo*. v. 199.

GLOW, Lisa L., Offensive Collateral Estoppel in Arizona: Fair Litigation v. Judicial Economy. *Arizona Law Review*. v. 30. 1988.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.

HEINSZ, Timothy J., Grieve it Again: Of Stare Decisis, Res Judicata and Collateral Estoppel in Labor Arbitration. *Boston College Law Review*. v. 38. 1997.

HERSHKOFF, Helen, Aggregation of parties, claims, and actions, *Civil litigation in comparative context*. New York: Thomson/West, 2007.

KRISLOV, Samuel. The *amicus curiae* brief. From friendship to advocacy. *Yale Law Journal*, n.72, 1963.

LÉVY, Daniel de Andrade, O incidente de resolução de demandas repetitivas no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: Exame à luz da *Group Litigation Order* britânica. *Revista de Processo*. v. 196.

LOWMAN, Michael K. The litigating *amicus curiae*: when does the party begin after the friends leave? *The American University Law Review*, n. 41, 1992.

MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. São Paulo: RT, 2015.

- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 3. ed.. São Paulo: RT, 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed., São Paulo: RT, 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 151/152, vol. I.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro, Reflexos sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas no Projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. v. 211.
- MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- NONKES, Steven P. Reducing the unfair effects of nonmutual issue preclusion through damages limits. *Cornell Law Review*. v. 94. 2009.
- OLIVEIRA, André Macedo de. *Recursos Especiais Repetitivos*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2015.
- OLIVEIRA, André Macedo de. Efetividade jurisdicional: Recursos repetitivos, repercussão geral e o Conselho Nacional de Justiça. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. v. 4.
- OTHARAN, Luiz Felipe. Incidente de resolução de demandas repetitivas como alternativa às ações coletivas: notas de direito comparado. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. v. 402.
- PEREA, Ashley C. Broad discretion: a choice in applying offensive non-mutual collateral estoppels. *Arizona State Law Journal*, v. 40. 2008.
- PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes*. São Paulo: RT, 2015.

RODRIGUES NETTO, Nelson. Análise crítica do julgamento “por atacado” no STJ (Lei 11.672/2008) sobre recursos especiais repetitivos. *Revista de Processo*. v. 163.

RUDER, David S. The development of legal doctrine through *amicus* participation: the SEC experience. *Wisconsin Law Review*, 1989.

SCOTT, Austin Wakeman. Collateral Estoppel by judgment. *Harvard Law Review*. v. 56. 1942.

SEGAL, Joshua M. D. Rebalancing fairness and efficiency: The offensive use of collateral estoppel in § 1983 actions. *Boston University Law Review*. v. 89. 2009.

TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980.

TARUFFO, Michele. Cassazione e revisione: un problema nella storia delle istituzioni giudiziarie, *Il vertice ambiguo – Saggi sulla cassazione civile*, Bologna: Il Mulino, 1991

TAVARES JR., Homero Francisco. Recursos especiais repetitivos: aspectos da Lei 11.672/2008 e da Res. 8/2008 do STJ. *Revista de Processo*. v. 166.

TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. Recursos especiais repetitivos: recursos fundados em idêntica questão de direito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Processo*. Vol. 166.

VOLPINO, Diego. *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*. Padova: Cedam, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. Recursos especiais repetitivos: reflexos das novas regras (Lei 11.672/2008 e Res. 8/2008) nos processos coletivos. *Revista de Processo*. v. 163.

PROCESSUALIZAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Andréia Aquiles Sipriano da Silva Ortega

Pós-graduanda em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada.

RESUMO

O novo Código de Processo Civil trouxe uma evidente preocupação com a efetivação, no processo civil, dos direitos e das garantias fundamentais consagrados na Constituição Federal, especialmente, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. O novel incidente de desconconsideração da personalidade jurídica é fruto dessa preocupação, pois enfatiza a necessidade, em regra, de prévio contraditório à aplicação da *disregard doctrine* e, conseqüentemente, ao afastamento da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, que, afinal de contas, constitui uma espécie de sanção pelo seu mau uso. Embora surjam as primeiras críticas ao retardamento da prestação jurisdicional causado pela dilação procedimental do incidente, não se pode olvidar que a celeridade processual não pode ser buscada a qualquer custo, impondo-se a observância dos direitos fundamentais das partes para que se tenha, antes de qualquer coisa, um processo justo e em tempo razoável.

Palavras-chave: Desconconsideração da personalidade jurídica; Incidente processual; Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT

The new Code of Civil Procedure clearly concerned itself with the enforcement, in the civil process, of the fundamental rights and guarantees enshrined in the Federal Constitution, notably the due process of law, the adversarial principle and that of full right of defense. The disregard of legal entity is the result of this concern, since it emphasizes the need, as a rule, for contradiction prior to the application of disregard doctrine and, consequently, prior to asset autonomy being stripped from the legal entity, which, after all, constitutes a sanction for its misuse. Although there is initial criticism of the delay to the legal provision caused by the procedural delay of the issue, procedural speed must not be sought at any cost, and the parties' fundamental rights must be respected so that, above all, a fair and reasonably timed process may take place.

Keywords: Disregard of legal entity; Procedural Issue; New Code of Civil Procedure.

1 INTRODUÇÃO

Os institutos jurídicos não podem ser utilizados como meio de manobra para que pessoas, imbuídas de má-fé, perpetrem fraudes e lesem terceiros inocentes.

Os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico devem ser exercidos com certos limites, respeitando, sobretudo, a função social para a qual foram instituídos e em razão da qual se legitimam. Assim, eventuais abusos devem ser extirpados e coibidos.

O direito à separação entre os patrimônios da pessoa jurídica e de seus membros, decorrente da atribuição de personalidade jurídica autônoma aos entes morais, deve ser exercido de forma responsável, sem abusos e práticas ardilosas.

A desconsideração da personalidade jurídica visa, justamente, reprimir a utilização fraudulenta da personalidade da pessoa jurídica, permitindo-se o levantamento do “véu” que a protege, a fim de atingir os patrimônios dos sócios para o adimplemento das dívidas sociais, desde que configuradas as hipóteses previstas em lei. Também se viabiliza a desconsideração inversa, em que o patrimônio da sociedade será utilizado para pagamento das dívidas pessoais dos sócios, quando estes utilizarem aquela para ocultarem bens de seus credores.

Contudo, esse importante instituto de direito material era empregado por nossos juízes e Tribunais sem um critério uniforme, à falta de regulamentação processual sobre o tema. Não raras vezes, desconsiderava-se a personalidade jurídica sem a observância ao contraditório prévio, ao arrepio dos direitos fundamentais consagrados no Texto Constitucional.

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica, trazido pelo Código de Processo Civil de 2015, nos artigos 133 a 137, surgiu para uniformizar a aplicação processual da *disregard doctrine*, e tem como ponto central o contraditório prévio.

2 BASE HISTÓRICA DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO

A doutrina da desconsideração (*disregard doctrine*) tem origem na jurisprudência inglesa, no famoso caso *Salomon versus A. Salomon & Co. Ltd.*, de 1897.

Aaron Salomon era um próspero empresário individual inglês do ramo de calçados que, após mais de 30 anos de atividade, resolveu criar uma pessoa jurídica, a *Salomon & Co. Ltd.*, uma *limited company*, similar a uma sociedade anônima fechada brasileira, da qual se tornou, apenas, um dos sócios, juntamente com seus cinco filhos mais velhos e sua esposa, que detinham ações mínimas da sociedade, todos com responsabilidade limitada.¹¹⁰

Pouco tempo depois, a companhia sofreu forte crise e entrou em liquidação. O liquidante propôs que Salomon indenizasse pessoalmente os credores sem garantia, sob o argumento de que o patrimônio da companhia era insuficiente ao pagamento destes e de que a empresa era, ainda, sua atividade pessoal, vez que os demais sócios seriam meramente fictícios.¹¹¹

Em que pese este seja o precedente mais citado pela doutrina como o precursor da *disregard doctrine*, a decisão que determinou a desconsideração da personalidade jurídica da empresa *Salomon & Co. Ltd.*, proferida por juiz inglês de primeira instância, foi, posteriormente, reformada pela Casa dos *Lords (House of Lords)*, que restabeleceu a separação entre os patrimônios de Salomon e de sua empresa, o que acarretou, consequentemente, sua irresponsabilidade pessoal pelo pagamento das dívidas sociais.¹¹²

Também se menciona como base histórica da doutrina da desconsideração o caso julgado pela Corte Suprema de Ohio, em 1892, *State versus Standard Oil Co.*¹¹³

110 TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 240. v. 1.

111 TOMAZETTE, op. cit., p. 240.

112 RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 406.

113 Ibid, p. 406.

3 PESSOA JURÍDICA: PERSONALIDADE JURÍDICA, AUTONOMIA E SEPARAÇÃO PATRIMONIAL

Na definição de Carlos Roberto Gonçalves,¹¹⁴ pessoa jurídica é o “conjunto de pessoas ou de bens, dotado de personalidade jurídica própria e constituído na forma da lei, para a consecução de fins comuns”.

Já a personalidade jurídica, na clássica visão de Caio Mário da Silva Pereira,¹¹⁵ “exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres”.

A personalização da sociedade (e das pessoas jurídicas em geral) surgiu a partir da ideia de separação entre o patrimônio da sociedade e os dos sócios, visando estimular o desenvolvimento econômico e conferir maior segurança ao investidor.

A personalidade das pessoas jurídicas de direito privado inicia-se com a inscrição de seus atos constitutivos no respectivo registro.¹¹⁶ Com sua constituição e aquisição de personalidade, a pessoa jurídica torna-se capaz, por si só, de ser sujeito de direitos e obrigações e passa a ter patrimônio próprio, distinto do de seus sócios, e que responderá perante terceiros pelas obrigações contraídas por ela.

Disso decorre que, a princípio, o patrimônio da pessoa jurídica é uma garantia ao pagamento dos credores. A priori, o patrimônio social é imune às dívidas pessoais de seus sócios¹¹⁷. Por outro lado, os riscos do próprio empreendedor estarão limitados ao patrimônio destacado à formação da pessoa moral. Todos esses fatores, evidentemente, há muito fomentam o desenvolvimento econômico, encorajando o empreendedorismo, ao limitar, inicialmente, a responsabilidade das pessoas naturais que estão por trás da pessoa jurídica, mitigando os riscos do exercício da atividade empresarial.

114 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 182. v. 1.

115 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: introdução ao Direito Civil: teoria Geral do Direito Civil. 24. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 179. v.1.

116 Código Civil: “Art. 45. Começa a existência das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo”.

117 TOMAZETTE, op. cit., p. 229/230.

4 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO BRASIL: EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

No Brasil, o primeiro autor a abordar a doutrina da desconsideração foi Rubens Requião que, em 1969, proferiu conferência na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, que resultou em publicação sob o título “Abuso e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*)”.¹¹⁸

Bem antes da primeira previsão legal, a jurisprudência já empregava o instituto, desde que comprovada a utilização fraudulenta de pessoas jurídicas para se esquivar do pagamento dos credores.

O primeiro diploma legislativo que previu a *disregard doctrine* foi a Lei nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, que tratou do tema no artigo 28, seguida pela Lei nº 8.884/92 (artigo 18),¹¹⁹ conhecida por “lei antitruste”, e, mais tarde, pela “lei dos crimes ambientais”, Lei nº 9.605/98 (artigo 4º).

Somente em 2002, a *disregard doctrine*, até então prevista em leis especiais, foi incorporada pelo Código Civil:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Após, a Lei nº 12.846/13, conhecida por “lei anticorrupção”, trouxe, no artigo 14, a possibilidade de desconsideração da personalidade societária em sede administrativa, pela Administração Pública, *sponte propria*, ou seja, sem a necessidade de prévia autorização judicial.

Por fim, visando suprir a lacuna legal até então existente quanto aos aspectos processuais da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, o Código de Processo Civil de 2015 promoveu a devida regulamentação, ao criar o “incidente de desconsideração da personalidade jurídica”, disciplinado nos artigos 133 a 137, em capítulo próprio que integra o Título III do Livro III do novo *Códex*.

118 XAVIER, José Tadeu Neves. Primeiras reflexões sobre o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Revista Jurídica: órgão de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, ano 63, n. 458, p. 31-59, dezembro, 2015.

119 A Lei nº 12.529/11 revogou a Lei nº 8.884/92, mas manteve o mesmo teor do dispositivo citado, em seu artigo 34, parágrafo único.

5 TEORIAS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

José Tadeu Neves Xavier¹²⁰ assinala que o mosaico legislativo referente aos aspectos materiais da desconsideração da personalidade jurídica propiciou a consolidação de duas grandes teorias propostas por Fábio Ulhoa Coelho, quais sejam: a teoria maior e a teoria menor.

O Código Civil de 2002 adotou a denominada “teoria maior” da desconsideração da personalidade jurídica no artigo 50, que, segundo a jurisprudência¹²¹, relega sua aplicação a casos extremos, em que a autonomia patrimonial da pessoa jurídica é utilizada por seus sócios ou administradores para fins fraudulentos, valendo-se da pessoa jurídica para encobrir ilícitos. Tal teoria também foi a albergada pela legislação antitruste e anticorrupção e, segundo o Superior Tribunal de Justiça,¹²² é a regra geral do ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme o dispositivo em comento do Código Civil, o abuso no uso da personalidade jurídica configura-se pelo desvio da finalidade social, isto é, a pessoa jurídica é utilizada para fim diverso ao qual fora constituída, ou pela confusão entre os patrimônios da pessoa jurídica e os de seus sócios ou administradores (ou o de outra pessoa jurídica).

Já a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica autoriza a extensão da responsabilidade da pessoa jurídica aos seus membros ou administradores pela verificação da mera insolvência, trazendo prejuízo à realização dos direitos dos credores, prescindindo da análise da conduta abusiva na utilização da entidade.¹²³ Foi a teoria acolhida de forma excepcional pela legislação brasileira, nos artigos 28, § 5º, do Código do Consumidor e 4º da Lei de Crimes Ambientais.

Segundo essa teoria, pouco importa se houve dolo, má-fé ou fraude na utilização pessoa coletiva, bastando que a sociedade não tenha patrimônio suficiente para a reparação do dano ao consumidor ou ao meio ambiente.

120 XAVIER, op. cit., p. 35.

121 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: **EResp nº 1.306.553/SC**, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, 2ª Seção, julgado em 10/12/2014, publicado no DJe em 12/12/2014.

122 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.325.663/SP**, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 11/6/2013, publicado no DJe em 24/6/2013.

123 XAVIER, op. cit., p. 36.

6 A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A desconsideração inversa da personalidade jurídica implica o afastamento episódico da autonomia patrimonial da sociedade para atingir o patrimônio social, responsabilizando a pessoa jurídica por obrigações contraídas por seu sócio, ou seja, exatamente ao contrário do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita ou tradicional. Nesse caso, ao invés de o sócio responder pelas dívidas da sociedade, esta é quem responderá pelos débitos daquele.

Na jurisprudência brasileira, tem incidência frequente em casos em que o cônjuge ou companheiro(a) empresário(a) se vale da pessoa jurídica da qual é sócio para subtrair o direito à meação de seu consorte.¹²⁴

7 O PROCEDIMENTO PARA A DESCONSIDERAÇÃO ANTES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: ENFOQUE JURISPRUDENCIAL

Antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, a desconsideração da personalidade jurídica ocorria sempre de forma incidental nos processos de execução de título extrajudicial ou no cumprimento de sentença.

Não havia uniformidade de entendimento sobre a processualística da teoria da desconsideração. Conforme observa Elpídio Donizetti,¹²⁵ “existiam vozes que a admitiam, inclusive, sem a prévia citação dos supostos responsáveis (sócios, empresas coligadas ou integrantes do mesmo grupo econômico)”, com a postergação do contraditório.

124 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.236.916/RS**, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 22/10/2013, publicado no DJe em 28/10/2013.

125 DONIZETTI, Elpídio. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica (arts.133 a 137). Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/06/22/incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-arts-133-a-137/>>. Acesso em: 5/7/2016.

O Superior Tribunal de Justiça, em alguns julgados, reputava válida a desconsideração no bojo do cumprimento de sentença, após a mera intimação dos sócios para exercerem o contraditório, prescindindo da citação.¹²⁶

Contudo, ultimamente, a preocupação com o contraditório prévio era verificada na jurisprudência em geral, que acabou consolidando-o como requisito indispensável à desconsideração incidental da personalidade jurídica.

8 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O Código de Processo Civil de 2015 inovou ao trazer a previsão de um procedimento próprio para a desconsideração da personalidade jurídica, no capítulo IV do Título III do Livro III do novo *Códex*: o incidente de desconsideração de personalidade jurídica, previsto nos artigos 133 a 137.

Note-se que o Código de Processual Civil em vigor não previu hipóteses novas em que a personalidade jurídica será desconsiderada, que estão previstas nas leis de direito material, mas, apenas, regulou o modo como a sanção pelo mau uso da pessoa jurídica será aplicada no processo.¹²⁷

Antes de qualquer coisa, cumpre observar que o sistema jurídico proposto pela nova legislação permite levar a juízo a pretensão de desconsideração da personalidade jurídica mediante duas formas: por pedido originário e pela via incidental.¹²⁸

126 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.096.604/DF, Relator Ministro Luiz Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 2/8/2012, publicado no DJe em 16/10/2012. No mesmo sentido: AgRg no REsp 1.459.831/MS, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, julgado em 21/10/2014, publicado no DJe em 28/10/2014.

127 DIDIER JUNIOR. Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 514.

128 XAVIER, op. cit., p. 38.

8.1 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE POR PEDIDO ORIGINÁRIO.

A desconsideração da personalidade jurídica da empresa ré será feita de maneira originária, quando o pedido for feito na inicial, juntamente com os demais, ou seja, logo na propositura da demanda.

Se a desconsideração for pedida já na petição inicial, obviamente, não haverá intervenção de terceiro, porquanto o processo será instaurado, diretamente, contra o sócio ou a pessoa jurídica, dispensando-se a formação do incidente, na forma do artigo 134, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015.

8.2 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE PELA VIA INCIDENTAL

Se requerida a instauração do incidente no curso do processo, haverá intervenção de terceiros, pois, nesta hipótese, ocorrerá o ingresso forçado de um terceiro, estranho ao processo originário, para o qual buscar-se-á dirigir a responsabilidade patrimonial. Por tal razão é que o novo Código Processual Civil previu o incidente no título que trata “Da intervenção de terceiros”, ao lado das formas tradicionais de intervenção, como a denúncia da lide e o chamamento ao processo.

O incidente de desconsideração amplia subjetivamente a demanda, provocando a formação de um litisconsórcio passivo facultativo unitário.¹²⁹

Segundo Maria Helena Diniz, além de ser modalidade de intervenção de terceiros, trata-se de uma espécie de incidente do processo, ou seja, um processo novo emanado de um já existente, nele se incorporando.¹³⁰

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery¹³¹ lembram que, antes da edição do novo Código de Processo Civil, a doutrina debatia em

129 REICHELDT, Luís Alberto. A desconsideração da personalidade jurídica no projeto do novo Código de Processo Civil e a efetividade da tutela jurisdicional do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 98, mar./abr. de 2015. p. 249.

130 DINIZ, Maria Helena. A oportuna processualização da desconsideração da personalidade jurídica. *The opportune processualization of disregard of corporate entity*. Disponível em: <http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/344/pdf_1>. Acesso em: 7/7/2016.

torno da forma para o requerimento da desconsideração, vez que, para alguns, inclusive para o Superior Tribunal de Justiça, bastaria um pedido incidental, enquanto que, para outros, era necessário fazer um pedido à parte em um processo autônomo. Para os autores, o novo Código “adotou a opção mais econômica, temporal e financeiramente: o pedido incidente”.

Portanto, de acordo com a redação do Código de Processo Civil em vigor, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de uma nova ação, possibilitando ao juiz, incidentalmente no próprio processo, levantar o manto protetivo da personalidade jurídica para que os atos expropriatórios atinjam o patrimônio dos sócios da pessoa jurídica ou o desta própria, em caso de desconsideração inversa.

8.2.1 Cabimento do Incidente de Desconsideração

Consoante o disposto no artigo 134, *caput*, do Código de Processo Civil, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica tem cabimento em todas as fases do processo de conhecimento, e, também, no de execução de título executivo extrajudicial e no cumprimento de sentença.

Na mesma linha, será viável o incidente em procedimentos especiais como o processo de falência.¹³²

E mais: por permissão do novo Código de Processo Civil (art. 1.062), ainda que se trate de espécie de intervenção de terceiros, o incidente de desconsideração poderá ser instaurado nos Juizados Especiais Cíveis.

8.2.2 Pedido no Incidente de Desconsideração

Em uma interpretação literal do artigo 133 do novo Código de Processo Civil, constata-se que o incidente de desconsideração não poderia ser instaurado *ex officio* pela autoridade judicial, dependendo de pedido da parte ou do Ministério Público.

131 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015. p. 571.

132 Neste sentido, é o Enunciado nº 247 do Fórum Permanente de Processo Civil: “Aplica-se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica no processo falimentar”.

Abalizada doutrina avaliza tal entendimento, como Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery.¹³³ Consideram que a instauração do incidente demanda novo pedido e seu acolhimento acarreta a modificação da sujeição passiva, razão pela qual sua realização por iniciativa do órgão jurisdicional afrontaria o princípio dispositivo.¹³⁴

Entretanto, outros notáveis autores ponderam que, excepcionalmente, poderia ser decretada a desconsideração de ofício pelo juiz, se autorizado por legislação especial, a exemplo do artigo 28, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor,¹³⁵ pois o fundamental é a observância do contraditório prévio, que é a essência do incidente.

O pedido de instauração do incidente deve demonstrar a presença dos pressupostos legais de direito material à desconsideração da personalidade jurídica (art. 134, § 4º, CPC/15), sob pena de inépcia, em face da ausência de causa de pedir (art. 330, inciso I, § 1º, inciso I, parte final, CPC/15).

Por outro lado, nada impede que seja requerida a tutela provisória da urgência, desde que demonstrada a presença dos requisitos autorizadores da medida, caso em que o contraditório ocorrerá de maneira diferida.

A instauração do incidente deverá ser comunicada ao setor de distribuição¹³⁶, que o registrará, inclusive, para que eventuais credores tenham conhecimento de que há pedido de desconsideração contra a pessoa jurídica em curso, e suspenderá o curso do processo principal¹³⁷ até ser decidido, a fim de que se aguarde a definição da dimensão subjetiva da lide.¹³⁸

133 NERY JÚNIOR; NERY, op. cit., p. 571.

134 PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; FONSECA, Marina Silva. **O incidente de desconsideração da personalidade jurídica do novo CPC**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/01/19/o-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-do-novo-cpc/>>. Acesso em 7/9/2016.

135 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015. p. 106. v. 2.

136 Código de Processo Civil: “Art. 134. § 1º. A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas”.

137 Código de Processo Civil: “Art. 134. § 3º. A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º”.

138 XAVIER, op. cit., p. 48.

8.2.3 Contraditório e fase instrutória no incidente de desconconsideração

O novo Código de Processo Civil enfatizou a necessidade de um contraditório efetivo, ao vedar a prolação de decisões surpresa (artigos 9º e 10), o que denota traços do formalismo valorativo que permeia a novel codificação.

Nessa linha, prevê, no artigo 135 que, instaurado o incidente, o terceiro (sócio, administrador ou a pessoa jurídica) em relação ao qual se pretende a extensão da responsabilidade será citado para apresentar manifestação no prazo de 15 (quinze) dias, que serão somente os úteis, seguindo a sistemática da nova codificação (artigo 219, CPC/15). Se o pedido de desconconsideração for formulado já na fase de cumprimento de sentença, evidentemente, deverá ser ofertada impugnação. Eis o ponto central da preocupação do legislador ao prever o incidente: o contraditório prévio à desconconsideração.

O incidente possui cognição limitada, restringindo-se à análise da presença ou não dos pressupostos à desconconsideração. Embora limitada quanto ao objeto, a cognição será exauriente quanto à profundidade, vez que permitida ampla instrução probatória, se necessário, para investigação da configuração dos requisitos imprescindíveis à aplicação do instituto¹³⁹.

8.2.4 Decisão e Recurso

A decisão de procedência declara o direito à desconconsideração (efeito declaratório positivo) e desconstitui a eficácia da personalidade jurídica da pessoa jurídica, apenas, no processo em questão, para que o patrimônio de seus sócios ou o dela próprio (na desconconsideração inversa) seja atingido; a de improcedência, evidentemente, declara a impossibilidade de se desconsiderear a personalidade jurídica (efeito declaratório negativo)¹⁴⁰.

139 TALAMINI, Eduardo. **Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234997,11049-incidente+de+desconsideracao+de+personalidade+juridica>>. Acesso em: 8/9/2016.

140 Idem.

Essa decisão que põe fim ao incidente tem natureza interlocutória¹⁴¹, impugnável por agravo de instrumento, conforme artigo 1.015, inciso IV, do CPC/15.

Contudo, se o processo já estiver em grau recursal, caberá ao Relator decidir, monocraticamente, sobre o pedido de instauração do incidente (art. 932, inciso VI, CPC/15). E, nesse caso, o recurso cabível será o agravo interno.¹⁴²

8.2.5 A desconsideração da personalidade e a fraude à execução

Nos termos do artigo 137 do Código de Processo Civil em vigor, “acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida com fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente”. Ou seja, a venda ou oneração de bens após a instauração do incidente será considerada fraude de execução e ineficaz em relação ao requerente, desde que a personalidade jurídica venha a ser efetivamente desconsiderada.

Todavia, a leitura desse dispositivo deve ser conjugada com a do parágrafo terceiro do artigo 792 do Código de Processo Civil, que dispõe que “nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se **a partir da citação** da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar” (grifo nosso).

Simplificando: com a citação dos sócios ou da sociedade empresarial em um dado processo judicial, a partir desse momento a alienação ou oneração de bens por seus sócios será havida como fraude à execução, desde que ocorram uma das hipóteses legais previstas no artigo 792, incisos I a V, do CPC/15, e que a ré tenha sua personalidade desconsiderada incidentalmente, caso em que o negócio será ineficaz em relação ao requerente.¹⁴³

Destaque-se que, ao prever essa inovação, permitindo o reconhecimento de fraude à execução em caso de venda ou oneração de bens por sócio ou pessoa jurídica cuja personalidade venha a ser oportunamente

141 Código de Processo Civil: “Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória”.

142 Código de Processo Civil: “Art. 136. Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno”.

143 AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista RT, 2015. p. 825. (livro eletrônico)

desconsiderada, o novo Código de Processo Civil trouxe importante instrumento de correção de abusividades perpetradas contra o sistema, vez que a desconsideração da personalidade jurídica, por si só, não influi sobre a validade de atos já praticados.

9 CONCLUSÃO

O estabelecimento de um procedimento uniforme à aplicação da *disregard doctrine* era medida premente, ante a divergência de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, que recaiam, sobretudo, quanto à necessidade ou não de contraditório prévio, o que, evidentemente, gerava insegurança jurídica.

Como visto, não raras vezes, juízes e Tribunais afastavam a personalidade da pessoa jurídica, a fim de alcançar o patrimônio de seus sócios, sem ouvir, antes, as partes que seriam atingidas pelos atos expropriatórios.

É certo que o ordenamento jurídico cria mecanismos para coibir fraudes e abusos, estabelecendo sanções ao mau uso dos direitos, como é o caso do afastamento temporário da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Contudo, não se pode fazer isso ao atropelo de direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição da República.

Nessa ordem de ideias, o novo Código de Processo Civil, ao tratar do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, estabeleceu um procedimento calcado na observância do contraditório prévio, a fim de que aquele que será eventualmente atingido com o acolhimento da pretensão tenha a oportunidade de se manifestar e de influenciar a formação do convencimento do magistrado.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista RT, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: **EResp nº 1.306.553/SC**, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, 2ª Seção, julgado em 10/12/2014, publicado no DJe em 12/12/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.325.663/SP**, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 11/6/2013, publicado no DJe em 24/6/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.236.916/RS**, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 22/10/2013, publicado no DJe em 28/10/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.096.604/DF, Relator Ministro Luiz Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 2/8/2012, publicado no DJe em 16/10/2012. No mesmo sentido: AgRg no REsp 1.459.831/MS, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, julgado em 21/10/2014, publicado no DJe em 28/10/2014.

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

DINIZ, Maria Helena. A oportuna processualização da desconsideração da personalidade jurídica. *The opportune processualization of disregard of corporate entity*. Disponível em: <http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/344/pdf_1>. Acesso em: 7/7/2016.

DONIZETTI, Elpídio. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica (arts.133 a 137). Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/06/22/incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-arts-133-a-137/>>. Acesso em: 5/7/2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: introdução ao Direito Civil: teoria Geral do Direito Civil. 24. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; FONSECA, Marina Silva. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica do novo CPC. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/01/19/o-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-do-novo-cpc/>>. Acesso em 7/9/2016.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

REICHELT, Luís Alberto. A desconsideração da personalidade jurídica no projeto do novo Código de Processo Civil e a efetividade da tutela jurisdicional do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 98, mar./abr. de 2015.

TALAMINI, Eduardo. **Incidente de desconsideração da personalidade jurídica**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234997,11049-incidente+de+desconsideracao+de+personalidade+juridica>>. Acesso em: 8/9/2016.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

XAVIER, José Tadeu Neves. Primeiras reflexões sobre o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. *Revista Jurídica: órgão de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, ano 63, n. 458, p. 31-59, dezembro, 2015.

BREVÍSSIMAS NOTAS SOBRE O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A SOLUÇÃO CONCRETA DA LIDE E A PRIMAZIA DO ENFRENTAMENTO DO MÉRITO

Maria Cecília Soares Vannucchi

Mestre em Direito do Estado pela UFPR, Professora da Faculdade Mater Dei, Advogada e Economista.

Phillip Gil França

Pós-doutor (CAPES_PNPD), Doutor e Mestre em direito do Estado pela PUC/RS, com pesquisas em “Doutorado sanduíche – CAPES” na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná. Professor de Direito Administrativo (mestrado e graduação) da Universidade de Passo Fundo, autor dos livros “Controle da Administração Pública”, 4 Ed. (Saraiva, 2016) e “Ato Administrativo e Interesse Público”, 3 Ed (RT, 2016), e tradutor da obra “O Princípio da Sustentabilidade – transformando direito e governança”, de Klaus Bosselmann. Professor da Escola da Magistratura do Paraná e dos Cursos de Especialização do IDP (Brasília), Abdconst (Curitiba) e Unibrasil (Curitiba).

RESUMO

Embora se determine a duração razoável na análise do mérito de um processo, o fato é que o novo CPC não promete celeridade. Ao contrário, o processo ficará ainda mais moroso. Em tom de crítica, vale dizer que o Novo Código preocupa-se com a qualidade, porém de certa maneira despreza, em alguns pontos, a agilidade processual. E como forma de apurar os prós e contras desta opção legislativa, há um dispositivo (o artigo 1.069) que serve de diretriz ao Conselho Nacional de Justiça para que este, periodicamente, realize pesquisas para apurar se o Código vem atingindo a finalidade pela qual ele foi criado.

Palavras-chave: Novo CPC; Conselho Nacional de Justiça.

ABSTRACT

While determining the reasonable length of time in the merits analysis of a case, the fact is that the new CPC does not promise celerity. On the contrary, the process will be even more time-consuming. In a critical tone, it is worth saying that the New Code is concerned with quality, but somehow it despises, in some points, procedural agility. And as a way to determine the pros and cons of this legislative option, there is a provision (Article 1,069) that serves as a guideline to the National Council of Justice to periodically conduct research to determine if the Code has reached the purpose for which it was raised.

Keywords: National Council of Justice; New CPC.

As reformas trazidas pelo Novo Código de Processo Civil foram informadas por princípios há muito esquecidos pelos magistrados, mas sempre defendidos pelos advogados. Dentre eles, destaca-se o da primazia da análise do mérito, agora expressamente consignado como norma processual fundamental, na dicção do artigo 4º da Lei Processual Civil, ao reforçar o dever do magistrado de zelar pela razoável duração do processo, erigida como direito fundamental com status constitucional, introduzida com a EC nº

45/2004, também prescreve e contempla o tempo razoável para a solução do mérito, incluindo a atividade satisfativa.

Em outras palavras, o jurisdicionado tem o direito subjetivo de obter do Estado Juiz, em tempo razoável, a solução concreta da lide, evitando-se, ao máximo, as sentenças meramente terminativas (aquelas que não enfrentam o mérito). A grande verdade é que, além de demonstrar sua preocupação com o tempo do processo, o NCPC também se preocupa com a *primazia da análise do mérito*. A propósito, vários dos seus artigos pontuam esse princípio, antes muito presente no processo coletivo, mas agora incorporado ao processo individual. Há uma expectativa na diminuição da jurisprudência defensiva, baseada em aspectos formais para evitar a análise do mérito de determinado processo.

Contudo, embora se determine a duração razoável na análise do mérito de um processo, o fato é que o novo CPC não promete celeridade. Ao contrário, o processo ficará ainda mais moroso, o que pode ser observado da seguinte maneira: os prazos passam a ser contados em dias úteis (artigo 219); o novo rito comum possibilita a realização de 03 audiências (Audiência de Mediação e Conciliação, audiência de saneamento e audiência de instrução e julgamento); os prazos recursais foram ampliados para 15 dias, exceto embargos de declaração, com prazo de 5 dias (§5º do artigo 1.003).

Em tom de crítica, vale dizer que o Novo Código preocupa-se, evidentemente, com a qualidade, porém de certa maneira despreza, em alguns pontos, a agilidade processual. E como forma de apurar os prós e contras desta opção legislativa, há um dispositivo (o artigo 1.069) que serve de diretriz ao Conselho Nacional de Justiça para que este, periodicamente, realize pesquisas para apurar se o Código vem atingindo a finalidade pela qual ele foi criado.

Percebe-se, pois, que a opção do legislador do Código Civil de 2015 foi o de prestigiar o efetivo enfrentamento da questão de fundo posta perante o Juízo.

Vale lembrar que dentre os poderes do juiz, ao que a Doutrina tem reconhecido ser um “poder-dever”, destaca-se o disposto inciso IX do artigo 139, o qual determina o suprimimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios, tendo como orientação a primazia da resolução do mérito.

Destarte, caso o magistrado se depare com um vício passível de ser convalidado, deve operar esforços positivos para o convalidar.

Nesse aspecto, o novo CPC é rico em exemplos que demonstram o dever do magistrado em buscar convalidar vício processual, o que, pelo tratamento anterior, ensejaria o juízo de não admissibilidade de recursos. Nesse compasso, cita-se a previsão constante do § 3º do artigo 1.017, segundo o qual o Agravo de Instrumento, interposto em processo físico, deve vir acompanhado de cópias reprográficas, de modo que, se faltar alguma peça, o desembargador, antes de inadmitir o recurso, deve intimar a parte para regularizar a situação, na forma determinada pelo parágrafo único do artigo 932.

Outro exemplo é o previsto no artigo 1.007 do Novo Código, que versa sobre a situação em que o Recurso é interposto sem o pagamento das custas, ou seja, deserto (exceção feita a alguns recursos, como os Embargos de Declaração, o Agravo em Recurso Extraordinário e em Recurso Especial). Na linha do código anterior, se o preparo fosse insuficiente, a parte era intimada para regularizar; mas, quando não havia preparo algum, o recurso era inadmitido de plano. Contudo, pelo novo CPC, mesmo quando não houver preparo, a parte será intimada, uma única vez, a regularizar, mas pagará o valor devido em dobro.

Importante, ainda, mencionar a regra inserida no artigo 1025, que passou a prever o que a Doutrina denomina de “pré-questionamento ficto”, afastando-se a morosa praxe exigida como requisito de admissibilidade dos Recursos Extraordinário e Especial, no antigo modelo, como mecanismo de filtrar e adaptar a quantidade de recursos que chegavam aos Tribunais Superiores à sua capacidade humana. Com o advento do artigo 1025 do NCPC, propôs-se uma simplificação à prática do pré-questionamento, considerando-se incluídos no Acórdão os elementos que o Embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os Embargos de Declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o Tribunal superior considere existentes erro, omissão ou contradição ou obscuridade. Em outras palavras, pelo artigo 1025, a exigência do pré-questionamento já se considera atendida, independentemente do provimento ou desprovimento dos Embargos, vez que o questionamento prévio se considera incorporado à decisão judicial, ainda que não tenha havido enfrentamento expresso pelo Tribunal, o que, novamente, demonstra a preocupação do legislador com o mérito e, secundariamente, com exigências de ordem formal, antes cultuadas pelos Tribunais.

Eis, pois, apenas algumas considerações acerca de relevantes inovações trazidas pela nova Lei Processual, que, certamente, serão objetos de debates doutrinários e jurisprudenciais.

REFERENCIAS

BRASIL. Novo de Código de Processo Civil. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

CONSELHO Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/>.

A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Tatiana de Jesus Neves

Pós-Graduanda em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná, núcleo Curitiba (2016). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogada.

RESUMO

Com o advento da Lei nº 13.105/ 2015, a qual introduziu em nossa legislação pátria, um sistema de ônus probatório misto, optando o legislador por manter o sistema estático e inserindo o ônus dinâmico da prova. Neste viés, este artigo possui o desafio de tratar deste último, suas características, momento processual adequado, bem como da audiência de saneamento.

Palavras-chave: Ônus da prova; Distribuição dinâmica; Características; Momento processual adequado; Audiência de saneamento; Desafios.

ABSTRACT

With the advent of Law 13.105/2015, which introduced into our national legislation a system of mixed evidentiary burden, opting the legislator for maintaining the static system and inserting the dynamic burden of proof. In this bias, this article has the challenge of treating the latter, its characteristics, appropriate procedural moment, as well as the sanitation audience.

Key Words: Burden of proof; dynamic distribution; characteristics; adequate procedural time; sanitation hearing; challenges.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo almeja apresentar as alterações do processo civil contemporâneo, assim como demonstrar o seu compromisso com a efetividade e a proporcionalidade. Partindo de tais premissas e alinhado a Constituição Federal é que se devem compreender todas as mudanças introduzidas pelo atual Código de Processo Civil.

Dessa forma, não se pode perder de vista as garantias asseguradas pela Carta Maior, garantias devidas as partes e que devem refletir diretamente no processo, dentre elas: o contraditório e a ampla defesa.

Partindo desta premissa é que o novo sistema processual tem como missão resguardar os direitos constitucionais retro mencionados, mas acima de tudo, permitir uma resposta justa, efetiva e adequada ao caso concreto.

O tema em questão é de suma importância para todos que buscam a aplicação adequada da Lei ao caso concreto.

Após longos anos vivenciando um sistema estático de ônus da prova, por certo que a inserção da figura da dinamização do *onus probandi* deverá ser objeto de cuidadosa e acurada análise pelos profissionais da seara jurídica.

No sistema estático, incumbe a quem alega fazer prova constitutiva do seu direito, regra muitas vezes aplicada no momento do julgamento, quando o magistrado observa que alguma das partes deixou de produzir a prova necessária ao deslinde da questão.

Assim, incumbem aos litigantes produzirem as provas com vistas a comprovar suas alegações, e via de consequência, influenciarem no convencimento do magistrado.

Com efeito, o novo sistema nasce da acurada observação de doutrinadores acerca da aplicabilidade da regra estática, com situações em que esta regra, não estava adequada ao caso concreto. Ainda, há casos em que o autor não terá como produzir determinada prova, sendo esta mais possível de ser produzida pelo réu.

No sistema estático, o demandado ao verificar que o autor não terá como produzir dada prova, se mantém inerte, confiante de que a ausência de tal prova irá beneficiá-lo, resultando assim, em uma sentença desfavorável ao autor e favorável a sua tese.

Ora, da releitura de princípios constitucionais dentre eles, o acesso à justiça, mas que tal acesso deva possibilitar a parte que esta receba de forma efetiva a devida prestação jurisdicional.

Sob este viés é que a jurisprudência, de forma paulatina, foi aplicando o entendimento dos doutrinadores, fato que culminou na introdução do tema no atual Código de Processo Civil.

2 CARACTERÍSTICAS DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

O diploma processual civil de 1.973, se analisado a luz do texto constitucional de 1988, tornou-se obsoleto. Por tal motivo, houve a real necessidade de integrá-lo aos princípios constitucionais com vistas permitir um modelo garantista.

Partindo desta premissa, a questão atinente ao sistema estático de ônus da prova tal qual posta, não mais atendia a almejada efetividade processual.

Dentre os principais objetivos da reforma do CPC estão: o de harmonizar o diploma civil com a Carta Maior, permitir condições para que o juiz tome decisões de forma mais rente à realidade analisando o caso concreto, dentre outros.¹⁴⁴

Dentre as inúmeras alterações promovidas pelo novo código, está a questão atinente ao ônus da prova.

No Códex de 1.973, o ônus da prova decorre de um sistema fixo, fechado e estático, elencado no artigo 333 do referido diploma legal.¹⁴⁵ Por força do artigo retro indicado, incumbe ao autor provar as suas alegações, ou seja, o fato constitutivo do seu direito. Já ao réu, a incumbência é outra, provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Em outros termos, com o advento do Novo Código de Processo Civil passamos de um sistema único de ônus da prova, para um sistema misto.

A partir da vigência do Novo Códex, dois sistemas de ônus da prova irão conviver, o estático e o dinâmico, esta é a primeira mudança significativa na nova legislação.

A dinamização de ônus da prova é um sistema aberto, mais flexível que o estático e será utilizado de forma subsidiária.

A teoria de flexibilização das cargas probatórias é atribuída ao processualista argentino Jorge Peyrano que, inspirado nos estudos de Bentham, defendeu que o ônus da prova será analisado em cada caso, devendo ser incumbência de quem possa realizá-lo mais facilmente.¹⁴⁶

Para este autor o sistema estático, em dadas situações, pode resultar em injustiças, tratando a todos com rigor excessivo, dada a forma com que tais regras foram fixadas.

A partir destes estudos, a jurisprudência ao longo do tempo se deparou com inúmeras decisões em que se observou a necessidade de se analisar a flexibilização do ônus da prova.

¹⁴⁴ MEDEIROS NETO, Elias Marques de. **Breves Apontamentos sobre o Regime da Prova no Projeto de um Novo Código de Processo Civil – Uma leitura em Conformidade com a Efetividade e a Proporcionalidade**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, v.12, nº 84, jul/ago de 2013, p.11.

¹⁴⁵ 2 OLIVEIRA YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de. **Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova**. Revista do Processo, São Paulo, v. 37, n. 205. p.123.

¹⁴⁶ LOPES, João Batista. **Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo Código Processo Civil**. Revista de Processo. São Paulo, fev/2012, ano 37, n. 204, p. 236.

Seguindo tal entendimento, o STJ decidiu em 22/10/2013, *in verbis*:

45. Mesmo que a prova não incumbisse exclusivamente às rés, pode-se falar, no mínimo, em distribuição dinâmica do ônus da prova, que tem por fundamento a *probatio diabolica*, isto é, a prova de difícil ou impossível realização para uma das partes, e que se presta a contornar a teoria de carga estática da prova, adotada pelo art. 333 do CPC, que nem sempre decompõe da melhor forma o *onus probandi*, por assentar-se em regras rígidas e objetivas. Com base na teoria da distribuição dinâmica, o ônus da prova recai sobre quem tiver melhores condições de produzi-la, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso”. Data do julgamento 22/10/2013, 3ª Turma, Relatoria Ministra Nancy Andrighi.¹⁴⁷

Tal teoria também é aplicada em casos de erros médicos, vejamos:

A utilização da técnica de distribuição dinâmica da prova, que se vale de atribuir maior carga àquele litigante que reúne melhores condições para oferecer o meio de prova ao destinatário que é o juiz (...) 2. Quando a aplicação dos contornos tradicionais do ônus probatório na legislação processual civil não socorre a formação de um juízo de convencimento sobre a formação da culpa do médico, a teoria da carga dinâmica da prova, importada da Alemanha e da Argentina, prevê a possibilidade de atribuir ao médico a prova da sua não culpa, isto é, não incumbe a vítima demonstrar a imperícia, a imprudência ou a negligência do profissional (...). TJ/RS. EI 70017662487, J. 31/08/2007.¹⁴⁸

Ainda:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. HOSPITAL. CIRURGIA DE CATARATA. CEGUEIRA. AUSÊNCIA DE PRONTUÁRIO E REGISTROS PRÉVIOS E DO PRÓPRIO PROCEDIMENTO. IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE DECORRENTE. APLICAÇÃO DA TEORIA DAS CARGAS PROCESSUAIS DINÂMICAS. 1. RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL. A responsabilidade civil de hospitais é de ordem objetiva, cumprindo investigar, para aferição desta, se o serviço prestado pelo nosocômio foi defeituoso ou não, nos termos do art. 14 do CDC. No que tange à prática médica, indissociável a averiguação do atendimento médico prestado, somente se responsabilizando o hospital por ato culposo ou doloso do profissional a ele vinculado (§4º do mencionado

¹⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: Resp: 1286704 SP. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24580852/recurso-especial-resp-1286704-sp-2011-0242696-8-stj/relatorio-e-voto-24580854>. Acessado em: 09/06/2015.

¹⁴⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 09/06/2015.

artigo 14), assim caracterizado defeito de serviço. 2. Não obstante se afaste a responsabilização objetiva imputada na sentença, há de responder o apelante pelos danos sofridos pela autora, notadamente por que não se houve com diligência no registro dos atendimentos médicos prestados, o que faz com que assuma o encargo da negligência, inviabilizado que restou a demonstração das condições prévias da paciente, e os próprios registros do ato cirúrgico. 3. Aplicação da teoria das cargas processuais dinâmicas. A autora se desincumbiu do seu ônus, dentro do que lhe era possível, trazendo documentos e testemunhas que comprovam os fatos que narrou na inicial. Não logrou comprovar o alegado erro médico, mas por falta dos réus. Estes, então, não se desincumbiram do seu ônus, porquanto não forneceram os elementos necessários para que a prova pericial fosse completa e também não demonstraram a inexistência do alegado erro médico. Comportamento que impõe responsabilização. 4. DANOS MORAIS. QUANTIFICAÇÃO. Sopesados os comemorativos do caso, a indenização deve ser reduzida, de molde a atender à tríplice função. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70048648190, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 30/05/2012)¹⁴⁹

O entendimento jurisprudencial foi no sentido de recair o ônus sobre quem tenha melhores condições para produzi-la.

Tal posicionamento decorre da releitura de princípios constitucionais, dentre eles a concretização do acesso à justiça. Sendo assim, cabe a parte jurisdicionada, não apenas a previsão do direito material, mas também a possibilidade de provar que sua alegação merece ser acolhida.¹⁵⁰

Neste contexto, observou-se que o sistema estático não estava mais atendendo a uma parcela significativa de jurisdicionados, por não possuírem estes, paridade de armas para ter deferida a sua pretensão.

Assim, com amparo no posicionamento de renomados processualistas, a construção jurisprudencial foi decisiva, pois inaugurou uma nova fase no processo civil, na qual se reconheceu a insuficiência do atual sistema e a partir deste ponto, passou-se a buscar novas alternativas com vistas a mitigar as regras estáticas de distribuição do ônus da prova.

A este respeito Miguel Kfoury Neto nos ensina:

¹⁴⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 09/06/2015.

¹⁵⁰ RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. A dinamização do ônus da prova. **Revista do Processo**, São Paulo, 2015, n. 240, p. 47.

Para evitar que isso aconteça, o juiz, em busca da verdade real, poderá atribuir a produção de determinada prova àquela das partes que se encontre em melhores condições de fazê-lo.¹⁵¹

Outro exemplo prático a respeito da impossibilidade do autor em realizar prova do fato constitutivo de seu direito, ocorreu nas ações de alimentos em que o filho, por vezes, não possuía a prova dos rendimentos auferidos pelo genitor. Posto que somente o pai tem condições de fazer prova de sua condição financeira.

Em situação similar estava o autor na ação de investigação de paternidade, pois dependia da aceitação da parte adversa em fornecer o material genético para cumprir com seu ônus de provar o fato constitutivo de seu direito.

Nesta última situação o STJ mitigou as regras de distribuição do ônus da prova e publicou a Súmula 301 com a seguinte redação “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.¹⁵²

Posteriormente, houve alteração no texto da Lei 8.560/1992, com a introdução no artigo 2º-A, parágrafo único confirmando o texto da súmula da Corte Cidadã.

Para tais situações, a regra estática do ônus da prova já não estava sendo adequada e, se aplicada, resultaria em uma decisão injusta, posto que latente a desigualdade entre as partes.

Neste contexto, a flexibilização do ônus da prova surge como uma alternativa viável para jurisdicionados que, pela regra estática, estariam totalmente desamparados e a margem da Lei.

Sob esta perspectiva, a teoria visa garantir àquela parte que não teria condições de produzir determinada prova, seja desonerada, redistribuindo o ônus para a aquela que tenha melhores condições de fazê-lo. Intervenção necessária para casos excepcionais, tais como os já mencionados.

¹⁵¹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais**. São Paulo: RT, 2010. p. 80.

¹⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93003. Acessado em: 11/06/2015.

No sistema estático, se ignoram as desigualdades materiais das partes, bem como as condições de produzir determinada prova, a capacidade técnica e financeira, fato que resulta em inúmeras críticas.¹⁵³

Impende registrar que o sistema dinâmico de prova é subsidiário, portanto, será adotado como uma opção para os casos especiais. Assim, a utilização desta sistemática deve se dar de maneira restrita.

A luz do exposto no artigo 373, §1 do CPC diante da peculiaridade do caso concreto aliado a impossibilidade ou a excessiva dificuldade de cumprir o encargo poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso.

Para Vicente Higinio Neto as cargas probatórias:

(...) consistem no deslocamento da posição da parte, em relação do ônus da prova. A carga probatória é atribuída a quem, pelas circunstâncias do caso, se encontre em melhores condições para dela se desincumbir, pouco importando tratar-se do autor ou do réu.¹⁵⁴

Portanto, cabe ao magistrado, na análise do caso concreto observar qual das partes terá melhores condições de cumprir com o ônus de determinada prova.

A luz desta teoria espera-se uma postura mais ativa do juiz preocupado com a busca pela verdade real, o que vem sendo chamado de poderes instrutórios do estado juiz.¹⁵⁵

Com isso, o magistrado tem o dever de interferir na relação com vistas a garantir a igualdade de armas, ou seja, permitir uma igualdade real entre os jurisdicionados.

Nas palavras de Elias Marques de Medeiros Neto: (...) a adoção de um modelo cooperativo do Processo Civil, próprio do Estado Constitucional, com um juiz como diretor do processo, promovendo o diálogo entre as partes, com observância do contraditório.¹⁵⁶

¹⁵³ MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do projeto de novo código de processo civil. **Revista do Processo**: São Paulo, n. 208, 2012, p. 302.

¹⁵⁴ HIGINIO NETO, Vicente. **Ônus da prova**: teorias da redução do módulo da prova e das provas dinâmicas e compartilhadas. Curitiba: Juruá, 2010. p. 112.

¹⁵⁵ MORAES, Denise Maria Rodriguez. A dinamização da regra de distribuição do ônus da prova como instrumento de busca da verdade e de efetivação da justiça. **Revista do Processo**. São Paulo, dez. de 2013, v. 38, n. 226, p. 65-66.

¹⁵⁶ MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Breves Apontamentos sobre o regime da prova no projeto de um novo código de processo civil: uma leitura em conformidade com a efetividade e a

A par de tais conceitos é que se permite a relativização do sistema estático, posto que com isso o resultado final do processo, ou o que se espera, será a isonomia processual das partes e uma sentença mais justa.¹⁵⁷

Assim, o que passa a ser relevante é a análise do caso concreto, a natureza do direito posto e a condição de dificuldade excessiva de uma parte na produção da prova e a maior facilidade da outra.

Logo, o critério para aplicação da dinamização do ônus da prova é *ope iudicis* e não *ope legis*, o que implica dizer que a limitação dos poderes instrutórios do julgador não pode desrespeitar os princípios do contraditório e da ampla defesa.¹⁵⁸

Além do ativismo judicial, espera-se uma mudança de postura das partes no sentido de que estas passem a colaborar na busca pela verdade real, observando-se os princípios processuais da solidariedade, da cooperação, da lealdade, da veracidade e da boa-fé.

Outra característica importante é a diferenciação entre a inversão do ônus da prova e a dinamização. Trata-se de institutos distintos, o primeiro aplicável às relações de consumo e ocorre mediante a inversão integral do ônus probatório, observando-se os requisitos de verossimilhança das alegações ou hipossuficiência.¹⁵⁹

Ao passo que a dinamização será utilizada de forma subsidiária, depende de um pronunciamento judicial, que levará em conta as condições do caso concreto e a maior facilidade da outra parte na produção da prova e a impossibilidade de outra, permitindo-se com isso, o equilíbrio e igualdade de armas. Portanto, a dinamização deverá ser aplicada em casos excepcionais.¹⁶⁰

Por sua vez, não cabe a dinamização do ônus da prova se a parte contrária, assim como a outra, não possui melhores condições de produzir a prova. Dito isto, antes de decidir tais pontos, o julgador deverá analisar o caso em conflito.

A respeito deste tema Leonardo Greco escreveu:

proporcionalidade. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, v. 12, n. 84, jul/ago de 2013, p.12-13.

¹⁵⁷ BAZZANEZE, Thaís. Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios: análise à luz do devido processo legal e do acesso à justiça. **Revista do Processo**. São Paulo. Mar. de 2012, v.37, n. 205, p.70-71.

¹⁵⁸ HIGINO NETO, op. cit., p. 116-117.

¹⁵⁹ MACHADO, op. cit., p. 304-305.

¹⁶⁰ RODRIGUES, op. cit., p. 54-55.

Se nenhuma das partes tem facilidade de acesso à prova, a inversão pode representar a escolha ideológica do perdedor, o que compromete irremediavelmente a imparcialidade do juiz. Nesse caso, o juiz deve usar os seus poderes de iniciativa probatória, para tentar ir em busca das provas que não estão ao alcance das partes.¹⁶¹

Acompanhando o entendimento acima, Luiz Guilherme Marinoni explica:

(...) a dinamização do ônus da prova só pode ocorrer mediante o atendimento de suas condicionantes materiais e processuais: do ponto de vista material, requer-se a demonstração de que o caso concreto não pode ser solucionado, sem grave ofensa a paridade de armas, à luz da regra que distribui de maneira fixa o ônus da prova, e que a parte contrária àquela que teria o encargo de prova pode desempenhar o encargo probatório com maior facilidade. Do ponto de vista processual, requer-se fundamentação específica e atribuição do encargo probatório com a correlata oportunidade de provar, tudo, obviamente, precedido de amplo diálogo pelas pessoas do juízo.¹⁶²

Neste viés, impende registrar que não pode ser atribuído a parte adversa ônus impossível ou excessivo.¹⁶³

3 MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO PARA A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Além das características já mencionadas, é importante buscar elementos que permitam compreender como tais mudanças devem refletir na prática.

Cabe ao juízo a decisão acerca da dinamização do ônus da prova. O momento adequado, no entanto, será por ocasião do despacho saneador nos

¹⁶¹ GRECO, Leonardo. As provas no processo ambiental. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 128, out/2005, p. 48.

¹⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC Crítica e propostas**. São Paulo: RT, 2010, p. 103-104.

¹⁶³ GARCIA, André Almeida. **A distribuição do Ônus da prova e sua inversão judicial no sistema processual vigente e no projetado**. Revista do Processo: São Paulo, ano 37, n. 208, jun/2012, p. 106-107.

termos do disposto no artigo 357, III do CPC, sendo as partes intimadas da decisão.

Ainda, mesmo antes da aprovação do novo diploma processual, Arruda Alvim preconizava:

De um lado, há aqueles que defendem a necessidade de decisão interlocutória que determine a inversão, a ser proferida, preferencialmente, anteriormente à instrução probatória, de modo a não ferir os princípios do contraditório e da não surpresa; esta a posição correta.¹⁶⁴

Para o ilustre doutrinador, a dinamização deverá ocorrer antes da instrução processual e garantir a parte que se desincumba do seu ônus.

No mesmo sentido, Graziella Ambrosio escreveu:

Ao magistrado compete alterar o modelo clássico de distribuição do ônus da prova, de ofício ou a requerimento da parte interessada, em decisão fundamentada, no início da fase instrutória, evitando que a parte dinamicamente onerada seja pega de surpresa, pois a teoria em comento não tem cunho punitivo, mas o de incentivar a efetiva colaboração das partes no processo. Importa ressaltar, ainda, que a aplicação dessa teoria não necessita recair sobre todos os fatos objeto da controvérsia, podendo se dar quanto a apenas um ou alguns deles, relativamente aos quais reste constatada a dificuldade séria ou a impossibilidade prática da parte a quem inicialmente recairia o ônus da prova, bem como a facilidade probatória da parte contrária”.¹⁶⁵

O legislador acolheu o entendimento doutrinário, inclui no atual CPC o artigo 357, III, que trata do momento processual adequado para a decisão o momento de definir a distribuição do ônus da prova, como posto no artigo 373 do mesmo diploma processual.

O § 1º do referido artigo esclarece que, após a intimação, as partes têm o direito de requerer esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo de 5 dias. Em caso de silêncio das partes, a decisão se tornará estável.

Convém destacar que o princípio da cooperação e o da proibição de decisão surpresa não autoriza que a dinamização do ônus da prova ocorra na

¹⁶⁴ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 16. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 1004.

¹⁶⁵ AMBROSIO, Graziella. **A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 66.

sentença, o que impossibilitaria a parte de se desincumbir do seu ônus. Desta feita, a decisão deverá ser prévia e fundamentada.¹⁶⁶

Corroborando com o tema, Francisco de Barros e Silva Neto escreveu:

Por este motivo, o provimento que dinamiza o ônus da prova deve sofrer os efeitos da preclusão, evitando-se as alterações de conteúdo decorrentes do mero aprofundamento da cognição, sob pena de, a cada momento, redefinirem-se os encargos, impondo-se o retorno do processo ao início da fase de instrução.

Sendo assim, no silêncio das partes a decisão deverá se estabilizar, cabendo à parte se desincumbir do ônus que lhe cabe.

Por outro lado, caso esta não concorde com o deslocamento do ônus da prova deve sujeitar a reanálise do tribunal por meio de Agravo de Instrumento, consoante artigo 1.015, XI do CPC.

Ainda, o § 2º do artigo 357 estabelece que as partes podem, delimitar, de forma consensual a matéria de fato ou de direito previstas nos incisos II e IV do artigo em questão. Em sendo homologado o convencionado, há vinculação entre as partes e o juízo.

Sobre a modificação convencional do ônus da prova escreveu Luiz Guilherme Marinoni: “Trata-se, portanto, de verdadeiro negócio jurídico processual, admitido desde que satisfeitos os requisitos para a validade de qualquer negócio jurídico (agentes capazes, objeto lícito e forma admitida em lei)”.¹⁶⁷

Por certo que tal conduta é uma faculdade concedida às partes e não uma obrigatoriedade e tem como objetivo dinamizar o andamento do processo.

Ainda, o §3º do artigo 373 deixa claro que tal convenção não poderá recair sobre direito indisponível ou tornar a obrigação excessivamente onerosa à parte.

O parágrafo seguinte deixa claro que tal composição poderá ser ocorrer judicialmente ou extrajudicialmente e será reanalisada em juízo sob a ótica do princípio da boa-fé.¹⁶⁸

¹⁶⁶ BAZZANEZE, op. cit., p. 82-83.

¹⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 217.

¹⁶⁸ MOUZALAS, Rinaldo; ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Distribuição do ônus da prova por convenção processual. **Revista do Processo**. São Paulo, v. 40, n. 240, fev./2015, p. 403-404.

Caberá às partes informarem ao juízo a respeito da alteração na distribuição do ônus da prova antes ou até o despacho saneador.

Rinaldo Mouzalas¹⁶⁹ relata um caso em que as partes acordaram que haveria alteração no ônus da prova. A situação foi a seguinte: a primeira empresa adquiriu uma máquina, a qual fora produzida pela empresa Y. O equipamento apresentou defeito já nos primeiros dias, tendo a empresa procurado à assistência técnica, mas sem êxito na solução do defeito.

Próximo à data final da garantia a empresa adquirente ajuizou ação de obrigação de fazer, com o fim de obrigar a empresa fabricante a substituir o equipamento. Devidamente citada à empresa Y ofertou contestação.

Em sede de audiência, as partes convencionaram que a prova acerca do defeito da máquina seria da requerida, invertendo-se o ônus no que toca a este ponto.

Apresentada a proposta de honorários periciais, a requerida argumentou ser elevado o valor e que não teria mais interesse na produção de tal prova, nem na produção de outras provas, pugnando pelo julgamento antecipado do feito.

Sobreveio sentença que julgou improcedente o pedido inicial, posto que não havia prova do alegado defeito e que a empresa Y não poderia produzir prova contra si.

De acordo com o CPC a parte que assumir o ônus sofrerá as consequências, presumindo-se verdadeiro as alegações da parte adversa. Assim, o magistrado deverá presumir o defeito na máquina e não premiar a parte que não agiu com lealdade processual.

Não obstante, o artigo 379 do CPC menciona que resta preservado o direito de não produzir prova contra si próprio, tal disposição certamente irá suscitar muitas dúvidas, das quais só a prática forense poderá nos responder.

Num primeiro momento, parece contraditório permitir a dinamização do ônus da prova e aceitar que a parte tenha resguardado seu direito de não produzir prova contra si.

Outra alteração, diz respeito à designação de audiência para o saneamento do feito, conforme disposto no §3º do artigo 357 do CPC, vejamos:

Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, **deverá** o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em

¹⁶⁹ MOUZALAS; ATAÍDE JR, op. cit., p. 416-418.

cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações. (grifei)¹⁷⁰

Um dos primeiros requisitos fixados pelo legislador diz respeito a complexidade da causa. Nestes casos, de plano se excluem as causas em tramite no âmbito dos juizados especiais, vez que se trata de lides de menor complexidade.

Com a inserção do parágrafo terceiro, para as lides complexas quer seja em matéria de fato ou de direito, deve o julgador designar a audiência na qual haverá o saneamento em cooperação.

No atual sistema conforme artigo 331, §2º, o juiz fixa os pontos controvertidos, decidindo as questões processuais pendentes e determina as provas a serem produzidas, designando a audiência de instrução, se for o caso.

Para o Código Processo Civil vigente o despacho saneador nas causas complexas deverá ser feito em audiência e não em gabinete, oportunidade em que o juiz poderá ouvir as partes acerca dos pontos controvertidos, bem como quais as provas pretendem produzir.

Com isso, pretendeu o legislador dar maior celeridade, mediante o diálogo e participação das partes e do juízo, com vistas a alcançar a verdade real.

4 CONCLUSÃO

A dinamização do ônus da prova no Código de Processo Civil vigente é assunto muito discutido no meio jurídico.

É bem verdade que há inúmeras críticas contra esta teoria, em especial no que toca a segurança jurídica. A corrente contrária defendia que não havia critérios legais fixados para nortear o julgador.¹⁷¹

Com a introdução da dinamização do ônus da prova no atual Códex processual, atualmente, há parâmetros legais para sua aplicação, mas convém lembrar que, somente com a utilização do dispositivo legal é que se poderá obtemperar acerca da matéria.

¹⁷⁰ ROQUE, Andre; et. al. **Novo CPC anotado e comparado**. São Paulo: Foco, 2015, p. 237.

¹⁷¹ AMBROSIO, op. cit., p. 86.

Importante ter em mente que a medida da dinamização será utilizada de forma excepcional e subsidiária, não podendo ser banalizada. Em princípio, o que vale para todas as lides é a regra estática, para alguns casos é que ocorrerá a dinamização do ônus, por análise do juízo, e em decisão fundamentada.¹⁷²

Antes da decisão deverá o juiz analisar o caso concreto, observar as peculiaridades, com o intuito de certificar se há igualdade de armas, ou seja, se ambas as partes possuem condições de produzir as provas hábeis para o deslinde do feito. A discrepância neste ponto aliada à complexidade da causa resultará no saneamento em cooperação.

De igual forma, o legislador ao incluir este novo sistema, também resguardou a parte prejudica, na medida em que esta poderá agravar da decisão.

O problema maior ocorrerá se a decisão for reformada. Neste caso, deverá ser reaberta a instrução probatória, gerando um retrabalho e, via de consequência, um atraso no andamento processual.¹⁷³

A comissão de juristas ao introduzirem a dinamização do ônus da prova tinha como escopo permitir um maior acesso a justiça de forma efetiva, além da igualdade material.¹⁷⁴

O sentido de acesso à justiça está intimamente ligado com a ideia de facilitar o direito da parte em produzir prova que a princípio seria impossível, o que resultaria numa improcedência, resultado que não seria útil, pois o acesso a justiça vai além do direito de ingressar com a ação, mas está ligado ao direito de receber uma decisão justa.

Com efeito, também restou claro que a dinamização não é uma inversão do ônus da prova.

Outro ponto bastante preocupante diz respeito ao direito da parte de não produzir prova contra si, este talvez, seja o maior ponto de dificuldade da dinamização do ônus da prova.

Pois há uma grande diferença entre produzir determinada prova, acreditando que esta acompanhe a sua tese e não ao contrário, produzir prova para confirmar a tese adversa.

¹⁷² PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **Ônus da prova e o projeto de código de processo civil**. São Paulo: RT, nov./2011, 913, p. 313-314.

¹⁷³ SILVA, Francisco de Barros e Neto. Dinamização do ônus da prova no novo código de processo civil. **Revista de Processo**. São Paulo. v. 40, n. 239, 2015, p. 418.

¹⁷⁴ RODRIGUES, op. cit., p. 56.

Por isso, grande é a preocupação dos casuísticos, na medida em que cada prova produzida será valorada pelo magistrado, ou seja, contribuir para uma prova que talvez não lhe seja interessante.

Neste contexto, manter a dinamização do ônus da prova sob o fundamento do dever de colaboração entre as partes, quando cada parte pretende apenas ver o acolhimento de seus argumentos não parece ser a melhor forma de resolver o conflito.

Ainda, há críticas acerca da decisão de saneamento, nas causas complexas, ser em cooperação com as partes na audiência de saneamento, o que irá resultar em sobrecarga das pautas, não parece que tal decisão foi acertada.

Nesse passo, se o juiz deve dar o mesmo peso a palavra do autor e do réu, a vista disso, como valorar qual das partes terá maior ou menor dificuldade na produção da prova, se o processo, ainda na fase inicial e carente de provas.

Assim, como decidir acerca de tais questões, na prática, é impossível exigir do juízo que preveja todas as situações.

A intenção da comissão de doutrinadores, certamente, foi a melhor possível, agora nos resta é aguardar como tais alterações devem ocorrer na prática, se para benefício das partes ou para sobrecarga de trabalho dos advogados, juízes e serventuários da justiça.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 16. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 1004.

AMBROSIO, Graziella. **A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 66.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: Resp: 1286704 SP. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24580852/recurso-especial-resp-1286704-sp-2011-0242696-8-stj/relatorio-e-voto-24580854>. Acessado em: 09/06/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93003. Acessado em: 11/06/2015.

BAZZANEZE, Thaís. Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios: análise à luz do devido processo legal e do acesso à justiça. **Revista do Processo**. São Paulo. Mar. de 2012, v.37, n. 205, p. 70-71.

GARCIA, André Almeida. **A distribuição do Ônus da prova e sua inversão judicial no sistema processual vigente e no projetado**. Revista do Processo: São Paulo, ano 37, n. 208, jun/2012, p. 106-107.

GRECO, Leonardo. As provas no processo ambiental. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 128, out/2005, p. 48.

HIGINO NETO, Vicente. **Ônus da prova**: teorias da redução do módulo da prova e das provas dinâmicas e compartilhadas. Curitiba: Juruá, 2010. p. 112.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais**. São Paulo: RT, 2010. p. 80.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC Crítica e propostas**. São Paulo: RT, 2010, p.103-104.

MARINONI. Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 217.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do projeto de novo código de processo civil. **Revista do Processo**: São Paulo, n. 208, 2012, p. 302.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Breves Apontamentos sobre o regime da prova no projeto de um novo código de processo civil: uma leitura em conformidade com a efetividade e a proporcionalidade. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, v. 12, n. 84, jul/ago de 2013, p. 12-13.

MORAES, Denise Maria Rodriguez. A dinamização da regra de distribuição do ônus da prova como instrumento de busca da verdade e de efetivação da justiça. **Revista do Processo**. São Paulo, dez. de 2013, v. 38, n. 226, p. 65-66.

MOUZALAS, Rinaldo; ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Distribuição do ônus da prova por convenção processual. **Revista do Processo**. São Paulo, v. 40, n. 240, fev./2015, p. 403-404.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **Ônus da prova e o projeto de código de processo civil**. São Paulo: RT, nov./2011, 913, p. 313-314.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 09/06/2015.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. A dinamização do ônus da prova. **Revista do Processo**, São Paulo, 2015, n. 240, p. 47.

ROQUE, Andre; et. al. **Novo CPC anotado e comparado**. São Paulo: Foco, 2015, p. 237.

SILVA, Francisco de Barros e Neto. Dinamização do ônus da prova no novo código de processo civil. **Revista de Processo**. São Paulo. v. 40, n. 239, 2015, p. 418.

A EXECUÇÃO DE ALIMENTOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Monica de Melo Viana Concienci

Pós-Graduanda em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná, núcleo Maringá (2016). Pós-Graduada em Direito Civil, Processual e do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogada.

RESUMO

O presente estudo versará sobre as alterações na execução de alimentos desde o Código de Processo Civil de 73, com o advento da Lei 11.232/2005 e o novo CPC. Será realizada uma breve explanação sobre os alimentos no Código Civil, as características do procedimento de execução, como também as mudanças introduzidas pelo Código de Processo Civil de 2015, no que tange ao rito da execução de alimentos. Ainda sobre o tema, será tratado sobre o procedimento adotado no novo CPC no caso de inadimplência da obrigação alimentar, as quais acarretarão consequências mais severas ao devedor de alimentos. Concluindo, será tratado sobre os pressupostos de execução da obrigação alimentar, a qual passou a prevalecer sob quatro hipóteses distintas.

Palavras Chaves: Obrigação alimentar; Execução de alimentos; Execução de Alimentos no novo CPC.

ABSTRACT

This study addresses the modifications on the food execution regarding the 1973's Civil Procedure Code, with the enactment of Law no. 11.232/2005, and the new CPC. Food in the new Civil Code, the characteristics in the execution procedures, as well as the modification introduced by the 2015's Civil Procedure Code, concerning the food execution policy, will be briefly explained. Still regarding this subject, it will be considered the procedure adopted in the current Civil Procedure Code in the case of a default, which will cause heavier consequences to the food debtor. In addition, it will deal with the assumptions of the execution of food obligations, which has prevailed over four different hypothesis.

Keywords: Food obligation; Food Execution; Food Execution under the new CPC.

1 INTRODUÇÃO

A família é certamente o mais importante e fundamental núcleo da sociedade. Todavia, apesar dos vínculos pré-existentes como parentesco,

afetividade, nem sempre suas relações são pacíficas. O instituto da obrigação alimentar sempre foi um assunto considerado de muita importância para o ordenamento jurídico, por ser a base para a sobrevivência digna de qualquer indivíduo.

Desta forma, os “alimentos” significam mais que mera nutrição, mas o que é necessário para o pleno atendimento das necessidades humanas.

Considerando a relevância dos alimentos, os quais primordiais à sobrevivência do alimentando, a obrigação insatisfeita inevitavelmente proporciona resultados danosos ao credor da prestação alimentícia. Visando maior celeridade, o sistema processual trata esse crédito de forma diferenciada, buscando a satisfação do alimentando com a maior efetividade possível.

O novo Código de Processo Civil traz novas medidas processuais inibitórias ao descumprimento da obrigação, as quais certamente minimizarão a inadimplência dos débitos alimentares.

2 DOS ALIMENTOS E DA SUA CLASSIFICAÇÃO

Os alimentos são certamente um dos institutos mais importantes no Direito de Família, pela própria característica da subsistência, de ser o meio de garantir as condições vitais para quem não pode prover o próprio sustento. Diversos autores formularam conceitos sobre os alimentos, os quais são classificados pela natureza do instituto, em razão da causa jurídica, e de acordo com o momento em que a obrigação alimentar é concedida.

Segundo Orlando Gomes, os alimentos:

São prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. Têm por finalidade fornecer a um parente, cônjuge ou companheiro o necessário à sua subsistência. Quanto ao conteúdo, os alimentos abrangem, assim, o indispensável ao sustento, vestuário, habitação, assistência médica, instrução e educação.¹⁷⁵

Consoante a redação do art. 1920 do CC, “O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor”. ou seja, entende-se por alimentos o

¹⁷⁵ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 427.

valor destinado a prover a subsistência digna da pessoa, necessário ao seu sustento, moradia, vestuário, saúde e a educação, imprescindível ao seu desenvolvimento pessoal.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, o vocábulo “alimentos” deve ser entendido de uma forma mais ampla do que mera nutrição. Em síntese, a expressão “alimentos” no campo jurídico é bem mais abrangente que “comida” no sentido literal, podendo ser conceituado como tudo o que é necessário para que a pessoa se desenvolva com dignidade.¹⁷⁶

Conforme leciona Silvio Venosa, no que se refere a natureza dos alimentos, estes podem ser naturais ou civis, também denominados cômputos. Os alimentos naturais atendem as necessidades básicas do alimentando quanto a sua subsistência, enquanto os alimentos civis buscam atender a manutenção do padrão social do alimentante.

No concernente a causa jurídica, os alimentos podem ser legítimos ou legais, os quais são os disciplinados em lei, que nascem das relações de família decorrentes do casamento, parentesco ou união estável. A voluntariedade é outra causa jurídica dos alimentos, pode ocorrer por ato em vida ou via testamentária.¹⁷⁷

Os alimentos podem também ser classificados de acordo com o momento da fixação da obrigação.

Durante anos a doutrina não foi pacífica em relação aos alimentos provisórios e provisionais. Alguns doutrinadores consideravam os alimentos provisórios e os provisionais como sinônimos, entretanto, essa premissa não era unânime, conforme preconiza Sérgio Gilberto Porto ao afirmar que:

Ambos têm a mesma finalidade, pois são concedidos de forma temporária para que a parte necessitada se assegure dos meios suficientes para sua manutenção no decorrer da demanda; representam os chamados alimentos ‘*ad litem*’ ou ‘*expensa lites*’.¹⁷⁸

¹⁷⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 455.

¹⁷⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

¹⁷⁸ PORTO, Sérgio Gilberto. **Doutrina e prática dos alimentos**. 4. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 20.

Sobre o tema, Silvio Venosa assegura que “(...) provisórios ou provisionais, pouco importando a denominação, sua compreensão e finalidade são idênticas”.¹⁷⁹

Maria Berenice Dias ressalta que devido á dificuldade de diferenciação dos alimentos provisórios e provisionais, o novo CPC deixou de prevê-los. Considerando que sendo solicitados alimentos em juízo, em face da urgência da demanda, serão concedidos, não importando para tanto o título proposto.¹⁸⁰

Segundo a supramencionada autora, as ações de alimentos provisórios podem ser concedidas cumulativamente com demandas referentes a divórcio, reconhecimento de união estável, investigação de paternidade, separação de corpos, nulidade e anulação de casamento. Sua finalidade é promover uma antecipação do próprio pedido final, possibilitando meios para a manutenção do alimentando durante o curso do processo. Trata-se, portanto, de tutela antecipada de caráter satisfativo. Em relação aos alimentos gravídicos, devido á necessidade do nascituro, a obrigação alimentar do pai pode ser estabelecida desde a concepção.¹⁸¹

Os alimentos provisórios, conforme sua denominação revela, são devidos durante o curso da demanda. Comprovando-se a existência do vínculo familiar, o julgador deve fixá-los na forma do artigo 4º da lei nº 5.478/68 (lei de alimentos), entretanto, eles se tornam exigíveis somente a partir da citação do devedor. Em relação aos alimentos provisórios, os mesmos serão fixados pelo juiz liminarmente em despacho inicial, ou num curso de um acordo homologado judicialmente. Já os alimentos definitivos são concedidos por sentença judicial de mérito.¹⁸²

Os alimentos são um direito personalíssimo, não se admitindo cessão, compensação, renúncia nem transação a respeito deles. Desta forma, também não pode ser penhorado. Seus valores não são fixos, podendo ser revistos sempre que as condições necessárias a sua existência apresentarem alterações. Entre outras características importantes a respeito dos alimentos,

¹⁷⁹ VENOSA, op. cit., p. 358.

¹⁸⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 606.

¹⁸¹ Idem.

¹⁸² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p. 626.

estão a sua imprescritibilidade e irrepetibilidade, a qual nesta última, não se admite que a quantia paga seja restituída.¹⁸³

3 DA OBRIGAÇÃO DE ALIMENTOS

Segundo Flávio Tartuce, apesar de não expresso no texto constitucional, o afeto, seguramente é o principal fundamento das relações em família, por ser decorrente da valorização da dignidade humana.¹⁸⁴

Destarte, no art. 3º, I, da CF, temos reconhecido o princípio da solidariedade, o qual expressa o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Como a família é considerada a base da sociedade (art. 226, CF), este princípio repercute na condução das relações familiares, em que os membros de uma família devem colaborar com os demais para que tenham uma subsistência digna.¹⁸⁵

A solidariedade deve reger todas as relações sociais, principalmente as relações de família, já que trata-se de pessoas do mesmo núcleo familiar, e conviveram juntas não por uma imposição da lei, mas porque partilharam de afetos e deveres em comum. Observa-se que o dever de solidariedade, ou seja, da ajuda recíproca, previsto no art. 1694 do Código Civil, se refere ao cuidado com os integrantes da família, a preocupação com o bem estar de seus membros.

Quanto à obrigação alimentar entre cônjuges e companheiros, a mesma é mútua, estendida para pais e filhos e a todos os ascendentes, sucessivamente, recaindo no mais próximo grau, conforme assegura o art. 1.696, do Código Civil.

Salienta-se que a prestação de alimentos, além de uma obrigação moral é também uma obrigação legal. O dever de sustento é resultado de imposição legal determinada a pessoas ligadas pelo vínculo familiar, a qual deve ser cumprida plenamente, tal como o dever de sustento do pai aos seus filhos menores.

O Estado tem pleno interesse no cumprimento dessa obrigação, conforme leciona Carlos Roberto Gonçalves “O Estado tem interesse direto

¹⁸³ DINIZ, op. cit., p. 626.

¹⁸⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 24.

¹⁸⁵ Ibid, p. 24..

no cumprimento das normas que impõem a obrigação legal de alimento, pois a inobservância ao seu comando aumenta o número de pessoas carentes e desprotegidas, que devem, em consequência, ser por ele amparadas”.¹⁸⁶

Embora as partes reconheçam os laços familiares, muitas vezes, os ressentimentos e mágoas “confundem” o alimentante quanto ao cumprimento dos deveres. Contudo, a obrigação alimentar é expressa na lei, e, portanto, exigível por quem tem direito.

Da mesma forma que a lei determina a obrigação alimentar, não deseja que o obrigado sacrifique o seu próprio sustento em prol da referida obrigação. Igualmente, quem não pode prover a sua própria subsistência, mesmo temporariamente, não pode ser abandonado à própria sorte. Entende-se que é necessário observar a proporcionalidade das condições econômicas de um e as necessidades de outro. Neste sentido, o binômio necessidade *versus* possibilidade é extraído pela redação do art. 1694, § 1º do Código Civil, o qual assegura que “os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”.¹⁸⁷

A obrigação de alimentos está presente tanto no Código Civil, na Lei de alimentos 5478/1968, como também no Código de Processo Civil.

4 DO INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

Sobre o inadimplemento da obrigação familiar, a constituição federal dispõe: “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a de responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel” (art. 5º, LXVII). Todavia, está sumulada (súmula vinculante 25 do STF,¹⁸⁸ Súmula 419 do STJ¹⁸⁹) a impossibilidade da prisão do depositário infiel.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni:

¹⁸⁶ GONÇALVES, op. cit., p. 456.

¹⁸⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 25. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268. Acesso em: ago. de 2016.

¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 419. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/.../stj-revista-sumulas-2014_40_capSumula419.pdf. Acesso em: ago. de 2016.

(...) o crédito alimentar pode derivar de imposição legal, de ato voluntário ou ato ilícito. Independentemente de sua origem, quando se tratar de crédito pecuniário, é preciso manter o seu valor real, constituindo-se o que se chama de dívida de valor. Neste sentido, a importância fixada como alimentos (pouco importando a espécie de alimentos em questão) deve ser periodicamente reajustada, segundo os índices oficiais do art. 1710 do código civil.¹⁹⁰

Ainda sobre o tema, Maria Helena Diniz leciona que a ação de alimentos configura-se como meio técnico para exigi-los, considerando presentes os pressupostos jurídicos. Apesar do direito aos alimentos ser imprescritível, em relação aos pagamentos atrasados o prazo é de dois anos, conforme redação do art. 206, § 2º do Código Civil. O foro competente é do alimentando.¹⁹¹

Em tese, o processo em fase de execução na obrigação alimentar tem como objetivo a efetividade da prestação jurisdicional, mediante a prática de procedimentos respectivos ao cumprimento de sentença. Essa etapa ocorre quando há o reconhecimento da existência de uma obrigação a ser cumprida pelo obrigado, ou dever de realizar uma obrigação, reconhecida em sentença.

Na execução, os procedimentos são adequados às espécies em questão.¹⁹²

5 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS DA EXECUÇÃO DE ALIMENTOS

5.1 EXECUÇÃO DE ALIMENTOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

No CPC de 1973, a regra era de que para receber as prestações de obrigação alimentar vencidas, o credor de alimentos poderia utilizar o art. 732, conforme texto expresso “A execução de sentença que condena ao pagamento de prestação alimentícia, far-se-á conforme o disposto no capítulo

¹⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: execução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 382.

¹⁹¹ DINIZ, op. cit., p. 625.

¹⁹² CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 335.

IV desse título”. Dessa forma, aplicava-se o mesmo procedimento utilizado no processo de execução por quantia contra devedor solvente.¹⁹³

A regra era, portanto, pautada no descumprimento da obrigação alimentar referente as três últimas parcelas, caso o exequente desejasse, poderia requerer a prisão do devedor, como forma de coerção, ou seja, pressão psicológica e estímulo a realização da obrigação em questão.¹⁹⁴

Contudo, o crédito o qual possibilitava a citação para o pagamento sob pena de prisão, era pertinente somente as três últimas parcelas inadimplidas. Quanto aos demais créditos seguiriam as regras da execução.

Segundo a redação do art. 733 da legislação processual anterior, o devedor após citado, poderia no prazo de três dias, pagar ou provar que já pagou, ou ainda, justificar a impossibilidade de fazê-lo.

Ainda segundo a súmula 309 do STJ, “o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”.

Dos atos que o Estado pode praticar para o efetivo cumprimento da obrigação alimentar, a prisão é a sanção prevista para o devedor da obrigação de alimentos. Conforme já mencionado anteriormente, o Estado tem interesse direto no cumprimento das normas que compõe a obrigação de alimentos.

Sob o prisma do legislador processual Civil de 1973, era possível dar início a execução diante de dois regimes: execução pelo art. 732 (sob pena de penhora) ou execução pelo art. 733 (sob pena de prisão).

A prisão do devedor dos alimentos já era prevista no art. 732 do Código de Processo Civil de 1973, já na legislação vigente a alteração está expressa no art. 528, § 4º, a qual se refere a previsão do regime, o qual deverá ser fechado. No entanto, o devedor de alimentos deve ficar separado dos demais presos. Quanto ao prazo de um a três meses previsto no CPC/1973, o mesmo foi mantido.¹⁹⁵

Nos casos em que o devedor justificasse o seu inadimplemento, ou da mesma forma, regularizasse os pagamentos das prestações devidas, o cumprimento da ordem de prisão era suspenso pelo magistrado.

Ressalta-se que o réu preso, não era desobrigado do pagamento das demais prestações vencidas, como também das vincendas.

¹⁹³ DIDIER JUNIOR, Fredie (org.) **Novo CPC doutrina selecionada: execução**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 595.

¹⁹⁴ Idem.

¹⁹⁵ MACHADO JUNIOR, Dario Ribeiro. et al. **Novo código de processo civil: anotado e comparado: lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 528.

5.2 LEI 11.232/2005 – DISPÕE SOBRE CUMPRIMENTO DE SENTENÇAS

Com a Lei 11.232/2005, houve alteração na fase de cumprimento de sentença, embora os artigos 732 e seguintes permaneçam inalterados.

Mediante a criação da lei, tornou-se desnecessário o ingresso de um processo autônomo para a satisfação da sentença.

A criação da fase de cumprimento de sentença direcionou a doutrina e jurisprudência para duas hipóteses: a execução de alimentos poderia ser realizada sob pena de prisão para os débitos recentes, e sob pena de penhora no caso dos débitos anteriores.

A diferença de ambas é que na primeira era necessário um novo processo de execução, com citação do devedor e a última, não havia necessidade de novo processo, sendo utilizado o procedimento do cumprimento de sentença.

5.3 PRINCIPAIS ALTERAÇÕES DO NOVO CPC QUANTO A OBRIGAÇÃO DE ALIMENTOS

O novo Código de Processo Civil trouxe algumas alterações nas questões que envolvem obrigação alimentar, como também reiterou alguns dispositivos já previstos no CPC de 1973. O desconto da prestação alimentícia em folha de pagamento, já previsto anteriormente, inovou com o § 3º do art. 529, em que há a possibilidade de execução do débito anteriormente parcelado e vencido, desde que somado a parcela vincenda, não ultrapasse cinquenta por cento de seus ganhos líquidos.

Outro dispositivo novo é a possibilidade de verificada a conduta procrastinatória do executado, o juiz comunicar ao Ministério Público possível prática de abandono material (art. 532).

Todavia, as principais mudanças no novo CPC são as consequências para o devedor da obrigação alimentar como também os procedimentos da execução de alimentos. Mencionado anteriormente, o objetivo do legislador é propor maior celeridade ao processo, considerando a urgência da demanda.

Considerando as características do crédito alimentar, que é a necessidade real de sobrevivência do alimentando e o dever de prover do alimentante, a tentativa de coibir o adimplemento através da prisão civil, já prevista na Constituição Federal, e na legislação anterior, no art. 733, § 1º, subsiste no novo Código de Processo Civil com uma característica coercitiva mais severa, quando institui que a prisão do devedor inicia-se com o regime fechado. No código de 1973, a lei não define o regime prisional. Entretanto, há a determinação que o devedor deve ficar separado dos presos comuns.

Entende-se que o objetivo não é a prisão em si, mais estimular o adimplemento regular e desta forma, garantir a subsistência digna do alimentando.

Por fim, outra mudança importante é a possibilidade da decisão ser levada a protesto. De acordo com o art. 528, § 1º do novo CPC, no caso de inadimplemento do devedor, o juiz, a requerimento de exequente, intimará o devedor para que no prazo de três dias, pague o débito, prove que o efetuou ou apresente justificativa da impossibilidade absoluta da realização do mesmo. Caso não apresente nenhuma das alternativas, a decisão será levada a protesto ¹⁹⁶.

Na mesma linha, não sendo cumprida a prestação, de acordo com o art. 530 do atual Código de Processo Civil, o credor poderá requerer a execução mediante bens penhorados e expropriados.

Uma das alterações do código vigente foi a previsão de cumprimento de sentença sob pena de penhora, apesar de já utilizada no CPC de 1973, porém sem previsão legal.

Enfim, outro ponto relevante é a criação da execução de alimentos fundada em título executivo extrajudicial, sob pena de prisão e ou de penhora, conforme tratar-se de débito recente ou pretérito, primordial para o afastamento de questionamentos quanto à possibilidade de fixação de alimentos e prisão civil decorrentes de acordo extrajudicial.

¹⁹⁶ MACHADO JUNIOR, op. cit., p. 303.

6 HIPÓTESES NOS CASOS DE EXECUÇÃO SEGUNDO O CODIGO DE PROCESSO CIVIL VIGENTE

Com relação aos procedimentos em caso de inadimplência da obrigação alimentar, o atual Código de Processo Civil traz quatro hipóteses cabíveis nos casos de execução, sendo possível buscar a cobrança de alimentos por meio de:

- a) cumprimento de sentença, sob pena de prisão (arts. 528 a 533)
- b) cumprimento de sentença, sob pena de penhora (art. 528, § 8º);
- c) Execução de alimentos, fundada em título executivo extrajudicial, sob pena de prisão (arts. 911/912);
- d) Execução de alimentos, sob pena de penhora (art. 913).

A escolha da modalidade de cobrança depende tanto da sede em que os alimentos estão estabelecidos (título judicial ou extrajudicial) como do período que está sendo cobrado (se superior ou inferior a três meses).¹⁹⁷

6.1 CUMPRIMENTO DE SENTENÇA, SOB PENA DE PRISÃO (arts. 528 a 533)

O art. 528, § 3º do Código de Processo Civil vigente nos assegura que o credor de alimentos pode optar pela prisão, mediante a inadimplência de até 3 meses, antes do ajuizamento da execução. Como a necessidade do alimentando é premente, ele não pode aguardar três meses para alimentar-se, o que propõe o entendimento que basta um mês para ele propor a cobrança.

Contudo, a prisão é somente decretada diante do inadimplemento do crédito alimentar. Desta forma, se o devedor pagar, logicamente, está excluída a possibilidade de prisão.

Porém se a importância do título é paga e não foi realizado o pagamento dos encargos sucumbenciais, a execução tem prosseguimento para a efetiva cobrança do encargo moratório, agora sob o rito da expropriação, o qual segundo o § 1º do art. 523 o executado é intimado a

¹⁹⁷ DIDIER JUNIOR, op. cit., p. 598.

pagar em 15 dias, sob pena de incidir multa e 10% e honorários advocatícios, arbitrados no mesmo valor.¹⁹⁸

6.2 CUMPRIMENTO DE SENTENÇA, SOB PENA DE PENHORA (art. 528, § 8º, art. 530)

Seguindo-se o rito da expropriação, (CPC 523, §3 e art. 831), e mediante a inércia do devedor, deve ser pedido mandado de penhora e avaliação. Ainda conforme o art. 525, § 1º, o devedor pode apresentar impugnação, alegando os temas apontados no rol legal.

No caso de penhora de dinheiro, é possível o levantamento do valor da prestação, previsto no art. 528, § 8. Por se tratar de crédito alimentar, não é necessária a caução (art. 521, I). No caso de descumprimento da obrigação, segundo o art. 831, (o art. 530 nos remete ao art. 831) a penhora deverá recair sobre o número de bens necessários para o pagamento do valor principal, mais juros, custas e honorários advocatícios. Os artigos seguintes esclarecem os bens que a lei considera impenhoráveis. O art. 833 § 2º afasta a impenhorabilidade ao referir-se no Inciso IV sobre os vencimentos, subsídios, salários, remunerações, etc e no Inciso X relativo a poupança. Ressalta-se que a penhora será realizada prioritariamente em dinheiro (art. 835, § 1º).¹⁹⁹

6.3 EXECUÇÃO DE ALIMENTOS, FUNDADA EM TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL, SOB PENA DE PRISÃO (arts. 911/912 CPC)

Previsto no art. 911 do atual Código de Processo Civil, além das sentenças, os títulos executivos extrajudiciais permitem ameaçar o devedor com a prisão. A lei não faz distinção em relação a origem do título que dá possibilidade a cobrança da obrigação alimentar, podendo ser judicial ou

¹⁹⁸ DIAS, op. cit., p. 624.

¹⁹⁹ MACHADO JUNIOR, op. cit., p. 465.

extrajudicial, para que seja usada a via expropriatória ou a executória de coação pessoal ²⁰⁰.

Segundo o art. 784 II a IV do Código de Processo Civil vigente, são considerados títulos executivos extrajudiciais para fins de execução de alimentos: a escritura pública, o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas, o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal. Conforme o art. 911, parágrafo único, havendo previsão nestes documentos de obrigação alimentar, é possível a execução pelo rito de prisão. ²⁰¹

O art. 911 traz as novas regras da execução fundada em título extrajudicial de alimentos, a qual estabelece a obrigatoriedade de alimentos, no prazo de três dias, tanto das parcelas vencidas no início da execução, como das que vierem a vencer no curso do processo. O art. 912 traz em sua redação a alteração do artigo 734 do CPC de 1973, ao mencionar que o exequente poderá requerer o desconto em folha de pagamento de pessoal a importância da prestação alimentícia. A alteração buscou corrigir a inexatidão técnica da expressão “o juiz mandará descontar”, expressa no caput do referido artigo. ²⁰²

6.4 EXECUÇÃO DE ALIMENTOS, SOB PENA DE PENHORA (art. 913)

A constituição ao mencionar a possibilidade de prisão por inadimplemento de alimentos, não faz distinção quanto ao instrumento a ser utilizado. O art. 913, sem correspondente no CPC de 1973, tem como finalidade promover maior efetividade a execução de alimentos, possibilitando a opção de seguir o rito da execução comum por quantia certa (prevista nos arts. 824 e ss), a qual mesmo na pendência do julgamento de

²⁰⁰ DIAS, op. cit., p. 625.

²⁰¹ Idem.

²⁰² MACHADO JUNIOR, op. cit., p. 914.

embargos a execução recebido com feito suspensivo, é possível que o exequente levante mensalmente as importâncias devidas.²⁰³

7 CONCLUSÃO

O atual Código de Processo Civil tem como objetivo promover a execução de alimentos e desta forma, estabelecer medidas coercitivas mais rigorosas, como o claro intuito de garantir a subsistência do alimentando.

Observa-se que em vários casos de execução de alimentos, a inadimplência não ocorre exclusivamente por falta de recursos financeiros.

Da mesma forma, os pedidos de redução de alimentos muitas vezes ocorrem sem necessariamente estarem presentes a redução da capacidade financeira do devedor, nem tampouco alteração no binômio necessidade *versus* possibilidade. A obrigação com alimentos não é somente de caráter legal, mas de dever moral.

Conforme já mencionado, a obrigação com os laços consanguíneos nem sempre é suficiente para estabelecer um vínculo de afeto do devedor com o alimentando e de promover o compromisso com o mesmo.

Tende-se a ser responsável com o que se acredita, com o que se gosta.

Cuida-se do que se tem afeto, do que se sente fazer parte.

O principal ponto dessa discussão é a afetividade, requisito necessário, mas nem sempre presente nas relações familiares.

O sentido de “família” vai além da mera consanguinidade, ou seja, família e parente não são sinônimos, conforme expõe Fabrício Carpinejar:

Família é uma coisa, ser parente é outra. Identifico uma diferença fundamental. Amigos podem ser mais irmãos do os irmãos ou mães do que as mães.

Família vem de laços espirituais; parente se caracteriza por laços sanguíneos. As pessoas que mais amo no decorrer da minha existência formarão a minha família, mesmo que não tenham nada a ver com meu sobrenome (...).²⁰⁴

Dividir o teto não garante proximidade, o que assegura a afeição é dividir o destino.

²⁰³ CARPINEJAR, Fabrício. **Parente e família**. Disponível em: <http://carpinejar.blogspot.com.br/2015/09/parente-e-familia.html>carpinejar.blogspot.com/. Acesso em: ago. de 2016.

²⁰⁴ CARPINEJAR op. cit.,

As medidas coercitivas no atual código certamente trarão maior responsabilidade ao devedor. Houve significativa evolução no que se refere ao cumprimento da execução de alimentos. Pode-se observar considerável interesse pelo legislador ao propor maior celeridade da prestação jurisdicional. Entretanto, nenhum remédio jurídico será mais eficaz que a convivência pacífica e a reciprocidade entre as partes.

Se fosse possível resgatar ao menos o respeito mútuo que propiciou o convívio das partes, seria uma boa alternativa. O dialogo constrói, desmancha barreiras de rancor e indisposição.

Sabe-se que solidariedade e ajuda mútua, apesar da previsão constitucional, não depende somente da esfera jurídica.

Entretanto, o incentivo às audiências de conciliação e a mediação, previstos nos arts. 334 e 694 do código vigente, certamente irão contribuir para que as partes entendam que não há vencedor e vencido, e que juntas possam buscar soluções para os problemas em questão. Para tanto, é importante a quebra de paradigmas, principalmente para os que acreditam que cabe somente ao magistrado resolver todos os conflitos existentes. Para que realmente se alcance a celeridade processual tão almejada, o esforço recíproco de todos os envolvidos é primordial, no sentido de facilitar a comunicação entre as partes e a busca efetiva do consenso.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 25. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268. Acesso em: ago. de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 419. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/.../stj-revista-sumulas-2014_40_capSumula419.pdf. Acesso em: ago. de 2016.

CARPINEJAR, Fabricio. **Parente e família**. Disponível em: <http://carpinejar.blogspot.com.br/2015/09/parente-e-familia.html>carpinejar.blogspot.com/. Acesso em: ago. de 2016.

CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie (org.) **Novo CPC doutrina selecionada: execução**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO JUNIOR, Dario Ribeiro. et al. **Novo código de processo civil: anotado e comparado: lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: execução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Doutrina e prática dos alimentos**. 4. ed. São Paulo: RT, 2011.

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

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

ABANDONO AFETIVO NA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

Carolina Lago Dall'Agnol

Pós-Graduanda em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná, núcleo Curitiba (2016). Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Advogada.

RESUMO

O presente artigo trata sobre o abandono afetivo, seus efeitos e consequências. Atualmente, a família, como instituição, sofreu diversas modificações de modo que os laços biológicos foram suprimidos pelos laços afetivos, sendo estes a ligação principal entre os membros de uma família. Assim, o ordenamento jurídico precisou adequar-se a tais modificações, e, dessa forma, estabeleceu normas e princípios tutelando as relações baseadas no afeto, tendo em vista a importância da presença dos pais e/ou responsáveis para o sadio desenvolvimento psíquico da criança e do adolescente. Aborda-se, ainda, o melhor interesse da criança sob a ótica constitucional e infraconstitucional, notadamente quanto à importância da convivência familiar, à presença dos pais e/ou responsáveis na formação dos filhos, além de evidenciar a sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento e as decisões que devem atentar ao seu melhor interesse, como medida de proteção integral.

Palavras-chave: afetividade; Família; Proteção integral.

ABSTRACT

This study proposes to reflect the affective abandonment, its effects and consequences. Currently, the family as an institution has undergone several modifications so that biological ties were suppressed by emotional ties, which are the main link between the members of a family. Thus, the legal system had to adapt to such changes, and thus established rules and principles tutelary relations based on affection, given the importance of the presence of parents and / or responsible for the healthy child's psychological development and adolescents. It is also about the best interests of the child under the constitutional and infra-constitutional perspective, notably on the importance of family life, the presence of parents and / or guardians in the education of children, as well as show their peculiar personhood developing and decisions that should pay attention to your best interest as a measure of full protection.

Keywords: affection; family; full protection.

1 INTRODUÇÃO

Trata o presente trabalho de abandono afetivo parental. A delimitação do tema reflete um compromisso com a proteção integral aos filhos menores de idade, em consonância com a Constituição Federal, Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O modelo jurídico atual de família tem como elemento basilar a afetividade, essencial para a concretização da paternidade responsável, ou seja, no estrito cumprimento do dever de criar e educar os filhos, por parte de seus responsáveis.

A afetividade pode ser compreendida como um aspecto subjetivo e intrínseco do ser humano que constrói o seu psiquismo a partir das relações com outros indivíduos e que atribui significado e sentido à sua existência (CUNHA, 2009).

Denota-se, portanto, que a responsabilidade dos pais não se pauta apenas tão somente no dever de subsistência dos filhos, mas se insere o dever de possibilitar o seu desenvolvimento humano, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana e por outros princípios basilares do direito de família.

Assim sendo, a negligência deliberada por parte do genitor, motivada pela crença de que o sustento material seria suficiente para o pleno desenvolvimento da criança, enseja ao abandono afetivo, porquanto acaba por gerar uma violência moral e sentimental, ferindo as garantias individuais das crianças de serem acolhidas num seio familiar e amparadas em suas diversas necessidades.

Quando a falta de afeto se torna presente na vida dos filhos, ou quando nunca existiu, os prejuízos causados ao menor são imensuráveis, conforme aponta Maria Berenice Dias, a falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas seqüelas psicológicas e comprometer seu desenvolvimento saudável. A figura do pai é responsável pela primeira e necessária ruptura da intimidade mãe-filho e pela introdução do filho no mundo transpessoal, dos irmãos, dos parentes e da sociedade. Nesse outro mundo, imperam ordem, disciplina, autoridade e limites. A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais. Assim, a ausência da figura do pai desestrutura os

filhos, tira-lhes o rumo da vida e debita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida. Tornam-se pessoas inseguras, infelizes. Mesmo que os genitores estejam separados, a necessidade afetiva passou a ser reconhecida como bem juridicamente tutelado (DIAS, 2011, p. 448).

O Estatuto da Criança e Adolescente²⁰⁵ e o Código Civil,²⁰⁶ prescrevem o dever dos pais em darem assistência moral e material ao filho, independente de sua guarda, assim como o dever de assisti-lo, criá-lo, educá-lo e sustentá-lo.

Portanto, é dever e interesse natural dos pais propiciarem as melhores condições para os seus filhos, tanto no respeitante a sua educação e formação, como no pertinente aos seus interesses físicos, morais, sociais, intelectual e psíquica da pessoa por eles trazida ao mundo. É de extrema relevância o dever dos pais terem os filhos sob a sua companhia e guarda, pois dependem os filhos da presença, vigília, proteção e contínua orientação dos genitores, porque insurge dessa diuturna convivência a natural troca de experiências, sentimentos, informações e, sobretudo, a partilha de afeto, não sendo apenas suficiente a presença física dos pais, mas essencial que bem desempenhem suas funções parentais (PEREIRA, 2006, p. 131).

A ruptura havida na relação familiar, mais precisamente entre o genitor e o filho enseja o compromisso de afeto para com os menores, visto que é direito da prole a convivência familiar, a assistência moral e material.

É claro que não se pode obrigar alguém a amar a outrem, ao contrário, a paternidade deve ser livre e responsável. Até porque, durante muito tempo, muitos pais deixaram de demonstrar afeto, amor e carinho para com seus filhos, mas cumpriram a função de autoridade (com ou sem autoritarismo) que lhes cabia e que permitiu que os filhos se adequassem socialmente (HIRONAKA, 2005, p. 527).

Diante de todas essas situações, em que baixa a níveis irrecuperáveis a auto-estima e o amor próprio do filho enjeitado pela incompreensão dos pais, é que se verifica mais do que a necessidade, a importância de que seja mantida a convivência do menor com o genitor não-guardião, através das visitas, pois é apenas com este convívio baseado no respeito, na atenção e no

²⁰⁵ Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

²⁰⁶ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação.

afeto, que se pode evitar, ou pelo menos, amenizar os prejuízos por ele sofridos em decorrência da separação.

Destarte, o presente trabalho abordará os efeitos e consequências do abandono afetivo, demonstrando a importância da convivência familiar afetiva para seus membros.

2 ABANDONO AFETIVO: EFEITOS E CONSEQUÊNCIAS

A família é o alicerce principal para a formação da personalidade e caráter do ser humano. O saudável e equilibrado desenvolvimento psicossocial depende de uma boa convivência familiar, pois é na família que se formam as primeiras relações sociais e vínculos afetivos, sendo que a ausência de afeto pode desencadear graves e até irreparáveis danos emocionais e morais em uma criança.

Sabe-se que, de acordo com a Constituição Federal, a responsabilidade pelo filho menor não se pauta somente no dever de alimentar, mas se insere no dever de possibilitar desenvolvimento humano aos filhos, com base no princípio da dignidade da pessoa humana (art 227). Portanto, a provisão de afeto é fator relevante mediante a responsabilidade dos pais em relação aos filhos, visto que tal norma confere à criança e ao adolescente direitos de conteúdo moral, integrantes da personalidade. Nesse sentido, o campo do abandono afetivo não é exclusivamente moral, pois o direito o atraiu para si, conferindo-lhe consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas (LOBO, 2008, p. 285).

Não sendo o afeto fruto da biologia, seus laços, assim como os de solidariedade derivam da convivência familiar, e não do sangue. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Igualmente tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família, compondo a família humana universal, cujo lar é a aldeia global, cuja base é o globo terrestre, mas cuja origem sempre será como sempre foi: a família (DIAS, 2011, p. 67).

Portanto, amor e afeto são direitos natos dos filhos que não podem ser punidos pelas desinteligências e ressentimentos de seus pais, porquanto a falta deste contato influencia negativamente na formação e no desenvolvimento do infante, permitindo este vazio a criação de carências

incuráveis, e de resultados devastadores na autoestima da descendência, que cresceu acreditando-se rejeitada e desamada (MADALENO, 2007, p. 314).

Diante da nova dinâmica das relações sociais atuais, com as diversas formas de organizações familiares, onde a família enseja uma maior abertura para o afeto através de um relacionamento mais próximo entre seus membros, o abandono afetivo ganhou destaque.

Na maioria das vezes, onde o ambiente familiar rodeia-se por ódio, vingança e culpa, o abandono afetivo toma forma transmitindo às crianças tais sentimentos e gerando um distanciamento entre pais e filhos, até em casais conviventes, já que com o crescimento econômico, industrial e urbano os pais não têm tempo para educar seus filhos e os acompanhar efetivamente.

Situações diversas levam ao rompimento dos vínculos conjugais, gerando consequências, em muitos casos, de afastamento total entre pais e filhos. Ocorre que se rompido o elo conjugal, deve-se, sempre, ter em vista o melhor interesse da criança porque cessa a relação de conjugalidade, mas a relação de parentalidade será exercida e compartilhada *ad eternum* entre pais e filhos (FURQUIM, 2008, p. 80).

Consoante Silva (2004, p. 124), mister se faz que a convivência familiar seja mantida, ou até mesmo intensificada diante das adversidades causadas pelo desenlace. Quanto à filiação, rompe-se a coexistência ou coabitação, jamais o dever de convivência.

“Viver com”, “Conviver”, não significa uma mera justaposição espacial ou distribuição racional de tarefas, é muito conhecido o fenômeno desumano da multidão solitária ou formigueiro de gente. Conviver, trata-se de uma presença obtida sempre que se comunica em plano pessoal, que é basicamente afetivo, enriquecido com uma convivência mútua. Alimentar o corpo sim, mas também cuidar da alma, da moral, do psíquico. Estas são as prerrogativas do poder familiar e principalmente da delegação divina do amparo aos filhos (CORDEIRO, 2007). A criança privada de afeto por parte dos seus pais, independente de causa específica, está sendo prejudicada, deixando a desejar no desenvolvimento de sua identidade, bem como de favorecer sua socialização num ambiente mais afetivo.

O abandono afetivo em comparação ao abandono material é ainda mais prejudicial aos menores, tendo em vista que a carência financeira pode ser suprida por terceiros interessados, como parentes, amigos, ou até mesmo pelo

Estado, através dos programas assistenciais, já o afeto e carinho negados pelos seus responsáveis não pode ser suprido efetivamente.

A convivência com ambos os pais é fundamental para a construção da identidade social e subjetiva da criança. A diferença das funções de pai e mãe é importante para a formação dos filhos, pois essas funções são complementares e não implicam hegemonia de um sobre o outro (FURQUIM, 2008, p. 80).

Ademais, os pais são responsáveis pela formação emocional e intelectual de seus filhos do momento do seu nascimento até a sua maioridade, quando, não por vezes, durante a vida toda. Através de seus exemplos e ensinamentos, os pais devem manter uma relação de amizade e carinho, tão necessária para o desenvolvimento humano de seus filhos (FURQUIM, 2008, p. 77).

Todavia, os genitores esquecem que o afeto dos pais em relação aos filhos não se confunde com o desafeto dos pais entre si. É direito das crianças o convívio com os pais de forma equilibrada (CAMPOS; BRITTO, 2006, p. 307).

A ausência dos genitores causa prejuízos à formação psíquica da criança, decorrente da falta do exercício da função psicopedagógica por parte dos pais. Quando o Direito se depara com questões que envolvem afeto e danos psicológicos, essencial se mostra a interdisciplinaridade com Psicologia e Psicanálise.

O correto desenvolvimento do apego afetivo nas crianças possui efeitos físicos e psicológicos. Dentre os efeitos positivos, estão os que ajudam a criança a observar o mundo que a cerca e a tomar iniciativas que incentivam o desenvolvimento do pensamento lógico; facilitam a sociabilidade e, portanto, o desenvolvimento da linguagem; promovem a formação da consciência; ajudam a reagir ao stress, a enfrentar frustrações, dores e medos; permitem um justo equilíbrio entre dependência e independência; favorecem a formação da identidade e estimulam o desenvolvimento de relações afetivas saudáveis no futuro (FERRARIS, 2008, p. 57).

Com relação aos danos causados pela ausência ou má-formação do apego, a depressão leva a criança a um estado apático, facilidade em adoecer, devido à fraqueza do sistema imunológico, demora em falar, medo, desconfiança. O genitor dedicado e flexível desde o nascimento do filho, que gosta de sua companhia e compreende suas necessidades de crescimento,

representa uma vantagem ao processo de estruturação da mente infantil, seja para o desenvolvimento emocional, seja para o cognitivo, duas dimensões da psique intimamente entrelaçadas. Assim como é vantagem ter um pai participante, com autoridade (não autoritário) e capaz de se comunicar com os filhos (FERRARIS, 2008, p. 59).

Sobre o momento da separação/divórcio dos pais, os processos jurídicos e psicológicos, apesar de distintos, caminham juntos, sendo que, na maior parte das vezes, o psicológico é iniciado antes do jurídico, que ocorre, por vezes, muito tempo depois.

Sobre os possíveis efeitos negativos da separação/divórcio sobre os filhos, o autor destaca os sentimentos de ambivalência, de culpa e de ansiedade presentes. Nesse contexto, são comuns os problemas escolares, porquanto a criança pode apresentar, por exemplo, desinteresse ou desmotivação pela escola além de diminuição do rendimento escolar; sentimentos de abandono, considerando que crianças pequenas não conseguem compreender porque um dos pais deixou o lar e tendem a interpretar essa situação em termos de abandono e de culpa. Parece que frente a todas essas mudanças, os filhos não podem fazer nada, justificando-se o aparecimento de um estado ou sentimento de impotência com relação a esses fatos. Os sentimentos de abandono, rechaço, impotência, desamparo e dependência provocam insegurança na criança, enquanto a situação for instável, mas tende a desaparecer quando o contexto familiar se normaliza (TRINDADE, 2004, p. 191-194).

De acordo com Maria Aparecida Domingues de Oliveira (2004, p. 286-288), do nascimento, até aproximadamente os cinco anos de idade a criança está vivendo o período denominado de anos formativos, sendo esta a fase da formação da estrutura nervosa que servirá de base para toda a vida do indivíduo. Dos cinco aos sete e dos sete aos dezoito haverá uma formação em grau decrescente de intensidade, porém, não significando que o indivíduo não aprende após os dezoito anos, mas que tais processos, são mais marcantes e fortes nas primeiras fases da vida. Pois é a fase que se forma a memória, que nunca será apagada, também denominada pela autora de “engramas.” Dessa forma, é nos anos formativos que se absolvem os estímulos externos, principalmente os dolorosos, provenientes de situações de rejeição, maus tratos ou abandono. Esses pensamentos, sentimentos e sensações ocorrerão de forma subjetiva na mente da criança, uma vez que, devido sua tenra idade

ela ainda não terá uma real consciência da situação. Porém, mesmo sem essa real consciência, seus instintos de sobrevivência desencadearão na tentativa de evitar esses estímulos dolorosos, várias reações hormonais, elétricas e químicas, formando um engrama (memória) de defesa que perdurará por toda sua vida. Assim, o estímulo doloroso, é capaz de alterar as estruturas do cérebro e tal modificação uma vez processada, ocorre de forma permanente.

Portanto, fica evidente que quando um menor é separado de sua família, ocorrerá uma severa quebra em seu desenvolvimento, pois, crescerá em condições desfavoráveis, será mais vulnerável e apresentará maior ansiedade frente a situações novas.

O abandono de uma criança é a concretização da violência social, familiar e afetiva, e reproduz as relações de opressão de uma sociedade, seja esse abandono produzido por uma decisão individual ou oriunda de pressões externas. De acordo com Favaretto (2002, p. 141) é uma violência resultante do acúmulo de pequenas violências sofridas pela mulher em seu cotidiano, que impulsionam a prática de tal ato como que justificando o próprio abandono pelo Estado, sociedade e família. A mulher que abandona o filho, de alguma maneira, foi rejeitada pela família e, sentindo-se desamparada, com medo, insegura, com relação ao futuro, encontra como solução o abandono do filho.

É preciso não esquecer que o papel de assegurar a implementação da Doutrina da Proteção Integral cabe não somente à família, mas é também dever da sociedade e do Estado, co-responsáveis pelo futuro de nossas novas gerações. Família, Sociedade e Poder Público têm igual dever de garantir à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (TRINTADE, 2004, p. 180). Devendo os responsáveis pelos menores agirem em conformidade com os interesses dos mesmos, priorizando sua devida e integral formação.

3 MEDIDAS TENDENTES A RESGUARDAR A CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Conforme já analisado, a família sob a ótica constitucional tem conotação solidária e afetiva, sendo a base da sociedade e essencial à formação do ser humano, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade e o respeito aos direitos fundamentais de seus membros.

Diante da dinâmica das relações sociais contemporâneas, com novas formas de organizações e rupturas familiares, são as crianças e adolescentes que mais sofrem suas consequências.

A separação dos cônjuges (separação de corpos, separação judicial ou divórcio) não pode significar separação de pais e filhos. Em outras palavras, separam-se os pais, mas não estes em relação a seus filhos menores, porquanto o princípio do melhor interesse da criança trouxe-a ao centro da tutela jurídica, prevalecendo sobre os interesses dos pais em conflito. A cessação da convivência entre os pais não faz cessar a convivência familiar entre os filhos, ainda que estes passem a viver em residências distintas (LOBO, 2008, p. 168), devendo sempre estar atentos aos interesses dos menores.

Consequentemente, a família é a unidade responsável e catalisadora de todos os processos mentais que se dão na relação e na transmissão de afetos e emoções entre seus membros, sendo sua centralidade responsável pelo correto desenvolvimento e crescimento das crianças e adolescentes.

A unidade familiar persiste mesmo depois da separação de seus componentes, pois é um elo que se perpetua. Deixando os pais de viver sob o mesmo teto, ainda que haja situação de conflito entre eles sobre a guarda dos filhos sujeitos ao poder familiar, é necessário definir a respeito da convivência com os filhos (DIAS, 2011, p. 429). Até mesmo nos procedimentos de separação consensual, é indispensável constar o que foi acordado com relação à guarda e à visitação dos filhos.

Na perspectiva da psicologia, diz-se que a criança não tem que escolher entre o pai e a mãe, é direito dela ter o contato e a possibilidade de usufruir as duas linhagens de origem, cultura, posição social, religião. A criança deve ter o direito de ter a ambos os pais e não ser forçada a tomar uma decisão que a afogará em culpa e sobrecarregará emocionalmente o outro genitor (LOBO,

2008, p. 168). Deve o menor, portanto, ser ouvido pelo juiz, sempre que este entender necessário para o melhor interesse da criança.

A proteção dos filhos constitui direito primordial destes e o direito/dever de cada um dos pais. Invertendo-se os pólos dos interesses protegidos, o direito à guarda converteu-se no direito à continuidade da convivência ou no direito de contato. Os pais preservam os respectivos poderes familiares em relação aos filhos, após a separação, e os filhos preservam o direito de acesso a eles e ao compartilhamento recíproco de sua formação (LOBO, 2008, p. 169). Falar em guarda de filhos pressupõe a separação dos pais. Porém, o fim do relacionamento dos pais não pode levar à cisão dos direitos parentais.

A guarda consiste na atribuição a um dos pais separados ou a ambos dos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho. Quando é exercida por um dos pais, diz-se exclusiva; quando por ambos, compartilhada. Nessas circunstâncias a guarda integra o poder familiar, dele destacando-se para especificação do exercício.

Os pais como titulares do poder familiar têm o direito de ter consigo os filhos menores. No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação ou divórcio, deve ser priorizada a guarda compartilhada mesmo que haja conflito entre os pais.

Se os pais estiverem aptos a exercer o poder familiar, o juiz deverá conceder a guarda compartilhada. A guarda só poderá ser concedida de forma unilateral se um dos pais declararem expressamente, e por escrito, que não a deseja.²⁰⁷

No momento em que há o rompimento do convívio dos pais, a estrutura familiar resta abalada, deixando eles de exercer, em conjunto, as funções parentais. Não mais vivendo os filhos com ambos os genitores, acaba havendo uma redefinição de papéis. Tal resulta em uma divisão dos encargos com relação à prole. A guarda compartilhada é o modo de garantir, de forma efetiva, a corresponsabilidade parental, a permanência da vinculação mais estrita e a ampla participação destes na formação e educação do filho, a que a simples visitação não dá espaço (DIAS, 2011, p. 432). Conjunta é a prática

²⁰⁷ Art. 1.584. § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

do poder familiar e não a divisão do tempo dos filhos, com alternância da sua guarda.

A guarda compartilhada não é preponderante nas estatísticas. Em 2013 foram concedidos 324.921 divórcios diretos no Brasil, sendo que 86,3% tiveram a responsabilidade pelos filhos concedida às mulheres e apenas 6,7% tiveram a guarda compartilhada. O juiz de direito da 18ª Vara de Família da Comarca do Rio de Janeiro, André Côrtes Vieira Lopes, relata que ainda existe uma resistência muito grande por parte dos juizes na aplicação da guarda compartilhada quando há divergência entre os cônjuges.²⁰⁸

Compartilhar a guarda de um filho se refere muito mais à garantia de que ele terá pais igualmente engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar, bem como aos direitos que tal poder lhes confere.

Ainda que se deva respeitar a deliberação dos genitores, não se pode deixar de atentar para o momento de absoluta fragilidade emocional em que estes se encontram quando da separação. Daí a recomendação ao juiz para que mostre as vantagens da guarda compartilhada. O estado de beligerância, que se instala com a separação, acaba, muitas vezes, refletindo-se nos próprios filhos, que são usados como instrumento de vingança pelas mágoas acumuladas durante o período da vida em comum. Por isso, é indispensável evitar a verdadeira disputa pelos filhos e a excessiva regulamentação das visitas, com a previsão de um calendário minucioso, exauriente e inflexível de dias, horários, datas e acontecimentos (DIAS, 2011, p. 431)

A nova lei não obriga o revezamento de moradia entre a casa dos genitores, trata-se de uma divisão balanceada do tempo do menor com seus responsáveis, onde as decisões relativas ao mesmo também devem ser compartilhadas.

O efetivo convívio da criança com ambos os pais não estava previsto na redação original do Código Civil de 2002, mas, timidamente, era aplicado quando havia consenso entre os pais sobre a sua estipulação.²⁰⁹

A modificação da legislação civil, proposta pelo PLC 117/2013, foi efetivada através da Lei n. 13.058/2014, que consolidou a igualdade parental entre os genitores, estabelecendo o significado da expressão “guarda compartilhada”, em busca da efetiva participação do pai e da mãe na educação e cuidado dos filhos. A nova lei teve como principais fundamentos

²⁰⁸ Revista IBDFAM, Ed. 18, janeiro de 2015, p. 9.

²⁰⁹ Art. 1583. Observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

a co-responsabilidade dos genitores e o equilíbrio na divisão do tempo de convivência dos pais com seus filhos.²¹⁰ A edição da lei de igualdade parental traz avanços reais para o Direito das Famílias, contemporizando-o aos novos arranjos familiares,²¹¹ que não se limitam mais às famílias nucleares.²¹²

Reafirmou-se o direito dos genitores na obtenção de informações detalhadas sobre situações e assuntos ligados à saúde física e psicológica dos filhos, bem como das que versem sobre seu desenvolvimento educacional. Institui-se a obrigatoriedade dos estabelecimentos públicos e privados ao fornecimento das referidas informações, sob pena de multa diária.²¹³ Previu a lei, ainda, a possibilidade de prestação de contas²¹⁴ e de redução das prerrogativas daquele genitor que descumprir imotivadamente as cláusulas de guarda firmadas.²¹⁵

A guarda pode ser extinta se ficar comprovado que o guardião ou pessoas de sua convivência familiar não tratam convenientemente a criança ou o adolescente. A guarda também pode ser modificada pelo juiz ou mesmo subtraída do guardião se este abusar de seu direito, em virtude da regra geral estabelecida no Código Civil.²¹⁶

²¹⁰ Revista IBDFAM edição 18, janeiro de 2015, p. 5.

²¹¹ Dias define os novos arranjos familiares como famílias plurais, e elenca as diferentes formas da família como matrimonial, informal, homoafetiva, paralela ou simultânea, poliafetiva, monoparental, parental ou anaparental, composta, extensa, substituta e eudemonista. (DIAS, 2011, p. 400).

²¹² Estrutura social em que a família funcionava como um núcleo composto pelo chefe da família, sua mulher, filhos e netos, que eram os representantes principais; e um núcleo de membros considerados secundários, formados por filhos ilegítimos (bastardos) ou de criação, parentes, afilhados, serviçais, amigos, e agregados. (Roosenberg, 2009. Disponível em: <https://pos.historia.ufg.br/up/113/o/IISPHist09_RoosenbergAlves.pdf> Acesso em: 25 de abril de 2015).

²¹³ Art. 1.584. § 6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.

²¹⁴ Art. 1.583. § 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

²¹⁵ Art. 1.584. § 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor.

²¹⁶ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Em decorrência do estabelecimento da figura do guardião, surge o direito à visitação para aquele que convivia com o menor e que, por força da ruptura, não poderá mais compartilhar do seu dia-a-dia. Segundo Waldyr Grisard Filho (2002, p. 93), a visita é um expediente jurídico forjado para preencher os efeitos da ruptura da convivência familiar, antes exercida no primitivo domicílio conjugal. A visita representa em realidade, um desdobramento da guarda definitiva com a separação dos pais, e como tal, detém a tarefa de assegurar a adequada comunicação e supervisão da educação dos filhos, o pai ou da mãe não convivente a respeito dos filhos, cuja guarda foi outorgada ao outro, (...) consiste no direito de manter um contato pessoal com o menor, da maneira mais ampla e fecunda que as circunstâncias possibilitam.

A visitação tem por fundamento propiciar ao pai e à mãe o acompanhamento do desenvolvimento físico e psíquico do filho, em virtude da saída daqueles do lar conjugal.

Escassa, para não dizer inexistente, é a regulamentação do direito de visita no Código Civil. Ainda que unipessoal, o genitor que não detém a guarda tem a obrigação de supervisionar os interesses do filho. Também lhe é assegurado o direito de visitá-lo e de tê-lo em sua companhia, conforme o que foi acordado com o outro genitor ou foi fixado pelo juiz.

Falar em visita acarreta reconhecer a soberania constitucional de o menor ser visitado, porque é direito basilar da organização social dos filhos, eles serem criados por seus pais, como direito fundamental da criança e do adolescente, e, estando seus genitores apartados pelas contingências das relações afetivas desfeitas pelos mais variados motivos, jamais podem os pais permitir sejam seus filhos privados da sua presença, e se as visitas se darão em menor quantidade, devem oportunizar em contrapartida uma maior qualidade (MADALENO, 2011, p. 278). A visitação não é somente um direito assegurado ao pai ou à mãe, é direito do próprio filho de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno e materno-filial.

O direito de visita não se restringe a visitar o filho na residência do guardião ou no local que este designe. Abrange o de ter o filho em sua companhia e o de fiscalizar sua manutenção e educação.

Não sendo direito à visitação um direito absoluto, pois situações se podem configurar em que o exercício do direito de visita venha a ser fonte de prejuízos – principalmente no aspecto moral, sendo certo que todos os

problemas devem ser solucionados à luz do princípio de que é o interesse dos menores o que deve prevalecer.

Lobo reporta o entendimento de abuso, no âmbito do direito de família, quando o direito é exercido com o propósito de causar dano aos interesses de outra pessoa; ou quando tem fins distintos do que o direito lhe atribui; ou quando há desproporção entre o modo do exercício e o dano causado por esse exercício. A guarda pode ser atribuída, desde o nascimento, a outra pessoa, quando ocorrer o abandono afetivo. Caracterizando-se o abandono afetivo, cancela-se o pátrio poder dos pais biológicos (LOBO, 2008, p. 174). Assim como o direito de visitas, que deve atender ao interesse do menor, podendo ser limitado e até suspenso esse direito e dever quando a conduta do genitor desaconselhe o seu exercício.

No direito à convivência familiar de crianças e adolescentes repousa um dos pontos de esteio da chamada doutrina da proteção integral, na medida que implica reconhecer que a personalidade infanto-juvenil tem atributos distintos da personalidade adulta, em decorrência da particular condição de pessoa ainda em fase de desenvolvimento, e que, portanto, crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e não meros objeto de intervenção das relações jurídicas dos seres adultos, já que titulares de direitos fundamentais especiais em relação aos adultos (MACHADO, 2003, p. 161). Como medida para resguardar a convivência familiar e evitar o abandono afetivo, a mediação tem fundamental importância, porquanto a participação de uma terceira pessoa mediadora no conflito auxilia na melhoria do relacionamento, principalmente entre genitores e seus filhos, como será abordado a seguir.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo, ao abordar o abandono afetivo, constata-se que o dever dos responsáveis em relação aos menores não é apenas relacionado ao dever material de sobrevivência, engloba o dever de assistência imaterial na fase de formação, necessitando o menor de amparo moral e psicológico. O descumprimento do dever de convivência familiar pode ocasionar danos à personalidade das crianças, pois a formação da sua personalidade ocorre no seio da família e está ligada à presença dos pais e como eles exercem seus papéis de pai e de mãe. É através dos sentimentos que recebe que o filho

formará seus valores éticos e morais. Os direitos fundamentais encontram-se presentes e tem grande influência na entidade familiar, tendo o Estado conspirado para sua proteção, seja na dignidade da pessoa humana, na proteção do melhor interesse para os menores ou até mesmo no princípio da igualdade. Tendo o afeto extrema valorização, compreendido como o alicerce da verdadeira família e barreira à negligência, maus-tratos e descasos para com os menores. Ao serem privados deste atendimento, crianças e adolescentes enfrentam barreiras em seu desenvolvimento, tornando-se mais vulneráveis à situações corriqueiras. Ressaltou-se ainda, que o amparo psíquico aos menores não depende da presença constante dos responsáveis, muitas vezes impossibilitados pela ruptura do vínculo conjugal entre os genitores, por exemplo, entretanto, devendo se fazer presente na vida dos menores, seja a distância ou não. Nesse diapasão, pode-se afirmar que no abandono afetivo há o descumprimento do princípio da convivência familiar, e a afronta aos direitos fundamentais às crianças e adolescentes, deixando os genitores de cumprirem seus deveres jurídicos.

REFERÊNCIAS

CAMPOS, Argene; BRITO, Enrica Gentilezza de. **O papel da mediação no direito de família: separação e guarda compartilhada** In: PEREIRA, Rodrigo Cunha (coord.). A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CANEZIN, Claudete Carvalho. **Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CORDEIRO, Amanda Idalina Menezes. **Indenização por abandono afetivo**. 2007. Disponível em: <<http://www.oabdf.org.br/sites/900/993/00000272.pdf>>. Acesso em: 22 de setembro de 2016.

CUNHA, Márcia Elena de Oliveira. **O Afeto face a dignidade da pessoa humana e seus efeitos jurídicos no direito de família**, 2009. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/482>>. Acesso em: 22 de setembro de 2016.

DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FAVARETTO, Telma S. F. **A mulher e o abandono de recém-nascido: uma análise transdisciplinar**. In: CASTRO, A. et al. Pessoa, gênero e família: uma visão integrada do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERRARIS, Anna Oliverio. **Dinâmicas do Apego**. Revista Mente e Cérebro. Especial A mente do bebê. São Paulo, edição n. 1, 2008.

FURQUIM, Luís Otávio Sigaud. **Os filhos e o divórcio**. In: Revista IOB de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.9, n.47, abri.-maio, 2008.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental RT: são paulo**, 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade Civil na relação paterno-filial**. In: CANEZIN, Claudete Carvalho (Coord). Arte Jurídica. Curitiba: Juruá, 2005.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACHADO, Martha de Toledo. A proteção constitucional de crianças e adolescente e os direitos humanos. São Paulo: Manole, 2003.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

OLIVEIRA, Maria Aparecida Domingues. **Neurofisiologia Do Comportamento..** Ulbra, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha, **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SILVA, Cláudia Maria. **Indenização ao filho: descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho**. In: Revista de Direito de Família, Porto Alegre, v.6, n.25, 2004.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: UMA ALTERNATIVA DE REDUÇÃO À CULTURA DO ENCARCERAMENTO EM MASSA?

Anne Caroline Pellizzaro

Pós-Graduanda em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná, núcleo Curitiba (2016). Mestra em Ciência Política pela Universidade Federal do Paraná (2016). Bacharela em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2013) e em Direito (2012) pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

RESUMO

A Audiência de Custódia surgiu recentemente no Brasil como uma forma de reduzir os altos índices de encarceramento cautelar. Este artigo tem como objeto, portanto, a Audiência de Custódia. O objetivo consiste em analisar se a audiência de custódia pode ser considerada uma forma de redução à cultura de encarceramento em massa existente no Brasil. Assim, formulou-se a seguinte pergunta: A audiência de custódia é um instrumento capaz de reduzir o encarceramento em massa? Para isso, buscou-se realizar um levantamento bibliográfico e de dados estatísticos a respeito do tema. A partir da interpretação do material analisado, foi possível confirmar a hipótese, observando que, de fato, a implantação da Audiência de Custódia contribuiu até o momento com a redução de prisões cautelares.

Palavras-chave: Audiência de Custódia; Prisões Cautelares; Encarceramento em massa.

ABSTRACT

The new Code of Civil Procedure clearly concerned itself with the enforcement, in the civil process, of the fundamental rights and guarantees enshrined in the Federal Constitution, notably the due process of law, the adversarial principle and that of full right of defense. The disregard of legal entity is the result of this concern, since it emphasizes the need, as a rule, for contradiction prior to the application of disregard doctrine and, consequently, prior to asset autonomy being stripped from the legal entity, which, after all, constitutes a sanction for its misuse. Although there is initial criticism of the delay to the legal provision caused by the procedural delay of the issue, procedural speed must not be sought at any cost, and the parties' fundamental rights must be respected so that, above all, a fair and reasonably timed process may take place.

Keywords: Disregard of legal entity; Procedural Issue; New Code of Civil Procedure.

1 INTRODUÇÃO

O princípio da presunção de inocência é uma das mais importantes garantias constitucionais, pois através deste princípio o acusado passa a ser sujeito de direitos dentro da relação processual penal. Este princípio está insculpido na Constituição Federal que diz no seu artigo 5º, inciso LVII que: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".²¹⁷

No Brasil existem atualmente três espécies de prisões cautelares: Temporária, em Flagrante e Preventiva. As prisões cautelares devem ser *extrema ratio da ultima ratio*²¹⁸ e, portanto, devem ser aplicadas em último caso. Porém, o que se observa no Brasil é que existe uma cultura do encarceramento em massa²¹⁹, pois prende-se muito e prende-se mal.²²⁰ Existe, no Brasil, uma vulgarização das prisões cautelares, e apesar da tentativa de implantar no ordenamento jurídico local meios alternativos à prisão, por exemplo, as medidas cautelares diversas da prisão, ainda não há redução significativa do índice de encarceramento.

É neste cenário que surge a Audiência de Custódia no Brasil, como uma forma de reduzir esses altos índices de encarceramento cautelar, além de constituir uma forma de coibir a tortura policial.²²¹ Nesse sentido, tem-se que “a audiência de custódia é um instrumento judicial, mas extraprocessual (ou pré-processual) que possibilita a oitiva pessoal do acusado logo após a sua

²¹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26/09/2016.

²¹⁸ GOMES, Luiz Flávio. **A lei das medidas cautelares é um avanço?** São Paulo. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2011-jun-23/coluna-lfg-lei-medidas-cautelares-alternativas-avanco>>. Acesso em: 26/09/2016.

²¹⁹ PASTANA, Débora Regina. Estado punitivo e encarceramento em massa: retratos do Brasil atual. **Revista brasileira de ciências criminais**, 2009, n. 77, p. 313-330.

²²⁰ MASSARO, Camilla Marcondes. Desemprego, repressão e criminalização social no Brasil: violência e encarceramento em massa. **Revista Espaço Acadêmico**, v. 10, n. 119, 2011, p. 28-35.

²²¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de Custódia**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 27/09/2016.

prisão em flagrante”.²²² Acrescenta-se ainda: “A audiência de custódia apresenta-se, assim, como garantia que potencializa a efetividade uma série de direitos fundamentais do preso, inserindo-se no contexto de humanização da dogmática penal e de sua conformidade com os direitos fundamentais”.²²³

Observa-se, que a implantação da audiência de custódia funcionará como uma forma de reduzir o encarceramento em massa, pois fazendo uma audiência pré-processual com o preso e o juiz, passa a existir a possibilidade daquele preso ser colocado em liberdade ou ainda que lhe seja aplicado medidas cautelares diversas da prisão, sendo a conversão em prisão em preventiva aplicada nos casos mais excepcionais, havendo neste último uma maior necessidade de fundamentação dos decretos prisionais.

Desta forma, este artigo tem como objeto a Audiência de Custódia e o objetivo consiste em analisar se a audiência de custódia pode ser considerada uma forma de redução à cultura de encarceramento existente no Brasil. Para isso, buscou-se realizar um levantamento bibliográfico e dos dados estatísticos a respeito do tema.

2 PRISÕES CAUTELARES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A palavra “prisão” origina-se do latim *prensione*, que vem de *prehensione*, que significa prender.²²⁴ A prisão pode ser resumida como o cerceamento da liberdade de locomoção, o encarceramento.²²⁵ O termo “prisão”, no ordenamento jurídico brasileiro, pode indicar a pena privativa de liberdade e suas espécies (detenção, reclusão e prisão simples), a captura (ou o ato de prender) em decorrência de mandado judicial ou flagrante delito, a custódia consistente no recolhimento ao cárcere e pode também representar o próprio estabelecimento em que o preso fica segregado.²²⁶

Apesar destes múltiplos significados, para o Direito Processual Penal a prisão pode ser conceituada como a privação da liberdade de locomoção, com

²²² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, acesso em: 27/09/2016.

²²³ Ibid, p. 10.

²²⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

²²⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

²²⁶ LIMA, op. cit.,

o recolhimento ao cárcere, seja em virtude de flagrante delito, mediante ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, seja em face de transgressão militar ou por força de crime propriamente militar, definidos em lei,²²⁷ acrescentando ainda os casos de sentença penal condenatória transitada em julgado.

Existem três espécies de prisão no ordenamento jurídico brasileiro. A primeira é a prisão extrapenal, que se subdivide em prisão civil e prisão militar. A segunda, por sua vez, é a prisão penal, ou prisão pena ou pena, que é aquela decorrente da sentença condenatória transitada em julgado. E por fim, a terceira é a prisão cautelar, provisória, processual ou sem pena, que tem como subespécies a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária.²²⁸

Nesta pesquisa a ênfase será dada nas prisões cautelares, pois estas estão diretamente relacionadas com a Audiência de Custódia.

A prisão cautelar é decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, decorre de decisão fundamentada do juiz (prisão preventiva, prisão temporária) ou de permissivo constitucional²²⁹, tem por objetivo de assegurar a eficácia das investigações ou do processo criminal.²³⁰ Divide-se em prisão em temporária, prisão em flagrante e prisão preventiva.

A prisão temporária foi instituída pela Lei nº 7.960/1989 e tem como objetivo assegurar a eficácia das investigações quanto a alguns crimes graves, além de pôr fim a prisão para averiguações. Pode ser conceituada como uma espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, durante a fase preliminar das investigações, quando a privação da liberdade de locomoção do indivíduo investigado for indispensável para a obtenção de elementos de informação quanto à autoria e materialidade das infrações penais, com prazo determinado de duração.²³¹

Os requisitos estão dispostos no artigo 1º da Lei nº 7.960/1989: a) quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; b) quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade e; c) quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado em determinados crimes.

²²⁷ LIMA, op. cit.,

²²⁸ Idem

²²⁹ TÁVORA; ALENCAR, op. cit.,

²³⁰ LIMA, op. cit.,

²³¹ Idem.

A prisão em flagrante pode ser conceituada como sendo uma medida de autodefesa da sociedade, consubstanciada na privação da liberdade daquele que é surpreendido em situação de flagrância, a ser executada independentemente de prévia autorização judicial, podendo qualquer do povo e as autoridades policiais e seus agentes prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito (artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal e artigo 301 do Código de Processo Penal).

Considera-se em flagrante delito quem: a) está cometendo a infração penal; b) acaba de cometê-la; c) é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração e; d) é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração (artigo 302 do Código de Processo Penal), sendo que nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência (artigo 303 do Código de Processo Penal).

A prisão em flagrante tem as seguintes funções: a) evitar a fuga do infrator; b) auxiliar na colheita de elementos informativos; c) impedir a consumação do delito, no caso em que a infração está sendo praticada (CPP, art. 302, inciso I), ou de seu exaurimento, nas demais situações (CPP, art. 302, incisos II, III e IV); d) preservar a integridade física do preso, diante da comoção que alguns crimes provocam na população, evitando-se, assim, possível linchamento.²³²

Ressalta-se que na redação originária do Código de Processo Penal, em 1941, o flagrante, por si só, era fundamento suficiente para que o indivíduo permanecesse recolhido à prisão ao longo de todo o processo, sem que houvesse necessidade de se motivar o encarceramento com base em alguma das hipóteses que autorizam a prisão preventiva.²³³

Contudo, com o advento do parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal (criado pela Lei nº 6416/1997)²³⁴ a prisão em flagrante deixou de ser motivo para que a pessoa permanecesse presa ao longo de todo o processo. Fato este que se manteve com as recentes modificações advindas pela Lei nº 12.403/2011:

²³² LIMA, op. cit.,

²³³ Idem.

²³⁴ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 26/09/2016.

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Da leitura do Código de Processo Penal é possível extrair dois os prazos para todos os procedimentos da prisão em flagrante, o primeiro é que a autoridade policial dispõe de 24 (vinte e quatro) horas para remeter o auto de prisão em flagrante ao juízo competente (artigo 306, §1º, do Código de Processo Penal), o Magistrado, por sua vez, terá até 48 (quarenta e oito) horas para se pronunciar quanto à convalidação judicial da prisão em flagrante (se entender pela aplicação do artigo 322, §único, do Código de Processo Penal). Desta forma, a partir do momento da captura do investigado, o prazo total será de 72 (setenta e duas) horas, findo o qual a prisão em flagrante já deve ter sido relaxada, convertida em preventiva, ou ao acusado deve ter sido concedida liberdade provisória²³⁵.

Todavia, atualmente tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado nº 554/2011 que altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. Modificando o prazo global para 48 (quarenta e oito horas). Nota-se que nas situações de prisão em flagrante o objetivo é dar celeridade na tramitação para que a prisão se dê apenas nos casos em que há realmente necessidade.

Observa-se, portanto, que a prisão em flagrante é beneficiária direta da audiência de custódia, porque após o recebimento do auto de prisão em flagrante é que se realiza a audiência. Ressalta-se que ainda que o projeto de lei esteja em trâmite no Congresso Nacional, a audiência de custódia, como será visto adiante, já se aplica em vários tribunais brasileiros.

A prisão preventiva, por sua vez, é uma espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal,

²³⁵ LIMA, op. cit.,

sendo que nesta hipótese, também pode ser decretada de ofício pelo magistrado (artigo 311 do Código de Processo Penal), sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (artigo 313 do Código de Processo Penal) e ocorrerem os motivos autorizadores dispostos no artigo 312 do Código de Processo Penal, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal²³⁶.

As prisões cautelares, portanto, devendo ser aplicadas excepcionalmente, devem ser a *extrema ratio da ultima ratio*, porque a regra é a liberdade e a exceção é a privação da liberdade, esta cabível somente nas hipóteses em que a decretação de medidas cautelares diversas da prisão não forem suficientes para garantir a aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais.

É importante destacar que o uso abusivo das prisões cautelares contribui para o efeito do encarceramento em massa, isto é, o ato de prender-se mal e prender-se muito, o que contribui para a crise do sistema penitenciário brasileiro, porque além de contribuir para a superlotação dos estabelecimentos prisionais e de elevar os custos do sistema, expõe também um grande número de indivíduos às consequências do aprisionamento.

Assim, é notória a toda a sociedade a crise do sistema penitenciário brasileiro, pois não são poucas as notícias que demonstram que as prisões estão num estado deplorável, num sistema injusto e cíclico. Os problemas são vários, mas dois podem ser visualizados com mais facilidade. Um dos primeiros problemas que pode ser explicado é que não há espaço físico para abrigar todos os presos (condenados ou não), sendo que presos não condenados deveriam ser realmente uma exceção da prisão (afinal a prisão cautelar é uma medida de exceção), e não um encarceramento em massa como ocorre que só gera mais superlotação.

Se a sociedade quer uma resposta rápida, não é a prisão cautelar que deve fornecer esta resposta, mas sim as esferas do poder garantindo mais celeridade e menos burocracia, seja na criação de políticas públicas, na proposição de leis ou no cumprimento das leis, pois estamos tratando da restrição da liberdade da vida de uma pessoa, que no direito processual penal deve ser a última opção de controle.

²³⁶ LIMA, op. cit.,.

O segundo problema é a má administração prisional e a falta de verbas para atender este fim. Os direitos disciplinados na Lei de Execução Penal não são atendidos, porque não há uma administração séria e competente para atender a finalidade prisional, não há espaço físico para áreas de estudo, não há defensores públicos suficiente, não há um corpo clínico para atender a saúde dos presos.

Importante destacar um trecho do artigo da socióloga Edna Del Pomo de Araújo:²³⁷

Muito se tem escrito sobre a crise do sistema penitenciário e a falência da pena de prisão; parece que já há um consenso a respeito. É extremamente sério o atual quadro do sistema prisional, caracteristicamente criminalizante e que atua no contexto de um conjunto arcaico onde subsiste uma escola para a reprodução do crime. Na prática, apenas segrega, temporariamente o condenado, pela ótica exclusiva da repressão. As conflitantes metas punir, prevenir e regenerar não alcançam os fins a que se propõem. Porém, é preciso enfatizar que o problema se agrava quando se expõe uma crise sobre outra crise, pois nos países latino-americanos com sérios problemas econômicos e sócio-políticos, a prisão torna-se objeto de urgente e indispensável intervenção. Isto porque a seletividade do sistema penal se exerce, majoritariamente, sobre as populações menos favorecidas econômica e socialmente, bastando conferir com os dados do Censo Penitenciário Nacional: 95% da clientela do sistema são de presos pobres [1]. Somando-se aos problemas decorrentes da superpopulação carcerária (causada principalmente pela inoperância tolerada do Estado) e dos fenômenos da prisionização e estigmatização do preso e do ex-presos (quando de seu retorno à comunidade livre), temos em nosso atual sistema penitenciário, centrado na pena de prisão em regime fechado, uma das mais cruéis vitimizações praticadas com aval institucional.

Nessa esteira, Renato Brasileiro de Lima²³⁸ explica que o uso abusivo e exacerbado das prisões cautelares (temporária, em flagrante e preventiva) são prejudiciais ao próprio custodiado e também à sociedade:

Com efeito, o uso abusivo da prisão cautelar é medida extremamente deletéria, porquanto contribui para diluir lações familiares e profissionais, além de submeter os presos a estigmas sociais. Não à toa, os índices de reincidência no país chegam a 85%. O uso excessivo do cárcere *ad custodiam* também contribui para uma crescente deterioração da situação das já superlotadas e precárias penitenciárias brasileiras. Basta ver os episódios recentes envolvendo presídios em

²³⁷ ARAUJO, Edna Del Pomo de. **Vitimização Carcerária: Propostas e Alternativas**. Disponível em: http://www.achegas.net/numero/vinte/edna_araujo_20.htm. Acesso em: 27/09/2016.

²³⁸ LIMA, op. cit.,

Pedrinhas, Cascavel e Porto Alegre. De mais a mais, levando-se em conta que é comum não haver qualquer separação entre presos provisórios e definitivos, nem tampouco entre presos que cometeram crimes com diferentes graus de violência, tais pessoas são expostas a um possível recrutamento por organizações criminosas, que vêm ganhando cada vez mais força em nosso sistema penitenciário.

O Brasil tem 607.731 presos, segundo o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias-INFOPEN realizado em junho de 2014 e publicado pelo Ministério da Justiça em junho de 2015. Existem, portanto, cerca de 300 presos para cada cem mil habitantes no país. E ainda, o sistema prisional brasileiro - que abrange o sistema penitenciário, as secretarias de segurança, asarceragens de delegacias e o sistema penitenciário federal, possuem o total de 376.669 vagas, o que gera o déficit de vagas de 231.062, ou seja, um espaço concebido para custodiar 10 pessoas, custodia aproximadamente 16 pessoas. O Brasil é o quarto país com maior população prisional do mundo, ficando apenas atrás dos Estados Unidos (1º), da China (2º) e da Rússia (3º). Além disto, cerca de 41% das pessoas privadas de liberdade são presos sem condenação, a mesma proporção de pessoas em regime fechado, o que significa dizer que quatro a cada dez presos estão encarcerados sem terem sido julgados e condenados (INFOPEN, 2015).²³⁹

3 A IMPLANTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: UMA ALTERNATIVA À REDUÇÃO DO ENCARCERAMENTO EM MASSA?

A implementação das audiências de custódia está prevista em pactos e tratados internacionais assinados pelo Brasil, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica.

²³⁹ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. INFOPEN. Junho de 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 27/09/2016.

Além disso, no ano de 2011 começou a tramitar no Congresso Nacional o projeto de Lei do Senado nº 554/2011²⁴⁰, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, que altera o § 1º do artigo 306 do Código de Processo Penal, para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante é o início da inserção da audiência de custódia no cenário brasileiro.

Contudo, até o momento o projeto de Lei não foi aprovado. Dada essa indefinição no âmbito legislativo, o Poder Judiciário começou a emitir as primeiras posições sobre o tema, fosse pelo entendimento da autoaplicabilidade dos tratados e convenções ratificados pelo Brasil que fazem referência à audiência de custódia, fosse pelo entendimento da desnecessidade da aplicação da audiência de custódia, em razão do sistema jurídico brasileiro assegurar direitos e garantias por meio da norma constitucional e infraconstitucional²⁴¹.

Cita-se, a exemplo, uma decisão inédita do Egrégio Tribunal de Justiça proferida no julgamento do Habeas Corpus nº 1.358.323-2,²⁴² de relatoria do Eminentíssimo Desembargador José Laurindo de Souza Netto, e acompanhado pelos integrantes da Quinta Câmara Criminal, na qual advertiu-se sobre a implementação da audiência de custódia e o compromisso da jurisdição com a compreensão conjunta da Constituição Federal e da proteção internacional dos direitos humanos. Confira-se a ementa:

HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - DENÚNCIA PELO ARTIGO 33, CAPUT DA LEI Nº 11.343/06 - PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA - AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA - PREVISÃO EM PACTOS E TRATADOS INTERNACIONAIS RATIFICADOS PELO BRASIL - CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE - EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PREVISTOS NA ORDEM INTERNACIONAL - REQUISITOS DA PRISÃO - FUNDAMENTAÇÃO COM BASE NA QUANTIA CONSIDERÁVEL DE DROGAS - AUSÊNCIA DE MELHOR TÉCNICA - FALTA DE CONEXÃO LÓGICA - QUANTIDADE CONCRETAMENTE APREENDIDA QUE NÃO SE REVELA EXPRESSIVA - AUSÊNCIA DE PERIGO CONCRETO - MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS - CIRCUNSTÂNCIAS

²⁴⁰ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 554/2011**. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em: 27/09/2016.

²⁴¹ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

²⁴² PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Acórdão em Habeas Corpus nº 1.358.323-2**. Relator Desembargador José Laurindo de Souza Netto. DJ 23/04/2015.

DO CASO QUE INDICAM A NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO DE SUA APLICAÇÃO - ARTIGO 282 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA POR UNANIMIDADE.1. Dispõe o artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos que "Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais (...)". No mesmo sentido assegura o artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos que "Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais (...)".2. "Isto porque os direitos humanos são extraídos dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, e, por isso, não se exige da jurisdição apenas um controle de constitucionalidade, com vistas a efetivar os direitos previstos na Constituição, mas também um controle de convencionalidade, com o objetivo de efetivar os direitos humanos previstos na ordem internacional".3. "Nesse contexto, o controle de convencionalidade das leis pela jurisdição contribui para que os direitos humanos previstos nos tratados internacionais sejam incorporados às decisões judiciais, permitindo a interiorização deste consenso por meio das decisões judiciais. Deste modo, a jurisdição constitucional funciona como instrumento potencializador da efetividade dos direitos humanos, na medida em que, a partir da compreensão crítica da realidade, sob o prisma direitos humanos, aplica este consenso no âmbito interno, operando, assim, como ferramenta de transformação social". [...] (TJPR - 5ª C.Criminal - HCC - 1358323-2 - Curitiba - Rel.: José Laurindo de Souza Netto - Unânime - - J. 23.04.2015).

Em fevereiro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça em parceria com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo, lançou o projeto Audiência de Custódia²⁴³.

A Audiência de Custódia consiste, deste modo, na garantia da rápida apresentação do preso a um juiz nos casos de prisões em flagrante. A ideia é que o acusado seja apresentado e entrevistado pelo juiz, em uma audiência em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso²⁴⁴. Durante a audiência, o juiz analisará a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. O juiz poderá avaliar também eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades.²⁴⁵

²⁴³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. op. cit., acesso em: 27/09/2016.

²⁴⁴ Idem.

²⁴⁵ Idem.

Assim, a Audiência de Custódia inova ao proporcionar uma interação face a face entre o magistrado e o preso, possibilitando ainda uma análise concreta e humanizada acerca das condições reais da prisão. E ainda nas palavras de Souza Netto:²⁴⁶

A audiência de custódia, por romper a barreira entre o juiz e o preso, permite uma análise concreta e humanizada sobre as condições reais da prisão, dando sustentação à compreensão crítica da realidade, postura que se impõe para a efetivação da garantia da motivação substancial dos decretos prisionais, bem como à racionalização da aplicação das prisões.

Acrescenta-se que na audiência de custódia não se discutirá a questão do mérito, apenas a instrumentalidade da prisão e a segurança da pessoa presa, nas hipóteses em que houver a suspeita de maus-tratos ou riscos sobre a vida do custodiado. Nesse sentido explica Toscano Junior:²⁴⁷

Na audiência de custódia não se aborda questão de mérito, senão a instrumentalidade da prisão e a incolumidade e a segurança pessoal do flagrantado, quando pairam indícios de maus-tratos ou riscos de vida sobre a pessoa presa. Não é o contato pessoal do juiz com o preso que o contamina. O distanciamento que é contamina de preconceitos, no sentido de conceitos prévios, sem maiores fundamentos. A presença do preso permite avaliar muito melhor o cabimento ou não da prisão. Traz a faticidade.

A tabela abaixo foi elaborada com base nos dados oferecidos pelo CNJ²⁴⁸ que mostra a implantação da audiência de custódia em todos os Estados Brasileiros, exhibe o total de audiências de custódia realizadas no referido período, o total de liberdade provisória concedida, a quantidade de custodiados que alegaram violência no ato da prisão e a quantidade de custodiados que foram encaminhados para o serviço social.

²⁴⁶ SOUZA NETTO, op. cit., 2016.

²⁴⁷ TOSCANO JR., Rosivaldo. **Muito mais que uma Audiência de Custódia**. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/muito-mais-que-uma-audiencia-de-custodia-por-rosivaldo-toscano-jr/>> . Acesso em: 27/09/2016.

²⁴⁸ MAPA da Implantação da Audiência de Custódia no Brasil. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 25/09/2016.

Tabela 1 - Audiência de Custódia em números²⁴⁹

Estado	Total	Prisão Preventiva	Liberdade Provisória	Violência na Prisão	Serviço Social
Acre (AC)	1.308	44%	56%	2%	2%
Alagoas (AL)	99	21%	79%	0%	0%
Amapá (AP)	1.904	41%	59%	0%	4%
Amazonas (AM)	1.643	54%	46%	41%	2%
Bahia (BA)	2.981	35%	65%	0%	2%
Ceará (CE)	5.035	58%	42%	6%	0%
Distrito Federal (DF)	8.726	47%	53%	3%	1%
Espírito Santo (ES)	8.614	53%	47%	4%	43%
Goiás (GO)	3.823	64%	36%	8%	0%
Maranhão (MA)	2.351	49%	51%	3%	0%
Mato Grosso (MT)	3.088	43%	57%	15%	41%
Mato Grosso do Sul (MS)	6.727	52%	48%	0%	3%
Minas Gerais (MG)	10.007	52%	48%	0%	17%
Pará (PA)	3.184	52%	48%	8%	9%
Paraíba (PB)	2.708	45%	55%	1%	0%
Paraná (PR)	8.175	55%	45%	2%	1%
Pernambuco (PE)	3.642	61%	39%	2%	0%
Piauí (PI)	1.328	59%	41%	6%	27%
Rio de Janeiro (RJ)	5.105	60%	40%	2%	59%
Rio Grande do Norte (RN)	1.678	50%	50%	2%	1%
Rio Grande do Sul (RS)	3.833	84%	16%	8%	0%
Rondônia (RO)	3.038	57%	43%	7%	3%
Roraima (RR)	949	50%	50%	2%	4%
Santa Catarina (SC)	1.749	50%	50%	12%	7%
São Paulo (SP)	28.431	51%	49%	8%	8%
Sergipe (SE)	3.520	61%	39%	2%	0%
Tocantins (TO)	570	57%	43%	0%	0%

Fonte: Os autores (2016)

Observa-se, pelos números apresentados que aproximadamente metade dos presos que passaram pela audiência de custódia obtiveram a concessão da liberdade provisória, o que é um número muito significativo se considerar os dados apresentados anteriormente com base no relatório do INFOPEN que demonstram que mais de 40% das pessoas presas cautelarmente.

Desta forma, denota-se que a audiência de custódia oportuniza aos presos em geral o direito humano fundamental de serem levados à presença de um juiz em 24 horas após a prisão. Nessa ocasião, terá o preso, individualmente a oportunidade de se defender, de se explicar, ou pelo menos

²⁴⁹ Referente ao período da implantação até o mês de agosto de 2016.

sensibilizar o juiz, direta ou indiretamente, visando à concessão de liberdade provisória, ou ainda, de exercer o direito constitucional de permanecer em silêncio²⁵⁰.

Assim, a implementação da audiência de custódia no Brasil oferece inúmeras vantagens, como por exemplo, ajusta o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos; reduz o encarceramento em massa no país, com uma significativa redução no alto índice de presos provisórios, amenizando a superpopulação carcerária e reduzindo o déficit de vagas;²⁵¹ proporciona melhorias nas condições de cumprimento da pena dos presos já condenados nos estabelecimentos prisionais e ainda, reduzindo os custos, tendo em vista que haverá uma diminuição de presos cautelares; a superação da forma, a “fronteira do papel” estabelecida no artigo 306, § 1º, do Código de Processo Penal, que se satisfaz com o mero envio do auto de prisão em flagrante para o magistrado, porquanto através dela se promove um *encontro* do juiz com o preso²⁵² e ainda, a necessidade do magistrado fundamentar adequadamente as hipóteses da prisão preventiva para o preso que será mantido custodiado após a realização da audiência.²⁵³

CONCLUSÃO

A Audiência de Custódia foi recentemente implantada no Brasil, por meio de uma iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2015, apesar da sua longa existência em tratados internacionais de direitos humanos, nos quais o Brasil é, inclusive, signatário. Além disto, tramita no Congresso Nacional o projeto de Lei do Senado nº 554/2011, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, que altera o § 1º do artigo 306 do Código de Processo Penal.

²⁵⁰ DEOLINDO, Vanderlei. **Audiência de Custódia: da boa intenção à boa técnica.** Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica. Porto Alegre: FMP, 2016. Disponível em: <<http://www.fmp.com.br/publicacoes>>. Acesso em: 27/09/2016.

²⁵¹ MASI, Carlo Velho. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. **Revista dos Tribunais** [recurso eletrônico], 2015.

²⁵² LOPES JUNIOR; Aury. PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e a imediata apresentação do preso ao Juiz:** Rumo a evolução civilizatória do processo penal. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul [on line]. Ano 5, v.9, mai/ago. 2014.

²⁵³ SOUZA NETTO. op. cit., 2016.

Observa-se que a Audiência de Custódia foi implantada em todos os estados brasileiros e ainda que não seja possível quantificar exatamente o quanto que se reduziu de fato o encarceramento em massa, é possível notar que em praticamente todos os estados a proporção de presos que obtiveram a liberdade provisória é de aproximadamente 50%.

Isso quer dizer que do total de pessoas que ingressaram no sistema prisional através da prisão em flagrante (prisão cautelar beneficiária direta da audiência de custódia), metade delas foram beneficiadas com a liberdade provisória. Não se sabe, se estes mesmos números seriam obtidos sem a implantação da audiência de custódia, ou seja, no momento em que o auto de prisão em flagrante é encaminhado para o magistrado que deverá escolher uma das hipóteses dentre aquelas previstas no artigo 310 do Código de Processo Penal.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ARAUJO, Edna Del Pomo de. **Vitimização Carcerária: Propostas e Alternativas**. Disponível em: http://www.achegas.net/numero/vinte/edna_araujo_20.htm. Acesso em: 27/09/2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 26/09/2016.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 26/09/2016.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 554/2011**. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>. Acesso em: 27/09/2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de Custódia**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 27/09/2016.

DEOLINDO, Vanderlei. **Audiência de Custódia: da boa intenção à boa técnica**. Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica. Porto Alegre: FMP, 2016. Disponível em: <<http://www.fmp.com.br/publicacoes>>. Acesso em: 27/09/2016.

GOMES, Luiz Flávio. **A lei das medidas cautelares é um avanço?** São Paulo. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-23/coluna-lfg-lei-medidas-cautelares-alternativas-avanco>>. Acesso em: 26/09/2016.

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. INFOPEN. Junho de 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 27/09/2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES JUNIOR; Aury. PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e a imediata apresentação do preso ao Juiz**: Rumo a evolução civilizatória do processo penal. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul [online]. Ano 5, v.9, mai/ago. 2014.

MAPA da Implantação da Audiência de Custódia no Brasil. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 25/09/2016.

MASI, Carlo Velho. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. **Revista dos Tribunais** [recurso eletrônico], 2015.

MASSARO, Camilla Marcondes. Desemprego, repressão e criminalização social no Brasil: violência e encarceramento em massa. **Revista Espaço Acadêmico**, v. 10, n. 119, 2011, p. 28-35.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Acórdão em Habeas Corpus nº 1.358.323-2**. Relator Desembargador José Laurindo de Souza Netto. DJ 23/04/2015.

PASTANA, Débora Regina. Estado punitivo e encarceramento em massa: retratos do Brasil atual. **Revista brasileira de ciências criminais**, 2009, n. 77, p. 313-330.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. Aspectos relevantes sobre a audiência de apresentação do preso. **Revista Judiciária do Paraná**. Curitiba-PR, ano XI, n. 11, maio. 2016.
<https://issuu.com/revistajudiciaria/docs/revista_judici__ria___11_-_maio_201>. Acesso em: 25/09/2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

TOSCANO JR., Rosivaldo. **Muito mais que uma Audiência de Custódia**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/muito-mais-que-uma-audiencia-de-custodia-por-rosivaldo-toscano-jr/>> . Acesso em: 27/09/2016.

A RESPONSABILIDADE PENAL ISOLADA DA PESSOA JURÍDICA EM CRIMES AMBIENTAIS: ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 548.181 - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL

Claudia Spinassi

Autora - Aluna Regular do Programa de Doutorado em Direito Penal da Universidade de Buenos Aires; Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná; Professora da Escola da Magistratura do Paraná; Membro da Comissão de Implantação das APACs do Tribunal de Justiça do Paraná (Portaria n. 4324-DM); Colaboradora do Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Penitenciário do Conselho Nacional de Justiça pelo Tribunal de Justiça do Paraná (Portaria n. 3488-DM); Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná; Diplomada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina.

Marcos Vinicius Dias Carrasco

Coautor - Graduado em direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE). Especialista em Direito Aplicado pela Escola de Magistratura do Paraná (EMAP). Membro Fundador e Presidente do 1º Conselho Fiscal da Associação de Proteção e Assistência ao Condenado (APAC) de Cascavel - PR. Assessor Jurídico de Gabinete do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). Professor de Direito Penal e Processo Penal na União Educacional de Cascavel – PR

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar criticamente uma recente decisão da Suprema Corte do Brasil que, por maioria de votos, passou a admitir que pessoas jurídicas venham a ser criminalmente responsabilizadas por danos causados ao meio ambiente, independentemente da instauração da persecução penal em face de pessoas físicas. Com este objetivo em mente, primeiramente far-se-á a apresentação do caso e do e mentário da decisão para, em um momento subsequente, expor de forma sucinta os argumentos utilizados para amparar a tese referenciada, bem como apresentar as posições que os aplicadores do direito vêm adotando em relação ao tema no ordenamento jurídico nacional e estrangeiro. Durante o desenvolvimento dos pontos anteriores serão demonstrados os entraves que, aparentemente, impedem uma efetiva aplicação da tese em âmbito nacional (tanto de ordem material como processual) e, por fim, será colocada em cheque a conveniência político-criminal de se responsabilizar criminalmente os entes morais, principalmente tendo em vista a impossibilidade de serem eles sancionados em sua liberdade de locomoção e diante do amplo alcance das sanções administrativas-penais já existentes (medidas de caráter misto).

Palavras-chaves: Pessoa Jurídica; Responsabilidade Penal; Ambiente.

ABSTRACT

This paper aims to critically analyze a recent decision of Supreme Court of Brazil, which, by a majority of votes, has begun to admit that juridical persons will be criminally responsible for damages caused to environment, regardless of the institution of criminal prosecution of persons physical properties. With this aim in mind, the case and the statement of the decision will be presented first, at a later stage, to briefly outline the arguments used to support the referenced thesis, as well as to present the positions that the have been adopting in relation to the subject in the national and foreign legal order. During the development of the previous points will be demonstrated the obstacles that, apparently, prevent an effective application of the thesis at national level (both material and procedural) and, finally, will be put in check the political-criminal convenience of being responsible Criminals, especially in view of the impossibility of being punished in their freedom of movement and in view of the wide scope of existing criminal-administrative sanctions (measures of mixed character).

Key-words: Legal person; Criminal Responsibility; Environment.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo a realização de uma análise crítica sobre uma recente decisão da Suprema Corte do Brasil que, por maioria de votos, passou a admitir que pessoas jurídicas venham a ser criminalmente responsabilizadas por danos causados ao meio ambiente, independentemente da instauração de uma persecução penal em face de pessoas físicas

Com este objetivo em mente, primeiramente far-se-á a apresentação do caso e do ementário da decisão, para que em um momento subsequente sejam, sucintamente, expostos os argumentos utilizados para amparar a tese referenciada, bem como apresentadas as posições que os aplicadores do direito vêm adotando em relação ao tema no ordenamento jurídico nacional e estrangeiro.

Ainda durante o desenvolvimento dos pontos anteriores, serão demonstrados os entraves que, aparentemente, impedem uma efetiva aplicação da tese em âmbito nacional e, por fim, será colocada em cheque a conveniência político-criminal de se responsabilizar diretamente as pessoas morais, principalmente tendo em vista a impossibilidade de serem elas sancionadas em sua liberdade de locomoção e diante do amplo alcance das sanções administrativas-penais (medidas de caráter misto).

2 DO CASO FÁTICO E DO ENTENDIMENTO ESPOSADO PELO STF

No dia 16 de julho do ano 2000, o oleoduto OSPAR (pertencente à Petrobras S/A), que transporta petróleo do Terminal de São Francisco do Sul (TEFRAN) à refinaria de Araucária (REPAR), foi rompido durante uma manutenção malsucedida e acabou ocasionando o derramamento de 4.000.000 L (quatro milhões de litros) de óleo cru que se espalharam pelos Rios Barigui e Iguaçu e também por suas respectivas regiões ribeirinhas.

Em razão deste acontecimento, o Ministério Público Federal (MPF) ofertou denúncia perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região,²⁵⁴ almejando responsabilizar a Petrobras S/A, seu presidente (à época Henri Philippe Reichstul) e o superintendente da unidade subsidiária na qual ocorreu o acidente (à época Luiz Eduardo Valente Moreira), pela prática da conduta antijurídica que se encontra prevista no artigo 54, § 1º, da Lei n. 9.605/98²⁵⁵ (Lei de Crimes Ambientais).

Durante o trâmite da ação penal perante o Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região, o ex-presidente da Petrobras ingressou com pedido de *Habeas Corpus* junto ao STF (HC 83.554-6 PR), que, após analisar as razões invocadas no *writ*, determinou que o impetrante fosse excluído do polo passivo da ação penal retro mencionada, argumentando, para tanto, que no bojo daquele processo não restaram reunidos elementos de convicção aptos a demonstrar que sua conduta (ação humana), enquanto dirigente, corroborou para a ocorrência do acidente.

Frente à esta ocorrência, o superintendente da unidade subsidiária ingressou com mandado de segurança perante o próprio TRF da 4ª Região buscando encerrar a relação processual que havia sido instalada contra si.

Contudo, o sobredito *mandamus* restou denegado pelo tribunal supramencionado e assim sobreveio a interposição de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS 16.696 PR), o qual conduziu o feito ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, com base nos argumentos que haviam sido invocados pelo STF no julgamento do HC 83.554-6 PR, de ofício, concedeu *Habeas Corpus* ao sobredito superintendente.

Em face destes acontecimentos (exclusão das pessoas físicas da relação processual), o STJ teceu ponderações sobre o princípio do *nullum crimen sine actio humana* ao final das quais determinou o trancamento da ação penal sob a alegação de que o processamento da pessoa jurídica pelo suposto cometimento de crime ambiental somente seria possível na hipótese de a *persecutio criminis* ser simultaneamente desencadeada contra a pessoa física

²⁵⁴ No Brasil há uma divisão entre Justiça estadual e federal; e para cada grupo de Estados (províncias) há um Tribunal Regional Federal.

²⁵⁵ Lei n. 9.605/98. Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

que, mediata ou imediatamente, no exercício das atribuições que lhe fossem conferidas pelo estatuto social, ter corroborado para a prática do fato-crime.

Inconformado com a decisão supramencionada, o MPF interpôs Recurso Extraordinário perante o STF (RExt. 548.181 PR), que, através de sua Primeira Turma, no dia 29 de outubro do ano de 2014, admitiu, por maioria de votos e pela primeira vez na história do Direito Brasileiro²⁵⁶, a possibilidade da pessoa moral vir a ser responsabilizada pela prática de ilícitos ambientais, independentemente da instauração de processo criminal em desfavor de qualquer pessoa física, nos seguintes termos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido (RE 548181, Relator(a): Min. ROSA WEBER,

²⁵⁶ O Recurso Especial - RE 628.582 AgR, julgado em 2011, invocado no julgamento do RE 548.181, teve seu conhecimento negado por ausência de prequestionamento. Logo, nele não se debateu apropriadamente sobre a matéria.

3 DAS CRÍTICAS FEITAS À DECISÃO

Preocupados com os reflexos da nova posição da Turma, muitos juristas brasileiros se manifestaram sobre a decisão em tela.

Alguns, como Heloisa Estellita,²⁵⁷ sustentaram que além de carecer de bases tecnicamente jurídicas, a decisão da Suprema Corte foi tomada de maneira casuística, por força do quadro de total impunidade que tinha se instalado com a inadequada instrução probatória da ação penal que havia sido ajuizada perante o TRF da 4ª Região.

Sem entrar no mérito da qualidade da colheita de provas, fato é que no corpo do próprio acórdão de referência, se pode facilmente perceber que, em parte, o novo posicionamento adotado pelo STF foi desencadeado pela dificuldade prática de identificação da pessoa física diretamente responsável pela prática criminosa em ambientes corporativos, o que resta claro nos seguintes excertos:

[...] decorre exatamente da percepção da insuficiência e da dificuldade da responsabilização penal da pessoa física para prevenir a prática de crimes ambientais, ou de outra natureza, por parte de entidades corporativas [...]. (p. 38)

[...] reconhece-se que a distribuição de competências no interior das modernas organizações e aparatos societários complexos impossibilita, em quantidade não desprezível de casos, a identificação e respectiva imputação de infrações penais a um sujeito concreto [...]. (p. 51)

[...] na extrema dificuldade de obtenção da prova da autoria de ilícitos cometidos no ambiente empresarial e de conglomerados associativos, de intensa e intrincada segmentação na tomada de decisões e na conduta técnica e de opções da sociedade, muitas vezes desenvolvidas em etapas sucessivas e complementares [...] (p. 51).

²⁵⁷ ESTELLITA, Heloísa. **A responsabilidade isolada da pessoa jurídica em crimes ambientais.** Disponível em: http://www.conjur.com.br/2014-dez-16/heloisa-estellita-responsabilidade-isolada-crimes-ambientais#_ftn4. Acessado em: 07.09.2015.

Mesmo sem descurar da conveniência processual do novo posicionamento, a grande maioria dos estudiosos do tema acabou optando por confrontar a pertinência da decisão sob um enfoque mais técnico, argumentando, para tanto, que a incapacidade penal da pessoa jurídica é evidente quando se estuda a teoria do delito e os seus postulados, dentre os quais merecem especial destaque os conceitos de ação e de culpabilidade, bem como as noções de personalidade e de finalidades da pena, elementos estes indissociáveis da responsabilização criminal.

Nesta perspectiva, memoram os adeptos desta corrente que dentre os elementos do delito se situa a ação, que, por força do princípio do *nullum crimen sine actione* (não há crime sem ação), somente pode ser desencadeada na seara do Direito Penal a partir do momento em que a incolumidade de um bem jurídico é maculada por uma conduta humana, pelo simples fato de ser apenas o homem quem, verdadeiramente, pode agir.²⁵⁸

A propósito, também a mais alta Corte Infraconstitucional do Brasil adotou tal raciocínio por ocasião do julgamento do RMS 16.696/PR, conforme deixa claro o excerto abaixo colacionado:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. OCORRÊNCIA. 1. Admitida a responsabilização penal da pessoa jurídica, por força de sua previsão constitucional, requisita a actio poenalis, para a sua possibilidade, a imputação simultânea da pessoa moral e da pessoa física que, mediata ou imediatamente, no exercício de sua qualidade ou atribuição conferida pela estatuto social, pratique o fato-crime, atendendo-se, assim, ao princípio do nullum crimen sine actio humana. 2. Excluída a imputação aos dirigentes responsáveis pelas condutas incriminadas, o trancamento da ação penal, relativamente à pessoa jurídica, é de rigor. 3. Recurso provido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício. (STJ, Relator: Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Data de Julgamento: 09/02/2006, T6 - SEXTA TURMA). *Grifado.*

Para além das questões afetas à ação, consideráveis penalistas também defenderam que a culpabilidade, entendida como um juízo de reprovabilidade

²⁵⁸ Corroborando este raciocínio, Zaffaroni pondera que “en el derecho penal stricto sensu las personas jurídicas no tienen capacidad de conducta, porque el delito se elabora sobre la base de la conducta humana individual, [...] porque el delito según surge de nuestra ley es una manifestación individual humana. En: Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires: EDIAR, 1981, vol. III, p. 55/57.

da conduta, somente pode ser aferida a partir de um comportamento humano, sendo inadmissível, portanto, que uma pessoa jurídica possa praticar um fato culpável.²⁵⁹

Atenta a estas críticas, ao tratar dos critérios de imputação da pessoa jurídica por crimes ambientais no acórdão do RExt. 548.181/PR, a Ministra Relatora Rosa Weber reconheceu ser indispensável a “elaboração de novos – exclusivos ou conglobantes – conceitos de ação e culpabilidade válidos para as pessoas jurídicas” (p. 48 e 49) e ponderou que “[...] não há como simplesmente pretender transpor o paradigma de imputação das pessoas físicas aos entes coletivos”, concluindo que “o mais adequado, com vista a efetividade da norma constitucional, será que doutrina e jurisprudência desenvolvam esses critérios, mas sem que tal desenvolvimento acarrete o esvaziamento do mandamento constitucional de apenação da pessoa jurídica” (p. 55).²⁶⁰

Para além daquilo que já foi averbado, força convir que mesmo na hipótese de ser ultrapassada a fase da imputação penal (ou seja, ainda que, como sugerido pela Ministra Relatora, sejam elaborados novos conceitos de

²⁵⁹ Assome-se, por oportuno, que outrora também o doutrinador Jiménez de Asúa já se posicionava contra a possibilidade de a pessoa moral ser penalmente responsabilizada sob o argumento de que “[...] la culpabilidad es el conocimiento de la significación del hecho” e que, portanto, “[...] la persona moral no puede ejecutar ningún hecho con dolo, ni tampoco la pena no tiene la fuerza de intimidar a una persona moral. In: *Dogmática Jurídico-Penal*, Caracas: Editorial Artes Gráficas, 1947, p. 117. Citado por MOREIRA, Rômulo de Andrade. In: <http://jus.com.br/artigos/26358/o-stf-e-a-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica#ixzz3ksGIBowh>. Acesso em: 12 oct. 2015.

²⁶⁰ Este cambio de pensamento dogmático penal ocorreu na França, a qual, desde 1992, aderiu à responsabilidade penal das pessoas jurídicas, sem excluir a responsabilidade da pessoa física de quem partiu a decisão, de forma bastante ampla. Todas as pessoas jurídicas são objeto do novo Código Penal francês, inclusive sindicatos e associações, tendo como exceção apenas o Estado e as coletividades territoriais. Em respeito ao princípio da especialidade, o legislador francês decidiu infração por infração se a pessoa jurídica poderia ser responsabilizada. Assim, no âmbito ambiental foi reconhecida tal responsabilização em determinados crimes, quais sejam: abandono de veículos em via pública, poluição atmosférica, eliminação de dejetos sobre a água, entre outros. Na França, o fundamento da responsabilidade dos grupos é a realidade da existência, sob todos os aspectos, da pessoa moral, modo de expressão de um autêntico querer coletivo, capaz de interdição, de ação, portanto de culpa. Desta forma, o legislador criou uma penologia apropriada aos entes sociais. Enquanto as penas aplicadas aos indivíduos visam, ao menos, em parte, à ressocialização, as penas previstas para as pessoas jurídicas visam somente à prevenção e à dissuasão. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 675. Citado por FREITAS, Gizele Luzia de Mello de; SPENGLER, Adriana Maria Gomes de Souza. A possibilidade de responsabilização penal exclusiva da pessoa jurídica em crimes ambientais. *Revista Eletrônica de Iniciação Científica*. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.1, p. 921-942, 1º Trimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/ricc - ISSN 2236-50444. Acesso em: 09 set. 2015.

ação e culpabilidade adequados às peculiaridades da pessoa jurídica), a possibilidade de responsabilização penal do ente moral também encontraria entraves nas teorias da pena, seja quando se fala em prevenção geral ou especial, ou mesmo quando se trata da ressocialização.

Isto porque, vigora no Brasil o princípio da pessoalidade da pena (nenhuma pena passará da pessoa do condenado - art. 5º, XLV, da Constituição Federal), o qual impede a aplicação de uma sanção a um ente coletivo composto por várias pessoas, pelo simples fato de muitos destes sujeitos serem absolutamente alheios à prática do fato criminoso. Por esta razão, em análise ao princípio em voga, alguns juristas chegam a afirmar que o ato de permitir a responsabilização penal da pessoa jurídica nada mais é que “[...] a consagração da odiosa responsabilidade penal objetiva, de triste lembrança”;²⁶¹ e esta preocupação tem razão de ser, posto que o próprio Ministro Roberto Barroso, que acompanhou o voto da relatora, se manifestou no sentido de admitir a possibilidade de a responsabilidade penal da pessoa jurídica ser até mesmo objetiva (v. p. 59), arrazoando que:

O fato do artigo 225, § 3º, não fazer menção específica à exclusividade da pessoa jurídica, ou a possibilidade de responsabilidade seja estabelecida sem que se subjetive a culpabilidade em uma pessoa, é uma dicção, de certa forma, semelhante ao do 37, § 6º, que estabelece a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de Direito Público e das pessoas privadas que prestem serviços públicos, igualmente sem distinguir entre responsabilidade subjetiva e objetiva, um pouco a caracterizar que onde a Constituição não distingue é porque está admitindo qualquer tipo de responsabilização (p. 59).

Para além destes pontos de direito material, afigura-se oportuno mencionar que no cerne do ordenamento jurídico pátrio, consideráveis doutrinadores se posicionaram contra a possibilidade de responsabilização penal isolada da pessoa jurídica, sob o argumento de que na ausência de normas processuais, a aplicabilidade prática do novo posicionamento invocado pela Suprema Corte acabaria por, invariavelmente, violar o comando diretivo que se encontra previsto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal (princípio do devido processo legal),.

Nesta perspectiva, há de se reconhecer que, se de um lado a Lei de Crimes Ambientais não estabeleceu nenhuma norma para o processamento

²⁶¹ ANDRADE, Rômulo. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/26358/o-stf-e-a-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica#ixzz3ksGIBowh>. Acesso em: 11 set. 2015.

penal da pessoa jurídica, de outro, também o Código de Processo Penal, que tem aplicação subsidiária, não o fez. Por força disto, no Brasil quando se pensa no processamento penal isolado da pessoa moral, de imediato, surgem os seguintes obstáculos procedimentais: a) a quem serão dirigidos os atos processuais de comunicação (citação, intimação e notificação)? b) quem será interrogado? c) será admissível a confissão? d) será possível a decretação da revelia? e) como se define a competência caso, por exemplo, não seja conhecido o lugar da infração?

No caso em análise, é muito pouco provável que tais questões venham a ser enfrentadas, afinal, já há manifestação nos autos pelo reconhecimento da prescrição, cuja possibilidade de reconhecimento, inclusive, já foi acenada.²⁶²

4 DIREITO COMPARADO

Quando a questão é transplantada para o cenário mundial, observa-se que a responsabilidade penal da pessoa jurídica vem sendo admitida em um número cada vez maior de países como uma forma apropriada de controlar os delitos econômicos e aqueles provenientes de negócios, em decorrência, principalmente, da organização das pessoas jurídicas em grandes e complexos conglomerados que acabam por pulverizar as responsabilidades individuais pelas decisões e ações que possam causar danos ambientais.

²⁶² Sobre a viabilidade jurídica de responsabilização penal da pessoa jurídica, sustenta TIEDEMANN, de uma forma muito completa, que as dificuldades dogmáticas tradicionais para acolher plenamente a criminalidade das agrupações se originam no conteúdo das noções fundamentais da doutrina penal: ação, culpabilidade, capacidade penal. À primeira vista, a ação sempre está ligada, no direito penal, ao comportamento humano e a culpabilidade ou culpa constitui uma censura ética ou moral humana que estaria excluída no caso das agrupações. Estas não poderiam ser, ademais, as destinatárias ou sujeitos passivos de penas criminais com finalidade preventiva e retributiva. Finalmente, sustenta que o estabelecimento de um verdadeiro direito penal das personas jurídicas, como uma nova “segunda via” junto ao direito penal das pessoas individuais, implica numerosos problemas de ordem processual. Afirma que “[...] se deben determinar las reglas de procedimiento que deberían asegurar ante todo la posibilidad de perseguir las agrupaciones independientemente de la persecución de los autores físicos”, e conclui que “[...] la experiencia forense de los Estados Unidos muestra la existencia de estos problemas, pero también las posibilidades para solucionarlos”. Em: TIEDEMANN, Klaus. *“Responsabilidad penal de las personas jurídicas”* en el sitio de internet DERECHO PENAL del profesor José Hurtado Pozo: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_07.pdf . Acceso en: 21 sept. 2015.

Alguns países como o Reino Unido, a França e os Estados Unidos, há bom tempo admitem a responsabilidade penal isolada da pessoa jurídica.²⁶³

Na mesma linha, dentro dos Estados membros da União Européia, os únicos países que seguem rejeitando a possibilidade de responsabilização individual da pessoa moral são a Espanha, a Grécia, a Alemanha e a Itália. Todavia, nestes dois últimos países se observa uma mudança de pensamento acerca da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. A discussão se centra em decidir se deve ser uma autêntica responsabilidade penal ou uma sanção penal-administrativa²⁶⁴.

No Brasil, forte no adágio *societas delinquere non potest*, a doutrina majoritária vem invocando a necessidade de manutenção da pureza dogmática do Direito Penal²⁶⁵, para se firmar refratária à responsabilização penal da pessoa jurídica.

No sistema inglês, a ideia de responsabilidade penal da pessoa moral surgiu como uma criação jurisprudencial no século XIX, porém a ideia foi evoluindo e após 1940 o termo “pessoa” passou a ser considerado pessoa natural ou moral e as pessoas jurídicas passaram a responder por todos os tipos de crimes. Este sistema admite a responsabilidade penal subjetiva e objetiva da pessoa jurídica.²⁶⁶

²⁶³ Desde o século XIX as Cortes inglesas reconhecem a possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas por crime praticado por seus integrantes ou empregados. Na França, desde 1992 e especialmente a partir do Código Penal de 1994, admite-se amplamente, conforme art. 121-2 do mencionado diploma legal, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, com exceção do Estado, para todo e qualquer crime. Nos Estados Unidos, seguiu-se de início o exemplo inglês. Posteriormente essa responsabilidade foi admitida de maneira até mais ampla, inclusive com pronunciamento da Suprema Corte norte-americana a respeito, como evidencia, v.g., o caso *New York Central e Hudson River R.R. v. US*, 212 U.S. 481, 1901. Citados no acórdão na p. 35-36. SÁNCHEZ, Jesús María. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva, p. 116.

²⁶⁴ Idem. p. 116.

²⁶⁵ Eladio Lecey observa a existencia de tres modelos legislativos relativos à responsabilidade penal da pessoa jurídica: el primero es el de dos países que aceptan la responsabilidad penal de la persona jurídica, sin mayores indagaciones (por ejemplo, Estados Unidos); el segundo es el de aquellos que la rechazan (por ejemplo, Italia); el tercero, adoptado por Brasil, admite la responsabilidad pero condicionada a determinadas situaciones definidas expresamente por el legislador. LECEY, Eladio, “A proteção do meio ambiente e a responsabilidade penal da pessoa jurídica”, em Freitas, Vladimir Passos de (org.), *em Direito ambiental em evolução*, n. 1, Curitiba: Juruá, 2. ed., p. 46.

²⁶⁶ Na Inglaterra, nos casos de responsabilidade subjetiva, em que se faz necessária a presença de culpa para a configuração do crime e, por conseguinte, tem-se como indispensável uma ação ou omissão do ser humano, os ingleses utilizam como fundamento penal a teoria da identificação (originária da jurisprudência cível que alcançou a esfera penal). Por esta teoria, o juiz ou tribunal deve procurar identificar a pessoa que não seja um empregado ou agente, cuja sociedade seja responsável pelo fato em decorrência de uma relação hierárquica, mas qualquer um que a torne

É na França, no entanto, que atualmente se pode encontrar o mais avançado sistema de tratamento da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Desde 1992, quando aderiu à responsabilidade penal das pessoas jurídicas (sem excluir a responsabilidade da pessoa física de quem partiu a decisão, considerando-as como autoras ou cúmplices dos mesmos fatos - responsabilidade cumulativa)²⁶⁷, o ordenamento jurídico francês aborda a questão de uma forma que evita que a responsabilidade criminal dos entes morais constitua uma cortina para mascarar as responsabilidades pessoais. No entanto, a tendência deste sistema é que a responsabilidade penal da pessoa jurídica seja isolada nos casos de infrações de negligência e de imprudência, principalmente quando o ato resultar de um defeito de concepção da empresa, em que o ato seja imputável a decisões múltiplas ou tomadas a diversos níveis.²⁶⁸

À exceção do Estado e das coletividades territoriais, todas as demais pessoas jurídicas são objeto do novo Código Penal francês (sejam elas de direito privado ou público) e em respeito ao princípio da especialidade, o legislador francês decidiu infração por infração se a pessoa jurídica poderia ser responsabilizada penalmente (responsabilidade especial). Assim, na esfera ambiental foi reconhecida tal responsabilização em determinados crimes, quais sejam: abandono de veículos em via pública, poluição atmosférica, eliminação de dejetos sobre a água, entre outros.²⁶⁹

Para justificar a responsabilização criminal da pessoa jurídica, a França utilizou o conceito de responsabilidade por ricochete (via reflexa), que é explicada através do mecanismo denominado "*emprunt de criminalite*", feito à pessoa física pela jurídica, e que tem como suporte obrigatório a intervenção humana. Noutros dizeres: a responsabilidade penal da pessoa moral está condicionada à prática de um fato punível suscetível de ser reprovado a uma pessoa física. Desse caráter subsequente ou de empréstimo

responsável porque o ato incriminado é o próprio ato da sociedade. Assim, a pessoa natural não fala, nem atua para a sociedade, ela atua enquanto sociedade e a vontade que dirige suas ações é a vontade da própria sociedade. A pessoa física se torna, assim, a personificação do ente coletivo, sua vontade é a vontade dele, numa verdadeira e total identificação. Em: SÁNCHEZ, Jesús María. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva, p. 117/118.

²⁶⁷ CESANO, José Daniel. *Problemas de responsabilidad penal de la empresa* en el sitio de internet DERECHO PENAL del profesor José Hurtado Pozo: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_58.pdf. Acesso em: 02 oct. 2015.

²⁶⁸ MACHADO, citado por FREITAS, op. cit., p. 673.

²⁶⁹ MACHADO, op. cit., p. 675.

resulta importante consequência: a infração penal imputada a uma pessoa jurídica será quase sempre igualmente imputável a uma pessoa física.²⁷⁰

Na França o legislador criou uma penologia apropriada aos entes sociais, pois enquanto as penas aplicadas aos indivíduos visam, ao menos em parte, à ressocialização, as penas previstas para as pessoas jurídicas visam somente a prevenção e a dissuasão. Neste sentido, foram estabelecidas como principais sanções as penas de: multa, dissolução da pessoa jurídica, colocação da corporação sob fiscalização judicial, fechamento do estabelecimento, proibição de emissão de cheques ou utilização de cédulas de crédito, confisco e publicação da sentença condenatória.²⁷¹

No Brasil, com exceção da pena de confisco de bens (que é vedada constitucionalmente), todas as demais sanções acima elencadas podem ser aplicadas nas searas civil e administrativa às pessoas jurídicas praticantes de ato ilícitos.

Neste cenário após analisar a abordagem do tema nos sistemas jurídicos nacional e estrangeiros, sérias dúvidas surgem em relação à utilidade e conveniência, em termos de política criminal, da responsabilização penal da pessoa jurídica, principalmente quando se pondera que o cumprimento da pena privativa de liberdade (meio de coação por excelência do Direito Penal) é, para ela, impossível²⁷².

Amparados nestas ponderações, há muito tempo os penalistas propõem a aplicação de medidas administrativas quando se está diante de ilícitos cometidos por intermédio de pessoas jurídicas. Bettiol, por exemplo, afirmava que a pessoa jurídica poderia “ser passível de medidas diversas da pena, de medidas de caráter administrativo (dissolução da sociedade, sanções pecuniárias, etc.), mas, em nenhum caso de penas verdadeiras”.²⁷³

Fato é que quando se analisa os sistemas de responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito comparado, percebe-se que as penalidades previstas

²⁷⁰ CARNEIRO, Herbert José Almeida. Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Monografia. Faculdade de Direito. Universidade de Milton Campos, Nova Lima, Minas Gerais, 2008, p. 48.

²⁷¹ MACHADO, op. cit., p. 675.

²⁷² Esta mesma indagação foi formulada pelo Ministro Marco Aurélio por ocasião do julgamento REExt. 548.181 PR, nos seguintes termos: “Já não se terá, nesta ação penal, tal como proposta, uma pessoa natural como acusada, mas, mesmo assim, placita-se persecução que envolve sanção a alcançar a liberdade de ir e vir. Fico a imaginar, uma vez selada a culpa da Petrobras, quem será escalado para cumprir a pena!”

²⁷³ Leia mais: <http://jus.com.br/artigos/26358/o-stf-e-a-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica#ixzz3ksGxz3Vj>

não são penas nem medidas de segurança propriamente ditas. São apenas consequências administrativas das condutas das empresas²⁷⁴, as quais não precisam de todo o rigorismo material e processual do direito penal para serem aplicadas, bastando, para tanto, a utilização do direito civil e administrativo, que, inclusive, poderiam trazer resultados muito mais céleres e eficazes.

Sobre o tema merece destaque os ensinamentos de Hassemer:²⁷⁵

Para combater a “criminalidade moderna” o *Direito Penal da culpabilidade* seria absolutamente inoperante, e alguns dos seus princípios fundamentais estariam completamente superados. Nesta criminalidade moderna, é necessário orientar-se pelo perigo em vez do dano, pois quando o dano surgir será tarde demais para qualquer medida estatal. A sociedade precisa dispor de meios eficientes e rápidos que possam reagir ao simples perigo, ao risco, deve ser sensível a qualquer mudança que poderá desenvolver-se e transformar-se em problemas transcendentais. Neste campo, o direito tem que se organizar preventivamente. É fundamental que se aja no nascedouro, preventivamente, e não representativamente. Nesse aspecto os bens coletivos são mais importantes do que os bens individuais; é fundamental a *prevenção*, porque a *repressão* vem tarde demais.

Sem endossar a nova doutrina do Direito Penal funcional, mas reconhecendo a necessidade de um combate mais eficaz em relação à *criminalidade moderna*, Hassemer²⁷⁶ sugere a criação de um novo direito, ao qual denomina de *Direito de Intervenção*, que seria um meio termo entre Direito Penal e Direito Administrativo, que não aplique as pesadas sanções de Direito Penal, especialmente a pena privativa de liberdade, mas que seja eficaz e possa ter, ao mesmo tempo, garantias menores que as do Direito Penal tradicional.

Agregue-se, a propósito, que o mesmo raciocínio foi esposado por Cezar Roberto Bitencourt, o qual ensina que a “criminalidade moderna”, que abrangeria a *criminalidade ambiental internacional, criminalidade industrial, tráfico internacional de drogas, comércio internacional de detritos*, onde se

²⁷⁴ Também Zaffaroni assevera que as leis “que sancionan a personas jurídicas, (...) no hacen más que conceder facultades administrativas al juez penal, o sea que las sanciones no son penas ni medidas de seguridad, sino consecuencias administrativas de las conductas de los órganos de las personas jurídicas.” Leia mais: <http://jus.com.br/artigos/26358/o-stf-e-a-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica#ixzz3ksGxz3Vj>

²⁷⁵ HASSEMER, Winfred. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2005.

²⁷⁶ HASSEMER, op. cit.,

incluiria a *delinquência econômica* ou criminalidade de “colarinho branco”, tem uma dinâmica estrutural e uma capacidade de produção de efeitos incomensuráveis, que o *Direito Penal clássico* não consegue atingir, diante da dificuldade de definir bens jurídicos, de individualizar culpabilidade e pena, de *apurar* a responsabilidade individual ou mesmo de admitir a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*.²⁷⁷

Não se pode olvidar que o Direito Penal é a *ultima ratio*, aplicável somente quando todos os demais ramos do direito se mostram ineficazes para, adequadamente, tutelar bens jurídicos e interesses juridicamente indispensáveis à coexistência harmônica e pacífica da sociedade; e assim o é porque o Direito Penal é a única esfera do direito que usa o cerceamento da liberdade de ir e vir das pessoas naturais como instrumento de controle social. Nesse ponto, há de se concordar com Zaffaroni que, ao analisar a questão, concluiu que nem tudo pode ser resolvido por meio do direito penal.²⁷⁸

²⁷⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 13. ed. São Paulo. Saraiva. 2008.

²⁷⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Parábola do açougueiro citada em conferência realizada no Brasil, no Guarujá, no dia 16 de setembro de 2001. “El canicero es un señor que está en una carnicería, con la carne, con un cuchillo y todas esas cosas. Si alguien le hiciera una broma al canicero y robase carteles de otros comercios que dijeran: ‘Banco de Brasil’, Agencia de viajes’, ‘Médico’, ‘Farmacia’, y los pegara junto a la puerta de la carnicería; el carnicero comenzaría a ser visitado por los feligreses, quienes le pedirían pasajes a Nueva Zelanda, intentarían dejar dinero en una cuenta, le consultarían: ‘tengo dolor de estómago, que puede hacer?’. Y el carnicero sensatamente respondería: ‘no sé, yo soy carnicero. Tiene que ir a otro comercio, a otro lugar, consultar a otras personas’. Y los feligreses se enojarían: ‘Cómo puede ser que usted está ofreciendo un servicio, tiene carteles que ofrecen algo, y después de no presta el servicio que dice?’. Entonces tendríamos que pensar que el carnicero se iría volviendo loco y empezaría a pensar que él tiene condiciones para vender pasajes a Nueva Zelanda, hacer el trabajo de un banco, resolver los problemas de dolor de estómago. Y puede pasar que se vuelva totalmente loco y comience a tratar de hacer todas esas cosas que no puede hacer, y el cliente termine con el estómago agujereado, el otro pierda el dinero, etc. Pero si los feligreses también se volvieran locos y volvieran a repetir las mismas cosas, volvieran al carnicero; el carnicero se vería confirmado en ese rol de incumbencia totalitaria de resolver todo.” Conclui, então, o mestre portenho: “Bueno, yo creo que eso pasó y sigue pasando con el penalista. Tenemos incumbencia en todo.”. Citado por MOREIRA, Citado por MOREIRA, Rômulo de Andrade. En: <http://jus.com.br/artigos/26358/o-stf-e-a-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica#ixzz3ksGIBowh>. Acesso em: 12 oct. 2015.

5 CONCLUSÃO

Com base neste contexto analítico, o que se conclui é que embora haja a possibilidade constitucional de ser promovido o processamento criminal isolado da pessoa jurídica no Brasil, no atual cenário normativo não se fazem presentes regras de direito material e processual que delimitem as diretrizes que devem ser observadas para que se viabilize a aferição da responsabilidade dos entes coletivos pela prática de ilícitos penais.

Neste passo, mesmo que se tome como constitucional o posicionamento que foi esposado pelo STF, há de se convir que a transposição da ideia para o mundo dos fatos reclama tanto a edição de normas (processuais e materiais) disciplinadoras do tema (como ocorreu na França e Estados Unidos); quanto a reformulação dos postulados da ação e da culpabilidade e das teorias da finalidade e da aplicação da pena.

Para além disto e frente à natureza das sanções que vem sendo aplicadas às pessoas jurídicas nos sistemas francês, estadunidense e inglês, parece sensato que se reconheça que não há necessidade de a esfera penal ser acionada para viabilizar o desestímulo da prática de ilícitos perpetrados por entes morais, afinal, o Direito Penal possui como característica marcante o rigorismo material e processual, estabelecido pelo fato de ser a única seara do Direito em que em que o Estado exerce seu poder de *imperium* com a força máxima, impondo atos de violência física contra seres humanos através do cerceamento do direito de liberdade, coação que não pode ser exercida contra a pessoa jurídica.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Rômulo. O STF e a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/26358/o-stf-e-a-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica#ixzz3ksGIBowh>. Acesso em: 11 set. 2015.

ASUA, Jiménez de. Dogmática Jurídico Penal. Caracas: Editorial Artes Gráficas, 1947, p. 117, *apud* MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O STF e a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. Disponível em:

<<http://jus.com.br/artigos/26358/o-stf-e-a-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica#ixzz3ksGIBowh>>. Acesso em: out. de 2015.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966. Tradução Paulo José da Costa Junior e Alberto Silva Franco.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 13. ed. São Paulo. Saraiva. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 548181**. Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, DJe-213 Div. em 29-10-2014. Pub. em 30-10-2014.

CARNEIRO, Herbert José Almeida. Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Monografia**. Faculdade de Direito. Universidade de Milton Campos, Nova Lima, Minas Gerais, 2008.

CESANO, José Daniel. **Problemas de responsabilidad penal de la empresa en el sitio de internet**. DERECHO PENAL del profesor José Hurtado Pozo: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_58.pdf. Acesso em: 02 out. 2015.

DALCIN, Eduardo Roth. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o descumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho**. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1283281900.pdf> . Acesso em outubro de 2015.

ESTELLITA, Heloísa. **A responsabilidade isolada da pessoa jurídica em crimes ambientais**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2014-dez-16/heloisa-estellita-responsabilidade-isolada-crimes-ambientais#_ftn4. Acessado em: 07.09.2015.

FREITAS, Vladimir Passos de (org.). **Direito ambiental em evolução**. n. 1, Curitiba: Juruá.

FREITAS, Gizele Luzia de Mello de; SPENGLER, Adriana Maria Gomes de Souza. A possibilidade de responsabilização penal exclusiva da pessoa jurídica em crimes ambientais. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.1, p. 921-942, 1º Trimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/ricc - ISSN 2236-50444. Acesso em: 09 set. 2015.

HASSEMER, Winfred. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2005.

HURTADO POZO, José. **Personas jurídicas y responsabilidad penal**. In: Anuario de Derecho Penal, 1996, Responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_09.pdf. Acesso em: out. de 2015.

LECEY, Eladio. A proteção do meio ambiente e a responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: Freitas, Vladimir Passos de (org.). **Direito ambiental em evolução**, n. 1, 2. ed. Curitiba: Juruá.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**, p. 675. Citado por FREITAS, Gizele Luzia de Mello de; SPENGLER, Adriana Maria Gomes de Souza. A possibilidade de responsabilização penal exclusiva da pessoa jurídica em crimes ambientais. *Revista Eletrônica de Iniciação Científica*. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.1, p. 921-942, 1º Trimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/ricc - ISSN 2236-50444. Acesso em: 09 set. 2015.

MONCAYO, Néstor J. **Delitos Cambiarios y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1985. Citado por SOARES, Jardel de Freitas. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio de derecho comparado entre Argentina y Brasil. Disponível em: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista036/RESPONSABILIDAD_PENAL_DE_LAS_PERSONAS_JURIDICAS.pdf>. Acesso em: set. de 2015.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O STF e a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26358/o-stf-e-a-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica#ixzz3ksGIBowh>>. Acesso em: out. de 2015.

PRADO, Luiz Regis. La cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica en derecho brasileño. **Revista de Derecho Penal y Criminología**. 2ª Época, núm. 6, 2000.

PRADO, Luiz Regis. **Crimes contra o meio ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

REYNA ALFARO, Luis Miguel. **Panorama actual de la responsabilidad penal de las empresas.** en Teleley.com, revista peruana on-line: Disponible en: <<http://www.teleley.com/revistaperuana/3reyna-68.pdf>>. Acesso em: 08 de set. 2015.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica.** Direito Penal na Contramão da História. Coleção Temas Atuais de Direito Criminal, v. 2. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. El nuevo proceso penal. Lima: Editorial Idemsa, 2009.

SÁNCHEZ, Jesús María. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica:** em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TIEDEMANN, Klaus. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas.** DERECHO PENAL del profesor José Hurtado Pozo: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_07.pdf . Acesso em: 21 set. 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Tratado de Derecho Penal.** vol. III. Buenos Aires: EDIAR, 1981.

O PROSSEGUIMENTO DO PROCESSO PENAL PARA O RÉU REVEL CITADO POR EDITAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Luiz Valerio dos Santos

Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Professor da Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Londrina. Especializando em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR), na 4ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Londrina.

José Laurindo de Souza Neto

Doutor pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Graduação do Curso de Direito do Grupo Uninter e do Curso de Mestrado da Universidade Paranaense (Unipar). Ex-membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) na 3ª Câmara Cível, afastado, em virtude da Direção da Escola da Magistratura do Estado do Paraná

RESUMO

A paralisação indefinida do processo poderia levar a situações de imprescritibilidade não previstas na Constituição da República e, ante a ausência de previsão legal, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 415 pacificando o entendimento de que o prazo prescricional não pode ficar suspenso por período superior ao período máximo de prescrição, regulado pelo máximo da pena cominada. No entanto, há divergência nos tribunais pátrios quanto à possibilidade de prosseguimento, não apenas do prazo prescricional, mas também do processo, mesmo sem a presença do réu. O objetivo buscado no presente trabalho é analisar a situação processual do réu revel, citado por edital, após o decurso do período máximo de suspensão do prazo prescricional, bem como verificar se é possível, à luz dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, retomar o prosseguimento do processo, ainda que o réu não tenha sido localizado para citação pessoal. O método usado é o dedutivo. A pesquisa é bibliográfica de natureza doutrinária e jurisprudencial.

Palavras-chave: Processo penal. Suspensão. Contraditório. Ampla defesa.

ABSTRACT

The indefinite shutdown of the process could lead to imprescriptibility situations not provided for in the Constitution and, given the lack of legal provision, the Higher Court of Justice edited the Pronouncement 415 pacifying the understanding that the limitation period cannot be suspended for a period longer than the maximum limitation period set by the maximum of the imposed penalty. However, there is divergence in patriotic courts as to whether to continue not only the statute of limitations, but also the process even without the presence of the defendant. The aim pursued in the present study is to analyze the procedural situation of the defaulting defendant cited by public notice after the expiration of the tolling period and verify if it is possible, in the light of the constitutional principles of the contradictory and full defense, to resume the process continuation even if the defendant has not been located for personal quote. The method used is deductive. The research literature is of doctrinal and jurisprudential nature.

Keywords: Criminal proceedings; Suspension; Contradictory; Full defense.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade analisar a situação processual do réu revel, citado por edital, no processo penal, após decorrido o período de suspensão do prazo prescricional, bem como apresentar uma resposta, à luz dos princípios constitucionais que asseguram o devido processo legal, especialmente, o contraditório e a ampla defesa, à problemática que envolve a retomada do curso do processo sem a presença do réu.

No processo penal brasileiro, se o réu é citado por edital e não comparece, nem constitui advogado, o processo e o curso do prazo prescricional ficam suspensos. Ocorre que a suspensão do prazo prescricional não pode perdurar por tempo indeterminado, pois isso levaria a uma hipótese de crime imprescritível não previsto pelo legislador constituinte, que foi taxativo ao estabelecer, como imprescritíveis, somente os crimes de racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (CRFB, art, 5º, XLII e XLIV).

Assim, ante a falta de previsão legal quanto ao período de suspensão, pacificou-se no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que “*o período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada*” (Súmula 415). A questão que se coloca é se, mesmo sem a presença do réu que foi citado por edital, deve ser retomado também o curso do processo, ou este deve permanecer suspenso até que o réu seja encontrado, compareça espontaneamente, constitua advogado ou, ainda, até que decorra, por completo, o prazo prescricional.

A importância do estudo se justifica ante a divergência jurisprudencial encontrada sobre o tema, havendo, basicamente, duas correntes diametralmente opostas, que resultam em tratamentos diversos para situações semelhantes, não sendo incomum encontrar decisões divergentes, inclusive, entre câmaras criminais do mesmo tribunal.

A primeira corrente defende que, uma vez decorrido o período máximo de suspensão do prazo prescricional, regulado pelo máximo da pena cominada, deve ser retomado, não somente o curso do prazo de prescrição, mas também o processo, ainda que o réu continue ausente e não tenha sido citado pessoalmente.

Já a segunda corrente alberga o entendimento de que somente o curso do prazo prescricional é que deve ser retomado, permanecendo o processo

suspenso até que o réu seja localizado ou que o prazo prescricional decorra por completo.

Assim, há, de certo modo, uma insegurança jurídica, na medida em que situações absolutamente iguais podem receber tratamento desigual, a depender do entendimento adotado pelo órgão julgador, seja ele singular ou colegiado.

2 TEORIA DO PROCESSO

A necessidade de dirimir os conflitos de interesses, decorrentes de pretensões antagônicas, impõe que o Estado estabeleça normas claras e que sejam aplicáveis a todos, indistintamente, disciplinando a forma como as lides devem ser solucionadas.

Assim, dentre as formas de composição dos litígios, surge o processo como a mais adequada. Conforme lembra Muccio (2011, p. 5):

O Estado, considerado o único capaz de solucionar a lide, mormente a de natureza penal, até porque a paz e a tranquilidade social que tem por incumbência garantir, ficariam comprometidas ante a insubordinação dos litigantes, tinha de encontrar uma forma para compor os conflitos de interesses. E o processo passou a ser o meio adequado para solucionar as lides.

Ocorre que o processo, para ser válido, deve, além de seguir uma sequência de atos legalmente estabelecida, obedecer a alguns princípios que garantem, a todos os indivíduos, que ninguém seja privado de seus bens ou de sua liberdade, sem a observância de regras mínimas, das quais o Estado não pode abrir mão. É a garantia do devido processo legal, cuja origem remonta à Carta Magna de João Sem Terra (1215) e que, no ordenamento jurídico brasileiro, é elevado à categoria de garantia constitucional fundamental.

Assim, ao estabelecer que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (CRFB, art. 5º, LIV), o legislador constituinte assegurou que o processo, no Brasil, deve respeitar as regras legais previamente estabelecidas. E, no âmbito do direito penal, ninguém pode ser submetido a uma pena privativa de liberdade senão através do

devido processo legal, que, para ser legítimo, deve obedecer aos regramentos da lei processual penal.

Nas palavras de Rangel (2014, p. 4), “A tramitação regular de um processo é a garantia dada ao cidadão de que seus direitos serão respeitados, não sendo admissível nenhuma restrição aos mesmos que não prevista em lei”.

Ademais, no ordenamento jurídico brasileiro, assegura-se aos litigantes, seja em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CRFB, art. 5º, LV). Vale dizer, não basta a obediência às regras processuais previamente definidas. É preciso que os litigantes, concretamente, tenham a oportunidade de contraditar as argumentações da parte contrária e os acusados em geral possam se defender amplamente, devendo o Estado assegurar os meios e recursos que, efetivamente, possibilitem a ampla defesa.

Desse modo, qualquer pessoa no Brasil, seja brasileiro ou estrangeiro, que for acusada de um crime previsto na legislação penal, somente poderá ser condenada criminalmente depois de vencidas todas as etapas do processo, no qual deverá ser observado o contraditório e a ampla defesa do acusado.

3 NORMA JURÍDICA

A sobrevivência de uma sociedade pressupõe a necessidade de organização e estabelecimento de regras necessárias para regular o comportamento dos seus membros. Diniz (1997, p. 328) assevera que “*As normas de direito visam delimitar a atividade humana, preestabelecendo o campo dentro do qual pode agir*”.

Conforme Montoro (1997, p. 327) “Nas sociedades modernas, a lei é indiscutivelmente a mais importante das fontes formais da ordem jurídica. Ela é a forma ordinária e fundamental de expressão do direito”.

Kelsen (1991, p. 78-79) traça uma distinção entre normas jurídicas e proposições jurídicas. Para ele:

Proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica – nacional ou internacional – dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas

consequências pelo mesmo ordenamento determinadas. As *normas* jurídicas, por sua vez, não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos.

Para Reale (1996, p. 95) “O que efetivamente caracteriza uma norma jurídica, de qualquer espécie, é o fato de ser uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória”.

No ordenamento jurídico brasileiro, as normas jurídicas estão hierarquicamente dispostas, sendo que no topo dessa hierarquia estão as normas constitucionais, que não podem ser contrariadas por nenhuma outra norma de hierarquia inferior. Vale dizer, nenhuma lei complementar ou ordinária pode prever, para determinado fato juridicamente relevante, uma consequência jurídica contrária ao texto da Constituição da República ou aos valores por ela albergados.

Dentre os diversos tipos de normas que regem o comportamento em sociedade, interessa, para o presente trabalho, a norma jurídica, aqui entendida no seu sentido amplo, ou seja, abrangendo, não apenas a lei escrita, mas também as outras fontes do direito, como os costumes, a jurisprudência e, especialmente, os princípios gerais de direito.

Nesse sentido, não se pode perder de vista que os princípios gerais de direito, principalmente aqueles que foram elevados à categoria de princípios constitucionais, assim como os tratados internacionais de que o Brasil é signatário, também constituem normas jurídicas que orientam e obrigam o juiz no momento de proferir sua decisão, servindo, inclusive, como um importante limite ao arbítrio do julgador e, especialmente no campo penal e processual penal, à força impositiva do Estado.

Nas palavras de Souza Netto (2013),

Os princípios jurídicos são também normas jurídicas. Mesmo quando implícitos e/ou não expressos são obrigatórios. Vinculam, impõem deveres, tanto quanto qualquer regra jurídica. Os princípios têm âmbito de incidência ilimitado e sempre envolvem um prévio juízo de valor.

Em conhecida lição, Melo (2011, p. 966-967) ensina que princípio

é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas

compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

e adverte que

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Araújo e Nunes Júnior (1998, p. 46) pontuam a “existência de uma hierarquia interna dentro das normas constitucionais, ficando os princípios em um plano superior, exatamente pelo caráter de regra estrutural que apresentam”.

Pode-se dizer, então, que os princípios constitucionais estão no topo da hierarquia normativa de nosso ordenamento, de modo que nenhuma outra norma pode ser a eles contrária, devendo aquelas que assim forem postas serem consideradas inconstitucionais pelo juiz, no momento de sua aplicação.

Essa noção é importante para o presente estudo, porque, conforme se verá adiante, a interpretação e aplicação das normas veiculadas pelo artigo 366 do Código de Processo Penal, como todas as outras, deve obedecer ao balizamento imposto pela Constituição da República, com especial atenção, aos princípios constitucionais que regem o processo penal.

3.1 DIFERENÇA DAS NORMAS DE CARÁTER MATERIAL E PROCESSUAL

Para a correta delimitação e compreensão do tema objeto do presente estudo, é necessário relembrar a classificação das normas jurídicas feita pela doutrina que, entre outras, trata das normas materiais e normas processuais.

As normas de natureza material, numa rápida síntese, são aquelas que

disciplinam as diversas relações jurídicas, seja regulando comportamentos, seja criando direitos ou estabelecendo obrigações para quem, respectivamente, for o titular de um direito violado ou o ofensor de um direito alheio. São, enfim, normas que se referem aos bens da vida, juridicamente protegidos.

Já as normas de natureza processual são instrumentais, isto é, tratam da forma como o Estado-juiz é acionado para a satisfação e proteção dos direitos e bens definidos pelo direito material. Em outras palavras, as normas processuais estabelecem regras a serviço dos bens da vida protegidos pelo direito material.

Na lição de Cintra, Grinover e Dinamarco (1999, p. 40):

O que distingue fundamentalmente direito material e direito processual é que este cuida das relações dos sujeitos processuais, da posição de cada um deles no processo, da forma de se proceder aos atos deste – sem nada dizer quanto ao bem da vida que é objeto do interesse primário das pessoas (o que entra na órbita do direito substancial).

Por outro lado, também não se pode perder de vista que não há relação de hierarquia entre as normas processuais e materiais. Ambas têm a mesma força, distinguindo-se apenas pelo seu conteúdo. Como esclarece Gonçalves (1992, p. 49-50):

A distinção entre elas se mantém pelo conteúdo que comportam, e não pela referibilidade a qualquer hierarquia, pois enquanto as normas materiais se destinam a valorar a conduta, qualificando-a como lícita e como ilícita, tendo como matéria as situações jurídicas de que decorrem direitos e deveres, as normas processuais disciplinam a jurisdição: o exercício da função jurisdicional e o instrumento pelo qual ela se manifesta, o processo.

Essa diferenciação é importante para o presente estudo pois, como se verá adiante, o artigo 366 do Código de Processo Penal, ao estabelecer a suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, veicula, a um só tempo, uma norma de direito processual e outra de direito material, e não uma única norma.

4 AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS NO ARTIGO 366, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A compreensão da atual redação do artigo 366 do Código de Processo Penal e seu alcance passa pelo conhecimento e análise de suas alterações, indicativas do posicionamento adotado pelo legislador.

Antes da Lei nº 9.271/1996, o aludido artigo tinha a seguinte redação: “Art. 366. O processo seguirá à revelia do acusado que, citado inicialmente ou intimado para qualquer ato do processo, deixar de comparecer sem motivo justificado”.

Note-se que a antiga redação não fazia distinção quanto ao acusado citado pessoalmente ou por edital. Bastava que ele tivesse sido citado por qualquer das formas válidas de citação e deixasse de comparecer a qualquer ato do processo, sem motivo justificado, para que o processo prosseguisse à sua revelia. Nem é preciso dizer que o réu citado por edital tinha sua defesa cerceada, pois o processo prosseguia normalmente, mesmo sem o efetivo conhecimento, pelo acusado, dos fatos que lhe eram imputados, o que afrontava o princípio da ampla defesa.

No entanto, a Lei nº 9.271/1996 alterou substancialmente o referido artigo 366, que passou a estabelecer a seguinte regra:

Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

§ 1º As provas antecipadas serão produzidas na presença do Ministério Público e do defensor dativo.

§ 2º Comparecendo o acusado, ter-se-á por citado pessoalmente, prosseguindo o processo em seus ulteriores atos.

A mesma Lei também alterou a redação do artigo 367, do mesmo Código, que passou a estabelecer o seguinte: “Art. 367: O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo”.

Percebe-se que a intenção do legislador foi dar tratamento distinto para situações distintas. Ou seja, para o réu citado por edital, que não comparece e

nem constitui advogado, o processo e o curso do prazo prescricional devem permanecer suspensos. Já para o réu citado pessoalmente que deixa de comparecer, sem motivo justificado, o processo segue à sua revelia. Isso porque, antes dessa alteração legislativa, não havia essa distinção e o processo deveria seguir à revelia do acusado que fosse citado ou intimado para qualquer ato do processo e deixasse de comparecer sem motivo justificado, pouco importando se a citação ou intimação fosse efetivada pessoalmente ou por edital.

Assim agindo, o legislador alinhou a lei processual penal ao primado constitucional da ampla defesa. Nos dizeres de Oliveira (2015, p. 621), “assim é porque exige a efetiva participação do acusado no processo, redimensionando o princípio da ampla defesa, de pouquíssima valia (quando de nenhuma) nos processos de réus citados por edital”.

Capez (2014, p. 589-590) assinala que:

O fundamento de tal inovação reside no direito à informação. Derivado dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, tal direito encontra-se previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, a qual foi assinada em 22 de novembro de 1969, passando a ter força de lei. Referida Convenção, em seu art. 8º, *b*, assegura a todo acusado o direito à comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada. Assim, não mais se admite o prosseguimento do feito sem que o réu seja informado efetivamente, sem sombra de dúvida, da sua existência.

Nas palavras de Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1999, p. 103):

Esse novo entendimento tem, antes de tudo, um fundamento constitucional. É que o contraditório, em seu primeiro momento, deve corresponder à informação, pela qual se fará possível o exercício do direito de defesa, e essa necessidade de informação fica praticamente infirmada pela ficção de uma citação editalícia. O segundo fundamento liga-se a um aspecto de política judiciária. A experiência demonstra que se um acusado não é encontrado para ser pessoalmente citado, tampouco será encontrado para cumprir a pena imposta em sentença condenatória prolatada à revelia.

Tem-se, então, que, após as alterações acima mencionadas, no caso de citação por edital, a relação jurídica processual somente vai se completar se o réu comparecer ou constituir advogado. Caso contrário, a lei presume que ele não tomou conhecimento do processo e, portanto, não estão presentes todos

os sujeitos processuais, não se estabelecendo uma relação válida para que o processo possa prosseguir.

Desse modo, por expressa previsão legal, suspendem-se o processo e o curso do prazo prescricional até que o réu compareça ou seja localizado para a citação pessoal.

A regra do artigo 366 do Código de Processo Penal, que determina a suspensão do processo e do prazo prescricional em caso de réu revel citado por edital, tem dupla finalidade: a) assegurar a efetividade da pretensão punitiva; e b) assegurar a ampla defesa do acusado. De fato, ao estabelecer que o processo ficará suspenso, o legislador garante que o réu citado por edital não seja julgado, enquanto não comparecer para exercer, pessoalmente, o seu direito de defesa, impedindo condenações de réus revéis citados por edital pela ausência de autodefesa, e, ao mesmo tempo, ao determinar que também seja suspenso o prazo prescricional, assegura que a pretensão punitiva do Estado não seja fulminada pela prescrição, já que o processo estará paralisado.

Posteriormente às alterações acima mencionadas, a Lei nº 11.719/2008 trouxe novas alterações, inclusive, no artigo 366, revogando seus dois parágrafos que haviam sido introduzidos pela Lei nº 9.271/1996. Porém, manteve a redação do artigo 367, que continuou a determinar o prosseguimento do processo para o réu citado pessoalmente, que deixar de comparecer sem motivo justificado.

5 A SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO PRAZO PRECRICIONAL PARA O RÉU REVEL CITADO POR EDITAL

Para que a relação jurídica processual se complete há necessidade de estarem presentes no processo todos os seus sujeitos. Vale dizer, enquanto o réu não estiver no processo, a relação jurídica processual não se forma. É isso que diz, aliás, o artigo 363, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.719/2008, ao estabelecer que “O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado”.

Por outro lado, há somente duas formas de o réu estar no processo: a) pela citação válida; e b) pelo comparecimento espontâneo. Pela citação válida, o réu toma conhecimento da acusação que pesa contra ele e é

chamado a se defender. Pelo comparecimento espontâneo, que ocorre quando o réu comparece ao processo mesmo sem ter sido citado, a relação jurídica processual também se completa, porque, se o réu compareceu espontaneamente, é evidente que ele tomou conhecimento do processo e quer se defender, de modo que o seu comparecimento supre a falta de citação.

Se, porém, houve a citação válida e o réu não comparece para se defender, ele passa a ser considerado revel. Não significa que a relação jurídica processual esteja incompleta. Ela se completou com a citação, porém, o réu não quer exercer o seu direito de acompanhar o processo e se defender pessoalmente, arcando com o ônus previsto na legislação processual, que é ser processado à revelia.

Diferentemente, porém, acontece quando o réu é citado por edital. Essa modalidade de citação ocorre quando o réu não é encontrado para ser citado pessoalmente, conforme estabelece o artigo 361, do Código de Processo Penal:

De qualquer modo, a citação por edital é uma modalidade de citação ficta, isto é, muito embora seja uma forma de citação válida e apesar da publicidade que deve ser dada ao edital, como o réu não foi citado pessoalmente, não há certeza de que ele teve conhecimento do processo e da acusação que é feita contra si.

Por isso é que, se o réu que foi citado por edital, não compareceu e nem constituiu advogado, o processo não pode prosseguir, devendo ficar suspenso até que o réu seja localizado ou compareça espontaneamente, consoante previsão do artigo 366 do Código de Processo Penal, com a alteração introduzida pela Lei nº 9.271/1996, conforme visto acima.

6 O TEMPO MÁXIMO DE SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL

Conforme já visto acima, se o réu citado por edital não comparece nem constitui advogado, a lei impõe que o processo e o curso do prazo prescricional sejam suspensos. Numa interpretação literal, poder-se-ia dizer que o processo e o curso do prazo prescricional deveriam ficar suspensos, indefinidamente, até a localização do réu ou o seu comparecimento espontâneo. No entanto, não obstante posição contrária, inclusive,

manifestada pelo Supremo Tribunal Federal (RE 460.971/RS), prevaleceu, na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a paralisação por tempo indeterminado do prazo prescricional poderia levar a uma hipótese de crime imprescritível não previsto na Constituição da República, que é taxativa ao estabelecer, como imprescritíveis, somente, os crimes de racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (CRFB, art., 5º, XLII e XLIV).

Diante disso, após alguma divergência, pacificou-se o entendimento no Superior Tribunal de Justiça, com a edição da Súmula 415, que “o período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada”. Ressalte-se que, de acordo com esse entendimento, a contagem do prazo prescricional fica suspenso, no máximo, pelo prazo da prescrição em abstrato e não pelo prazo da pena máxima abstratamente prevista para o delito, como pode sugerir uma leitura desatenta da mencionada Súmula.

Portanto, o prazo prescricional não pode ser suspenso por um período maior do que o prazo de prescrição previsto de acordo com a pena máxima cominada, nos termos do artigo 109 do Código Penal. Exemplificando, se o crime tiver a pena máxima de quatro anos de reclusão, a prescrição se dá em oito anos (CP, art. 109, IV). Nesse caso, o período de suspensão do prazo prescricional não poderá ultrapassar oito anos, ou seja, decorridos oito anos de suspensão, o prazo prescricional deve voltar a correr.

7 A RETOMADA DO CURSO DO PROCESSO APÓS O PERÍODO DE SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL, NOS TERMOS DA SÚMULA 415 DO STJ

Muito embora não haja, atualmente, maiores debates sobre o prazo máximo de suspensão do prazo prescricional, mesmo porque, conforme já salientado, a matéria encontra-se pacificada pela Súmula 415, do Superior Tribunal de Justiça, o mesmo não ocorre quando se trata da suspensão do processo.

A controvérsia está em saber se, após o decurso desse prazo máximo de suspensão do prazo prescricional, deve o processo (e não somente o curso do prazo prescricional) retomar sua marcha, com nomeação de defensor dativo, ou permanecer suspenso até a localização do réu para a sua citação pessoal ou

até o escoamento, por completo, do prazo prescricional, caso o réu não seja localizado antes.

A jurisprudência se divide em duas correntes. A primeira defende que o artigo 366 do Código de Processo Penal contém regras de conteúdo misto, isto é, regras que tratam de direito material (prescrição que extingue a punibilidade) e direito processual (suspensão do processo). Logo, tal norma não pode ser cindida.

Desse modo, para essa corrente, decorrido o período máximo de suspensão, não apenas o prazo prescricional, mas também o processo deve ser retomado, mesmo sem a presença do réu.

Essa corrente também entende que o prosseguimento do processo juntamente com o curso do prazo prescricional não viola o princípio da ampla defesa e do contraditório, pois o acusado, caso não constitua defensor, deve ser regularmente assistido por defensor nomeado pelo juízo ou por defensor público.

O Superior Tribunal de Justiça adota esse entendimento (HC 178.300/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 17/04/2012). Mais recentemente, a mesma corte superior reafirmou o mesmo entendimento, acrescentando que, em razão de o réu ter sido citado por edital, decorrido o prazo de suspensão, não há necessidade de citação pessoal, por ter ocorrido a preclusão sobre essa fase do processo (RHC 66.377/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 15/04/2016).

Na doutrina, Rangel (2014, p. 931) perfilha esse entendimento ao afirmar que:

A norma do art. 366 do CPP, sendo de natureza processual e material e tendo como objetivo evitar impunidade, bem como que o réu seja condenado sem que tenha conhecimento da imputação que lhe foi feita, não pode cindida. Ou seja, ter aplicação isolada apenas na parte que suspende o processo, não tendo quanto à parte que suspende o curso do prazo prescricional. O dispositivo é claro: suspensão do processo e do curso do prazo prescricional. A expressão *e* é aditiva. Não permite aplicação isolada do dispositivo legal.

Ainda, outro argumento dos que defendem essa posição é que cindir o artigo 366 do Código de Processo Penal, admitindo-se que o processo se mantenha suspenso enquanto o prazo prescricional volte a correr, seria impedir o Poder Judiciário de analisar a lesão gerada pela conduta criminosa,

fomentando a impunidade e tolhendo uma resposta efetiva do Judiciário à sociedade.

Já a segunda corrente afirma que, decorrido o período máximo de prescrição, regulado pela pena máxima em abstrato, nos termos da Súmula 415, do Superior Tribunal de Justiça, somente o curso do prazo prescricional deve voltar a correr, enquanto que o processo deve permanecer suspenso até a localização do réu ou o escoamento, por completo, do prazo de prescrição.

Para essa corrente, a falta de citação pessoal do acusado inviabiliza o prosseguimento do feito, sob pena de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Ou seja, o prosseguimento do processo sem a presença do réu somente é possível na hipótese de citação pessoal, como expressamente prevê o artigo 367 do Código de Processo Penal.

Além disso, os que se filiam a esse entendimento argumentam que o artigo 366 do Código de Processo Penal apresenta em seu bojo, não somente uma, mas sim duas normas jurídicas de natureza distintas: uma de natureza processual (a suspensão do processo) e outra de natureza material (a suspensão do prazo prescricional). Portanto, cada uma dessas normas deve ser aplicada conforme a sua natureza jurídica (processual ou material), sem que isso implique em cisão.

Nessa esteira, é oportuno citar o escólio de Jardim (2005):

Não se deve confundir, data venia, artigo de lei com norma jurídica. Um artigo de determinado Código pode veicular inúmeras normas jurídicas, como acontece nos chamados tipos mistos alternativos (art. 12 e 16 da Lei 6368/76, por exemplo). Nestes, cada núcleo verbal é uma regra proibitiva, preceito ou norma jurídica.

Da leitura do art. 366 do CPP, se depreendem duas normas jurídicas, dois preceitos, ou seja, duas regras de conduta regulada pelo legislador: uma, de natureza processual penal, dirigida ao juiz, determinando a suspensão do processo, vez que a citação por edital é uma citação fícta e outra, norma de direito penal, regulando a suspensão do prazo prescricional, matéria pertinente ao chamado *ius puniendi* do Estado.

[...]

Repetindo, tal dispositivo legal traz em seu bojo duas regras de comportamento, de natureza diversas, que têm aplicação e incidências diferentes. Não se cuida, na espécie, de cindir a norma, mas, sim, dar eficácia a uma das normas do artigo comentado.

Na jurisprudência, encontram-se algumas decisões albergando esse entendimento, destacando-se decisões de tribunais de justiça, como, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Paraná e o Tribunal de Justiça do Distrito

8 A SOLUÇÃO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Conforme visto acima, o entendimento de que, decorrido o período de suspensão do prazo prescricional, nos termos da Súmula 415 do Superior Tribunal de Justiça, o processo – e não somente o curso da prescrição – deve ser retomado, está calcado, basicamente, no argumento de que o artigo 366 do Código de Processo Penal apresentaria uma única norma que, por ter dupla natureza, não poderia ser cindida.

Tal entendimento, porém, não obstante encontrar eco em boa parte da jurisprudência, inclusive, sendo albergado de forma pacífica pelo Superior Tribunal de Justiça, e com o devido respeito aos que o defendem, não é convincente, na medida que confunde norma jurídica com o artigo de lei que a veicula.

De fato, a lei, em seu sentido estrito, ou seja, o ato formal e escrito emanado do Poder Legislativo, não obstante seja a mais importante fonte formal da ordem jurídica, como visto no item 3 do presente trabalho, não pode ser confundida com o seu conteúdo, isto é, com a norma jurídica por ela veiculada.

Nesse sentido, o artigo 366 do Código de Processo Penal é um dispositivo legal que, apesar de estar no Código de Processo Penal, estatui, além de uma norma de natureza processual, também uma norma de natureza material penal. Por outras palavras, o referido artigo veicula não uma, mas duas normas, a saber: a) uma norma de natureza material penal, que determina a suspensão do prazo de prescrição; e b) uma norma de natureza processual, que determina a suspensão do processo.

Fixada essa baliza, cabe ao intérprete, ao aplicar as disposições do aludido artigo 366, levar em consideração que está diante de duas normas jurídicas de naturezas distintas, que, por isso mesmo, devem ser aplicadas distintamente. Vale dizer, a norma de natureza processual deve incidir sobre o processo, de acordo com as demais regras processuais, enquanto que a norma de natureza material só pode incidir sobre o direito material se estiver de acordo com as demais regras de direito material penal.

Vale lembrar que tanto as normas de direito processual quanto as normas de direito material não podem contrariar normas de hierarquia superior, assim consideradas as normas constitucionais, entre essas, os princípios constitucionais que regem o processo penal, especialmente, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

A razão da suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, para o réu revel citado por edital, é a necessidade de compatibilizar a regularidade do processo com a ampla defesa assegurada ao acusado, que apenas fictamente tomou conhecimento da acusação contra ele apresentada, não podendo, assim, ser julgado sem a oportunidade de exercer pessoalmente sua defesa.

Ainda, também como já observado no item 4, acima, a Lei nº 11.719/2008 trouxe novas alterações, inclusive, no artigo 366, revogando seus dois parágrafos que haviam sido introduzidos pela Lei nº 9.271/1996, mantendo, contudo, a redação do artigo 367, que continuou a determinar o prosseguimento do processo apenas para o réu citado pessoalmente, que deixar de comparecer sem motivo justificado.

Ora, se o legislador quisesse dizer que o processo deveria prosseguir sem a presença do acusado citado por edital, assim teria feito, bastando, para tanto, alterar a redação do artigo 367, suprimindo a palavra “*pessoalmente*”. Porém, ao manter a redação do referido dispositivo, o legislador deixou claro que o prosseguimento do processo sem a presença do acusado somente pode ocorrer se ele foi citado pessoalmente, não podendo o juiz dar a essa regra um alcance que ela não tem.

E essa opção legislativa tem razão de ser no consagrado princípio constitucional da ampla defesa, que abrange, não apenas a defesa técnica, mas também o direito do acusado de se defender pessoalmente, fazendo-se presente e acompanhando todos os atos do processo.

De outro giro, a retomada do curso do prazo prescricional não impõe a retomada do processo sem a presença do réu. O que ocorre é que a suspensão do prazo de prescrição atingiu seu limite temporal, porém, a situação processual do acusado não se alterou. Por outras palavras, se antes o réu não poderia ser julgado porque não foi citado pessoalmente, essa situação ainda permanece, não havendo nenhuma lógica para que, escoado o prazo de suspensão do prazo prescricional, possa o processo prosseguir sem a citação pessoal, pois as mesmas garantias que o acusado tinha antes continuam íntegras. Não há e não pode haver qualquer mitigação aos princípios

constitucionais que regem o processo penal, unicamente, pelo decurso do tempo.

Aliás, o argumento de que o direito ao contraditório e à ampla defesa estaria assegurado com a nomeação de defensor dativo também não parece adequado. Isso porque, se a simples nomeação de defensor dativo fosse suficiente para assegurar a ampla defesa e o contraditório, não haveria a necessidade de o processo ficar suspenso anteriormente, quando se constatou que o réu citado por edital deixou de comparecer. Bastaria, então, que fosse nomeado um defensor já no início, logo após o decurso do prazo do edital.

Na verdade, esse argumento não leva em consideração que, no processo penal, a ampla defesa não se satisfaz somente com a defesa técnica, mas abrange também a defesa pessoal, que é exercida pelo réu pessoalmente, especialmente, quando é ouvido pelo juiz, no interrogatório. É evidente que o réu pode não querer exercitar esse direito de se defender pessoalmente; porém, a ele deve ser dada a oportunidade.

Como bem ensina Souza Netto (2013), “A ampla defesa qualifica o contraditório. Assim, não há como se falar em contraditório sem a existência de defesa. Igualmente é certo entender que não há defesa sem contraditório”. O mesmo autor enfatiza que “Atualmente, não há como vislumbrar um processo onde não haja colaboração entre as partes e magistrados, onde não objetivem a melhor solução para os interesses tutelados”.

Portanto, não é possível sustentar que o verdadeiro contraditório – aquele caracterizado pela efetiva participação dos interessados e que sofrerão os efeitos da sentença – seja assegurado, apenas, com a nomeação de defensor dativo ao réu, quando não há, ao menos, a certeza de que ele, réu, tem conhecimento da acusação.

Finalmente, o argumento de que a permanência da suspensão do processo com a retomada do curso do prazo prescricional impediria o Poder Judiciário de analisar a lesão gerada pela conduta criminosa, fomentando a impunidade e tolhendo uma resposta efetiva à sociedade, também não se sustenta.

Em primeiro lugar é preciso ter sempre clara a noção de que o Poder Judiciário, como Estado-juiz, deve pautar sua atuação pela imparcialidade, de modo que, antes de dar uma resposta à sociedade, deve garantir que essa resposta seja resultado de um processo judicial justo e que tenha respeitado todas as garantias constitucionais do acusado. Um processo penal que não observa ou que limita a ampla defesa e o contraditório, produzirá uma

sentença injusta e, portanto, ilegítima.

Como assevera Ferrajoli (2002, p. 168)

O problema da legitimação ou justificação do direito penal, conseqüentemente, ataca, na raiz, a própria questão da legitimidade do Estado, cuja soberania, o poder de punir, que pode chegar até ao *ius vitae ac necis*, é, sem sombra de dúvida, a manifestação mais violenta, mais duramente lesiva aos interesses fundamentais do cidadão e, em maior escala, suscetível de degenerar-se em arbítrio.

Logo, é muito mais prejudicial à própria sociedade que o Poder Judiciário proclame condenações sem observar essas garantias, do que uma conduta criminosa ficar sem resposta.

Ademais, a retomada do curso do prazo prescricional depois de um período de suspensão, como ficou claro no presente estudo, tem por escopo impedir que se estabeleçam situações de imprescritibilidade criminal não prevista na Constituição da República. Porém, não pode servir de argumento para a retomada da marcha processual sem a citação pessoal do réu, contrariando o artigo 367, da lei processual, que só admite o prosseguimento do processo sem a presença do acusado se ele foi citado pessoalmente.

Desse modo, determinar o prosseguimento do processo sem a citação pessoal do réu seria albergar um abrandamento dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o que não pode ser admitido no Estado Democrático de Direito.

9 CONCLUSÃO

No início do presente estudo foi exposta a problemática que envolve a suspensão do processo para o réu revel citado por edital, nos termos do artigo 366 do Código de Processo Penal, depois de decorrido o período máximo de suspensão do prazo prescricional, que, conforme entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula 415), é regulado pelo máximo da pena cominada para o delito, segundo os parâmetros do artigo 109 do Código Penal.

A indagação que moveu o presente trabalho buscou responder se, após decorrido esse período máximo de suspensão, com a retomada do curso do

prazo prescricional, deve ocorrer o mesmo com a marcha processual ou, ao contrário, o processo deve permanecer suspenso até que o réu seja localizado e citado pessoalmente ou, ainda, até que o prazo de prescrição decorra por completo.

Após, relembrar algumas teorias que orientam o processo, o conceito de norma jurídica, a hierarquia das normas jurídicas em nosso ordenamento, incluídos aí os princípios gerais de direito, a sobreposição dos princípios constitucionais que regem o processo penal e, finalmente, as razões que levaram o legislador pátrio a promover alterações nos dispositivos processuais atinentes ao réu revel, com distinção de tratamento entre o réu citado pessoalmente e o citado por edital, chega-se à conclusão que o entendimento mais consentâneo com um processo penal orientado pelo contraditório e pela ampla defesa impede que o curso do processo tenha prosseguimento, apesar da retomada do curso do prazo prescricional.

Isso porque a situação do réu citado por edital permanece inalterada e a mesma razão que justifica a suspensão do processo – o fato de que a citação ficta impede a presunção de que a acusação tenha chegado ao conhecimento do acusado – também não muda pelo mero decurso do tempo. Por outras palavras, o decurso de um período de tempo igual ao prazo de prescrição, regulado pela pena máxima cominada, não transforma uma citação por edital em citação pessoal, não podendo ser aplicado o disposto no artigo 367 do Código de Processo Penal.

Além disso, o argumento de que a norma prevista no artigo 366 não pode ser cindida está calcado num entendimento que confunde norma jurídica com o ato legislativo que a veicula, não se atentando para o fato de que uma mesma lei ou um mesmo artigo de lei pode veicular mais de uma norma, inclusive, de naturezas diversas, como ocorre com o artigo 366 do Código de Processo Penal, que apresenta uma norma de conteúdo processual e outra de conteúdo material. Assim, cada uma dessas normas deve ser interpretada e aplicada de acordo com o seu conteúdo e, uma vez que não são antagônicas entre si, não há prevalência de uma sobre a outra.

Desse modo, conclui-se que, decorrido o tempo máximo de suspensão, para o réu revel citado por edital, nos termos da Súmula 415 do Superior Tribunal de Justiça, deve ser retomado apenas o curso do prazo prescricional, mantendo-se a suspensão do processo, pois determinar o prosseguimento da marcha processual sem a citação pessoal do réu seria albergar um abrandamento dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla

defesa, o que não pode ser admitido no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de vários tradutores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES; Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

JARDIM, Afrânio Silva. **A suspensão obrigatória do processo** (reflexão sobre a interpretação e aplicação do art. 366 do CPP). Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/17055-17056-1-PB.htm>>. Acesso em: 08 jun. de 2016

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.

ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MUCCIO, Hidejalma. **Curso de processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 24. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **O princípio do contraditório cooperativo como instrumento viabilizador da jurisdição constitucional**. In: XXII Encontro Nacional do CONPEDI, 2013, Curitiba.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PRESCRIÇÃO À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015

Thiago Perez e Silva

Graduado em Direito pela Instituição UniCuritiba. Pós graduando em Direito Aplicado *Latu Sensu* pela Escola da Magistratura do Paraná em 2016. Advogado.

RESUMO

O presente artigo procura abordar a prescrição e suas formas nos processos de execução e de conhecimento, conceituando-a, apontando dispositivos legais atinentes ao tema, bem como demonstrar de forma exemplificativa sua aplicação prática sob a égide do novo código de processo civil, vigente a partir de 18 de março de 2016, colacionando entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Palavras-chave: Prescrição; Prescrição intercorrente; Decadência.

ABSTRACT

This article seeks to address the prescription and its forms in the process of implementation and knowledge, conceptualizing it, pointing legal provisions pertaining to the topic, as well as demonstrate exemplary manner its practical application under the aegis of the new Code of Civil Procedure, in force from March 18, 2016, bringing doctrinal and jurisprudential understandings.

Keywords: Prescription; intercurrent prescription; Decadence.

1 INTRODUÇÃO

A abordagem do tema proposto permeia a seara do direito material e do direito processual, vez que dialogam e que se encontram dispositivos legais que tratam do assunto tanto no Código Civil/2002 quanto no Código de Processo Civil/2015.

2 PRESCRIÇÃO

Maria Helena Diniz²⁷⁹ conceitua prescrição como “[...] perda da ação, em sentido material, porque a violação do direito é condição de tal pretensão à tutela jurisdicional.”

Carlos Roberto Gonçalves adotou o conceito imposto pelo legislador de que a prescrição é instituto de direito material e extingue a pretensão.²⁸⁰

De forma bastante clara e objetiva leciona Francisco do Amaral: “Prescrição é a perda da pretensão em virtude da inércia do seu titular no prazo fixado em lei (CC, 189)”.²⁸¹

A legislação se expressa da seguinte maneira, Art. 189 do Código Civil de 2002: “Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”.

Por tanto, podemos entender a prescrição como sendo o período em que se exaure a pretensão – intenção – de exercer o direito de ação, sendo que o prazo se inicia com a violação do direito e finaliza de acordo com os prazos legais.

2.1 FORMAS DE PRESCRIÇÃO

A prescrição pode ser aquisitiva, também conhecida como usucapião utilizada no âmbito dos direitos reais e extintiva quando extingue o direito.²⁸²

Há também a prescrição intercorrente, que será tratada com maior cautela em um tópico próprio.

²⁷⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: Teoria Geral do Direito Civil. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 375.

²⁸⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 517.

²⁸¹ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 596.

²⁸² Ibid., p. 592.

3 INSTITUTOS AFINS

Possuem relação com a prescrição, a preclusão, a perempção e a decadência, pois sofrem influência do decurso de tempo.

De forma breve, a preclusão consiste na perda de uma faculdade processual, a perempção consiste na perda do direito de ação pelo autor contumaz (art. 486, §3º, CPC/15) e a decadência – que pode ser assunto para um artigo próprio – atinge o direito (decai o direito).²⁸³

4 INTERRUPTÃO E SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO

A própria lei prevê casos em que ocorre a interrupção ou suspensão da pretensão do autor/credor. Encontram-se dispostos no artigo 202 do Código Civil – para interrupção – e nos artigos 197 a 201 do mesmo texto legal – para suspensão; não sendo os únicos dispositivos que tratam da matéria, como por exemplo a suspensão das execuções perante a empresa recuperanda ou falida, que encontram-se positivados na Lei 11.101/2005.

Há, ainda, casos de imprescritibilidades, como são os direitos da personalidade, estado da pessoa, bens públicos, direito de família, dentre alguns outros.²⁸⁴

Quanto a interrupção, interessante ressaltar, que o texto legal em seu art. 202, *caput*, CC/02, dispõe: “Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á.”; O detalhe que destaca-se é ao fato de que a interrupção somente ocorrerá uma vez. A interrupção ocorrerá ao fato que vier primeiro dentre os incisos do artigo retro referido: “I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual; II - por protesto, nas condições do inciso antecedente; III - por protesto cambial²⁸⁵; IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em

²⁸³ GONÇALVES, op. cit., p. 520 (minha interpretação).

²⁸⁴ DINIZ, op. cit., p. 392.

²⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmulas do STF. Organização do Texto: Anderson Alves dos Santos e Rafael Leandro Pinho. Atualizado em 1º de setembro de 2016. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2016. p. 104. Súmula 153 “Simple protesto cambiário não interrompe a prescrição”

concurso de credores; V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor”.

O efeito da interrupção é recomençar a correr o prazo prescricional a partir da data de interrupção. Exemplo: CC, Art. 206, § 5º Em cinco anos: I - a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular; Por tanto, uma dívida não paga pode ser cobrada em até 5 anos, mas no meio do curso prescricional (3 anos transcorridos) houve o reconhecimento do débito, então, a partir da data do reconhecimento se reinicia o prazo de 5 anos.

Em uma linha do tempo poderíamos colocar da seguinte maneira: o título venceu dia 15/03/2010, sendo assim é possível cobrar a dívida até 15/03/2015, mas em 20/05/2013 houve o reconhecimento do débito pelo devedor, então, a partir desta data se reinicia o prazo prescricional de 5 anos, pois a prescrição foi interrompida, de forma que agora poderá cobrar o débito até 20/05/2018.

Contudo, conforme já citado, a interrupção só ocorre uma vez, ou seja, se houver qualquer outro motivo que seja causa de interrupção, como por exemplo, mover uma ação, o despacho inicial não interromperá o prazo pela segunda vez, pois já houve uma interrupção antes.

Porém, desta vez poderá ocorrer a suspensão do prazo prescricional desde que com a citação válida²⁸⁶ (art. 240, CPC/15), afastando o princípio da causalidade – àquela cuja culpa não decorre do credor, mas sim do sistema, como por exemplo o caso da súmula 106 do STJ²⁸⁷ ou do §3º do art. 240 do CPC/15.²⁸⁸

²⁸⁶ O entendimento de que é a citação válida que interrompe o prazo prescricional vem em decorrência do texto legal, bem como é entendimento consolidado nos Tribunais Superiores e a doutrina dispôs em forma de enunciado na V Jornada de Direito Civil. (417 Art. 202, I: O art. 202, I, do CC deve ser interpretado sistematicamente com o art. 219, § 1º, do CPC, de modo a se entender que o efeito interruptivo da prescrição produzido pelo despacho que ordena a citação é retroativo até a data da propositura da demanda.) Para sanar a lacuna existente de qual seria o prazo para citação válida com o advento do Código de Processo Civil de 2015 nos parágrafos do art. 240 estão dispostos os prazos para que se considere válida a citação a ponto de retroagir à data de propositura da ação, ressalvado a súmula 106, STJ (Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.)

²⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmulas do STJ. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2016. p. 126. Súmula 106, STJ. Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a

4.1 DA CONTAGEM DO PRAZO. INÍCIO E FIM

Quanto aos prazos prescricionais têm-se todos dispostos no texto de lei. A regra geral é de 10 anos (art. 205, CC/02), podendo ser menor os prazos de acordo com o rol trazido pelo art. 206, CC/02, existindo prazos prescricionais de 1 a 5 anos.

Importante lembrar que influenciam na contagem dos prazos as normas de direito intertemporal, como por exemplo, o art. 2.028 do Código Civil de 2002, “Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.” – podemos citar como exemplo a cobrança de dívida que no Código Civil de 1916 o prazo era de 10 anos e no código atual passou a ser de 5 anos; neste sentido, então, temos que se em 10 de janeiro de 2003²⁸⁹, já tivesse passado mais do que 5 anos, aplicar-se-á o prazo prescricional disposto na lei anterior, ou seja, 10 anos, caso tenha transcorrido menos do que 5 anos, então utiliza-se o novo prazo prescricional, iniciando a contagem quinquenal a partir da data de vigência do novo código civil.

5 PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

A prescrição intercorrente é aquela que ocorre no curso da execução *latu sensu*, ou seja, a pretensão já se materializou através do ajuizamento de uma ação, contudo por inércia do credor/autor/exequente o processo fica paralisado pelo prazo prescricional.

Nas palavras de Carlos Alberto Gonçalves, “Configura-se a prescrição intercorrente quanto o autor de processo já iniciado permanece inerte, de

demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.

²⁸⁸ CPC/15. Art. 240, §3º. A citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor, ressalvado o disposto nos arts. 397 e 398 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil): A parte não será prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário.

²⁸⁹ Conforme art. 2044, CC/02.

forma continuada e ininterrupta, durante lapso temporal suficiente para a perda da pretensão”.²⁹⁰

Com efeito, vale dizer que a prescrição intercorrente não se confunde com o abandono do autor, pois a declaração de prescrição resolve o mérito enquanto que o abandono extingue o processo sem resolução de mérito (Arts. 485, II, III e 487, II ambos do Código de Processo Civil/15).

O Código de Processo Civil pôs fim à discussão de quando se inicia a contagem da prescrição intercorrente dispondo a normativa no §4º do art. 921²⁹¹ deste diploma legal.

Sendo assim, tem-se que a prescrição intercorrente inicia sua contagem decorrido 1 (um) ano da suspensão de que trata o inciso III do mesmo artigo de lei, ou seja, a partir de um ano da suspensão por falta de bens à penhora inicia-se o prazo de prescrição intercorrente.

A prescrição da execução se consuma quando injustificadamente e por culpa do exequente o processo ficar parado pelo mesmo prazo prescricional da ação, entendimento que se extrai da súmula 150 do Supremo Tribunal Federal.²⁹²

Neste mesmo sentido, tem-se que a movimentação processual é causa suspensiva do prazo de prescrição intercorrente, para que se configure a prescrição deve-se somar todos os períodos que ultrapassassem um ano de suspensão por inexistência de bens – que trata o art. 921, III do CPC – devendo ser superiores ao prazo de prescrição que fundou-se a ação.²⁹³

²⁹⁰ GONÇALVES, op. cit., p. 518.

²⁹¹ Art. 921. Suspende-se a execução: I - nas hipóteses dos [arts. 313 e 315](#), no que couber; II - no todo ou em parte, quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução; III - quando o executado não possuir bens penhoráveis; IV - se a alienação dos bens penhorados não se realizar por falta de licitantes e o exequente, em 15 (quinze) dias, não requerer a adjudicação nem indicar outros bens penhoráveis; V - quando concedido o parcelamento de que trata o [art. 916](#). § 1º Na hipótese do inciso III, o juiz suspenderá a execução pelo prazo de 1 (um) ano, durante o qual se suspenderá a prescrição. § 2º Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano sem que seja localizado o executado ou que sejam encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos. § 3º Os autos serão desarquivados para prosseguimento da execução se a qualquer tempo forem encontrados bens penhoráveis. § 4º Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem manifestação do exequente, começa a correr o prazo de prescrição intercorrente. § 5º O juiz, depois de ouvidas as partes, no prazo de 15 (quinze) dias, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição de que trata o § 4º e extinguir o processo.

²⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmulas do STJ. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2016. p. 102. Súmula 150, STJ. Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação.

²⁹³ Ressalva-se que há mais de um posicionamento, cujo entendimento é que a paralisação deve ser ininterrupta e que a movimentação do processo interromperia o prazo da prescrição intercorrente, entendimento este o qual não me afilío.

De forma mais exemplificativa demonstra-se através de uma linha do tempo. Considerando que em 21/03/2016 iniciou-se o cumprimento de sentença, ou seja, o prazo prescricional é de 5 anos²⁹⁴, supondo que transcorrida a fase de busca de bens, restou infrutífera, suspendeu-se o feito nos termos do art. 921, III do Código de Processo Civil pela inexistência de bens passíveis à penhora em 09/08/2016, sendo assim, a prescrição intercorrente inicia a contagem a partir do dia 10/08/2017, supondo que nesta data o exequente deixe transcorrer mais 2 anos e volte a movimentar o processo somente em 10/08/2019, faz algumas buscas de bens, novamente infrutífera e torna a suspender o processo pelo art. 921, III do CPC em 02/03/2020 deixando o processo sem movimentação até 01/04/2024, tem-se que a soma dos períodos paralisados é superior aos 5 anos, assim configurando a prescrição intercorrente, sendo que os períodos da prescrição intercorrente seriam os seguintes: de 10/08/2017 a 10/08/2019 – 2 anos; de 02/03/2020 a 01/04/2024 – 3 anos e 1 mês; somando-os ultrapassariam os 5 anos.

Para que seja válida a declaração de prescrição intercorrente é necessário oportunizar as partes a se manifestarem, neste sentido se posiciona a lei em seu art. 921, §5º do Código de Processo Civil e também as decisões do Superior Tribunal de Justiça.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INTIMAÇÃO. AUSÊNCIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 83/STJ. 1. A jurisprudência desta Corte entende que, para reconhecimento da prescrição intercorrente, é imprescindível a comprovação da inércia do exequente, bem como sua intimação pessoal para diligenciar nos autos, o que não ocorreu no presente caso. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no REsp: 1521490 SP 2015/0061872-4, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 12/05/2015, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/05/2015)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INTIMAÇÃO. NECESSIDADE. 1. Para o reconhecimento da prescrição intercorrente é imprescindível a intimação da parte para dar andamento ao feito. 2. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no AgRg no AREsp: 228551 SP 2012/0189375-4, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento:

²⁹⁴ CC/2002. Art. 206, §5º, inciso III. Prescreve: Em cinco anos: a pretensão do vencedor para haver do vencido o que despendeu em juízo.

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO DE ALUGUÉIS. ARQUIVAMENTO ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. JULGAMENTO EXTRA PETITA E INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. RÉU NÃO CITADO. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO CREDOR ANTES DA DECLARAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. DECISÃO MANTIDA. 1. A prescrição intercorrente, por se tratar de matéria de ordem pública, pode ser reconhecida pelas instâncias ordinárias, a despeito de a questão ter sido aventada somente na instância recursal. 2. No caso concreto, ao contrário do que sustentam os recorrentes, não houve a interrupção da prescrição, uma vez que o recorrido sequer foi citado para responder ao processo ajuizado contra si. 3. Consoante a jurisprudência desta Corte, é necessária a intimação pessoal do autor da execução para o reconhecimento da prescrição intercorrente. 4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

(STJ - EDcl no REsp: 1407017 RS 2013/0329491-3, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Julgamento: 06/02/2014, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/02/2014)

A declaração da prescrição intercorrente tem como efeitos a extinção da execução nos termos do art. 924, V do Código de Processo Civil. A extinção, por sua vez, resolve o mérito e condena o exequente ao ônus da sucumbência.²⁹⁵

6 CONCLUSÃO

De forma breve, conclui-se, a prescrição afeta a pretensão de ação, a prescrição intercorrente afeta a pretensão de execução *latu sensu* pela inércia do exequente, devendo sempre salientar que se for justificável e plausível não se aplica a prescrição intercorrente.

O prazo prescricional da ação é o mesmo da prescrição intercorrente, inicia-se nos termos da lei, ou seja, a partir de um ano da suspensão de que trata o art. 921, III do CPC, sendo que o prazo não precisa ser ininterrupto, podem ter causas suspensivas no curso da execução, mas se configurada a

²⁹⁵ A condenação do exequente ao ônus da sucumbência é bastante controversa quanto à condenação em honorários advocatícios, faz-se essa ressalva, mas por não ser objeto deste artigo deixar-se-á de o tema em aberto para outra oportunidade.

prescrição intercorrente o processo será extinto, com resolução de mérito nos termos do art. 924, V do mesmo diploma legal, lembrando que antes da declaração deve-se oportunizar as partes de se manifestarem.

A extinção da execução, nestes termos, faz do exequente sucumbente e deverá arcar com as despesas processuais e honorários advocatícios da parte em que contende.

Ter esses conceitos básicos em mente auxilia os operadores do direito no cotidiano, vez que a prescrição atinge praticamente todas as modalidades de ação e na prática judicante tem-se visto muita confusão na aplicação deles.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas do STF**. Organização do Texto: Anderson Alves dos Santos e Rafael Leandro Pinho. Atualizado em 1º de setembro de 2016. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmulas do STJ**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2016. p. 126. Súmula 106.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmulas do STJ**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2016. p. 102. Súmula 150.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm acesso em 28 de setembro de 2016.

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm acesso em 26 de setembro de 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2016**. Código de Processo Civil. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm acesso em 28 de setembro de 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: Teoria Geral do Direito Civil. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

V Jornada de Direito Civil / Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. – Brasília: CJP, 2012.