



ANO 2 - NÚMERO 2 - AGOSTO 2017

REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR





ANO 2 - NÚMERO 2 - AGOSTO 2017

REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR



EXPEDIENTE:

Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR

A Revista Jurídica da Escola Superior da advocacia do Paraná tem por objetivo publicar a produção intelectual doutrinária de interesse prático do Advogado.

Periodicidade: quadrimestral.

Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná

Diretoria OAB/PR – Gestão 2016-2018

Jose Augusto Araújo de Noronha (Presidente)

Airton Martins Molina (Vice-Presidente)

Marilena Indira Winter (Secretária-Geral)

Alexandre Hellender de Quadros (Secretário-Geral Adjunto)

Fabiano Augusto Piazza Baracat (Tesoureiro)

Escola Superior de Advocacia

Graciela I. Marins (Coordenadora Geral da ESA-PR)

Coordenadores Científicos

Fernando Previdi Motta

Graciela I. Marins

Conselho Editorial

Alexandre Barbosa da Silva

Carlos Eduardo Manfredini Hapner

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk

Claudionor Siqueira Benite

Daniel Ferreira

Eduardo Talamini

João Bosco Lee

José Affonso Dallegrave Neto

Leila Cuellar

Lucia Maria Beloni Correa Dias

Marilena I. Winter

Rafael Munhoz de Mello

Rogéria Dotti

Sandro Gilbert Martins

Editor

Ernani Buchmann

Revisão

Ernani Buchmann, Fernando Previdi Motta e Graciela I. Marins

Diagramação

André Bichels

Endereço postal

Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná
Escola Superior de Advocacia
Rua Brasilino Moura, 253 – Ahú
80.540-340 – Curitiba - Paraná

Distribuição:

Gratuita

Versão eletrônica disponível para download

<http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/>

Catálogo da Publicação na Fonte
Bibliotecária: Rosilaine Ap. Pereira CRB-9/1448
Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Paraná

R454 Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR / Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Paraná; Escola Superior de Advocacia; Coordenação Científica de Fernando Previdi Motta, Graciela I. Marins -- v.2, n.2 (ago. 2017) -- Curitiba: OABPR, 2017. 308 p.

Quadrimestral

Endereço eletrônico <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/>

ISSN: 2525-6483 - (Versão eletrônica)

ISSN: 2525-5770 – (Versão impressa)

v.1, n.1 (2016)

1. Direito. 2. Artigos jurídicos. I. Escola Superior de Advocacia (ESA). II. Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Paraná

CDD: 340.05

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito 340

2. Direito – periódicos 340.05

Índice

PALAVRA DO PRESIDENTE.....	7
APRESENTAÇÃO.....	9
DOUTRINA	11
Revedo os convênios com o terceiro setor: o que mudou a partir da Lei n. 13.019/14	12
Fernando Borges Mânica	
O novo CPC, o contraditório e a fundamentação das decisões no processo administrativo	41
Alexandre Freitas Câmara	
Crise na repressão penal estatal e os direitos humanos.....	59
Cândido Furtado Maia Neto & André Luis de Lima Maia	
A jurisprudência do superior tribunal de justiça sobre capitalização de juros em contratos bancários	100
Andressa Jarletti Gonçalves de Oliveira	

É cabível agravo da decisão sobre a competência.....	129
Antônio César Bochenek & Vinícius Dalazoana	
A nova execução contra o devedor de alimentos	139
Marcos Noboru Hashimoto	
A necessária - e já tardia - constitucionalização do processo penal brasileiro	173
Alexandre Knopfholz	
Fundamentação judicial e propriedade industrial: o Teste 360° de confusão de marcas como metodologia de análise de conflitos	213
Marcelo Mazzola & Filipe Fonteles Cabral	
A desconsideração da personalidade jurídica nas associações sem fins econômicos	243
Oksandro Gonçalves	
JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE.....	275
Os tribunais superiores e a (im)possibilidade de reconhecer a inexistência ou de revisar ato jurídico em desfavor do réu	276
Marion Bach	

PALAVRA DO PRESIDENTE

Dos sentidos da competência

O quarto número da Revista da Escola Superior de Advocacia da OAB Paraná traz novos aspectos relevantes do Direito brasileiro, abordando questões de extrema valia para a prática da advocacia.

Em primeiro lugar, vale ressaltar a importância do novo Código de Processo Civil na nossa rotina processual. Esta edição conta com diversos ensaios que alicerçam suas razões no que estabelece o CPC.

A Revista aborda também temas de processo penal, propriedade industrial, competência processual e recursal. Passa pelo Direito do Trabalho e pelo Direito Administrativo, além de analisar as relações negociais com o 3º Setor.

Entre todos os autores citados – e são dezenas nestas mais de 300 páginas – faço questão de destacar a figura de Rubens Requião, advogado, professor e autor, já falecido. Requião foi um dos mais respeitados nomes do Direito Co-

mercial brasileiro, tendo transmitido seus conhecimentos durante décadas na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Entre outras inovações doutrinárias, introduziu entre nós o conceito da despersonalização da personalidade jurídica no âmbito das associações sem fins lucrativos. Suas lições, como expresso no artigo do advogado e conselheiro das OAB PR Oksandro Gonçalves, se mantêm incólumes à passagem do tempo. Isso também se chama competência.

Enfim, ao cumprimentar os coordenadores científicos da Revista da ESA, Graciela Iurk Marins e Fernando Previdi Motta, catalisadores da mobilização que une tantos autores de prestígio em cada uma de suas edições, deixo também o convite para que você, leitor e leitora, tomem suas páginas como fontes de conhecimento e de facilitação para desvendar os meandros da nossa profissão. Boa leitura!

José Augusto Araújo de Noronha

Presidente da OAB Paraná

APRESENTAÇÃO

Partimos, nesse mês de agosto de 2017, para a quarta edição da Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/Pr. Com o escopo de proporcionar aos advogados, bem como a todos os profissionais do Direito, textos que auxiliem no aperfeiçoamento diário do exercício da profissão, a Revista vem cumprindo sua tarefa.

Contando sempre com o apoio da Diretoria da OAB/Pr, e a valiosa e inestimável participação dos autores, o projeto da Revista a cada dia aperfeiçoa-se e atinge grande número de leitores. Um periódico totalmente gratuito, na versão eletrônica ou física e com qualidade técnica.

Na tentativa de abranger as mais diversas áreas jurídicas, nessa edição trazemos artigos de direito administrativo, processual civil e penal, civil, penal e comercial.

Sempre com postura democrática, todos os que tiverem interesse podem participar da Revista, enviando seus textos para o e-mail revistadaesa@oabpr.org.br, que serão remetidos ao Conselho Editorial para eventual publicação.

Confiando nas palavras do patrono dos advogados, Rui Barbosa, vale lembrar que “se quereis medir o adiantamento de um povo, não há mister fazer estudos estatísticos: perguntai quantas gazetas lê”.

Uma boa leitura a todos.

Fernando Previdi Motta

Graciela I. Marins

Coordenadores Científicos

DOCTRINA

REVENDO OS CONVÊNIOS COM O TERCEIRO SETOR: O QUE MUDOU A PARTIR DA LEI N. 13.019/14

Fernando Borges Mânica

Doutor em Direito pela USP. Mestre em Direito pela UFPR. Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Positivo e Coordenador da Pós-graduação em Direito da mesma Instituição. Membro do Núcleo de Pesquisa sobre Sustentabilidade, responsabilidade e novos modelos econômicos. Editor da Revista Raízes Jurídicas. Procurador do Estado do Paraná. Coordenador Científico em ADVCOM Consultores - Estado/Empresa/Terceiro Setor. www.fernandomanica.com.br.

Sumário: 1. Introdução. 2. A Lei n. 13.019/14 restringiu a adoção de ‘convênios público-privados’ exclusivamente para parcerias no âmbito do SUS. 3. A correta interpretação dos ‘convênios público-privados’ no ordenamento brasileiro após a entrada em vigência da Lei n. 13.019/14. 3.1. Convênios público-privados em sentido amplo; 3.2. Convênios público-privados em sentido estrito. 4. Disci-

plina jurídica dos convênios público-privados em sentido estrito: da inexistência de reciprocidade entre os partícipes e da possibilidade de repasse de recursos para despesas de capital. 5. Pagamento x transferência: opções dadas ao Constituinte para instrumentalização de parcerias com a iniciativa privada no SUS. 6. Constitucionalidade e limites para a prestação privada de serviços de assistência à saúde no SUS. 7. Regulamentação infraconstitucional da participação privada no SUS por meio de convênios público-privados em sentido estrito: requisitos para celebração do ajuste. 8. Conclusões.

Resumo: O presente artigo analisa as transformações ocorridas nas parcerias com o terceiro setor nos últimos anos, em especial no que se refere à figura dos convênios. Com o surgimento de novas modalidades de parcerias sociais, bem como a restrição material do âmbito de aplicação dos convênios, propõe-se nova leitura deste modelo de ajuste, com a ressignificação de seu sentido. Nessa senda, defende-se que os convênios na saúde são constitucionalmente admitidos e podem envolver repasse de recursos também para despesas de capital de entidades do terceiro setor.

Palavras-Chave: terceiro setor - convênios – saúde.

1. Introdução

Desde a promulgação da Constituição de 1988, ocorreram intensas inovações normativas na disciplina das relações do Estado com o terceiro setor. De um ambiente institucional restrito aos Convênios, cuja disciplina legal cingia-se a um único dispositivo da Lei n. 8.666/93, passou-se a um cenário em que convivem nada menos do que seis modelos de ajuste com o terceiro setor, disciplinados por lei própria. Atualmente, além dos próprios Convênios, o universo das parcerias com o terceiro setor é formado pelos Contratos de Gestão (Lei n. 9.637/98), pelos Termos de Parceria (Lei n. 9.790/99) e pelos recém-instituídos Termos de Colaboração, Termos de Fomento e Acordos de Cooperação (Lei n. 13.019/14).

Nesse novo contexto, a restrição do âmbito de aplicação dos convênios com entidades do terceiro setor às parcerias no âmbito do SUS, trazida pela Lei n. 13.019/14, demanda nova leitura e interpretação dos dispositivos legais relativos ao tema, em especial do conteúdo veiculado no parágrafo primeiro do artigo 199 da Constituição Federal, que prevê os contratos de direito público e os convênios como instrumentos de ajuste voltados à participação privada no SUS.

O objetivo deste artigo consiste, nesse mote, em averiguar eventual mudança no conteúdo semântico da expressão ‘convênios’ utilizada pela Constituição Federal para referir-se às parcerias com o terceiro setor, delimitar o âmbito de aplicação dos convênios no setor de saúde e analisar

os requisitos legais incidentes sobre o objeto, cabimento e processo de celebração de convênios no âmbito do SUS.

Para o cumprimento do objetivo proposto, o presente estudo adota o método dedutivo, apresentando suas conclusões a partir das premissas maiores dadas pela análise histórica, pela nova legislação do terceiro setor e pelo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal acerca das parcerias na saúde.

O trabalho segue estruturado em oito tópicos. Após esta breve introdução, discorre-se sobre a restrição do uso dos ‘convênios público-privados’ às parcerias no âmbito do SUS. Em seguida, apresenta-se tese acerca da correta interpretação dos ‘convênios público-privados’ no ordenamento brasileiro após a entrada em vigência da Lei n. 13.019/14, com sua subdivisão em “convênios público-privados em sentido amplo” e “convênios público-privados em sentido estrito”. Depois disso, o trabalho volta-se ao estudo da disciplina jurídica dos convênios público-privados em sentido estrito, com foco na inexistência de reciprocidade entre os partícipes e da possibilidade de repasse de recursos para despesas de capital, bem como à distinção entre a compra de serviços e a celebração de convênios no âmbito do SUS. Na parte final, é analisada a constitucionalidade e os limites para a prestação privada de serviços de assistência à saúde no SUS. Por último são compiladas algumas conclusões traçadas durante o texto.

2. A Lei n. 13.019/14 restringiu a adoção de ‘convênios público-privados’ exclusivamente para parcerias no âmbito do SUS

Como se sabe, a Lei 13.019/14, com centenas de modificações trazidas pela Lei n. 13.2014/15, limitou de modo bastante contundente a possibilidade de celebração de convênios entre o Poder Público e as entidades do terceiro setor. Isso porque, finalmente, o legislador brasileiro reconheceu um equívoco histórico, consistente na normatização equivalente entre ajustes celebrados *entre duas entidades estatais* (o que se pode denominar de ‘convênios públicos’) e ajustes celebrados *entre uma entidade estatal e uma entidade privada* (o que se pode denominar de ‘convênios público-privados’).

Em virtude da diversidade de tratamento exigido pela distinta natureza dos polos envolvidos na avença, a Lei n. 13.019/14 trouxe nova disciplina aos convênios público-privados, que foram substituídos pelos Termos de Colaboração, Termos de Fomento e Acordos de Cooperação, assim definidos pelo artigo 2º da lei em referência:

Art. 2º (...)

VII - termo de colaboração: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pela administração pública que envolvam a transferência de recursos financeiros;

VIII - termo de fomento: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pelas organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros;

VIII-A - acordo de cooperação: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que não envolvam a transferência de recursos financeiros;

Nesse prisma, a nova lei do terceiro setor segue o caminho trilhado pela Lei das Organizações Sociais (Lei federal n. 9.637/98) e Lei das OSCIPs (Lei federal n. 9.790/99), que disciplinam vínculos exclusivamente público-privados.

Acontece que a própria Lei n. 13.019/14 estabeleceu uma única hipótese de celebração de convênios público-privados. Trata-se dos casos em que o ajuste tem como objetivo instrumentalizar a prestação privada de serviços de assistência à saúde ao SUS. É o que se depreende da interpretação conjugada dos seguintes dispositivos da lei em referência:

Art. 84. (...)

Parágrafo único. **São regidos pelo art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, convênios:**

(...)

II - decorrentes da aplicação do disposto no inciso IV do art. 3º!¹

Art. 3º. Não se aplicam as exigências desta Lei:

(...)

IV - aos convênios e contratos **celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal.**²

Pode-se perceber, nesse quadro normativo, que a própria Lei n. 13.019/14 prevê a incidência da Lei n. 8.666/93 aos convênios celebrados nos termos do artigo 199, § 1º da Constituição Federal. De uma leitura sistemática, pode-se extrair o seguinte preceito, constante do artigo 84, parágrafo único da Lei n. 13.019/14:

São regidos pelo art. 116 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, os convênios celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal.

Portanto, decorre de previsão legal expressa a possibilidade de celebração de convênios público-privados na hipótese referida no comando legal em epígrafe. Tal hipótese, como se sabe, refere-se à participação privada complementar ao SUS, prevista no dispositivo constitucional acima referido, que assim prescreve:

1 G. n.

2 G. n.

Art. 199. (...)

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Primeira conclusão: Nesse contexto, a primeira conclusão a que se chega corresponde à previsão legal expressa de que os ‘convênios público-privados’ apenas podem ser celebrados para viabilizar relações de parceria no SUS. Em todas as demais hipóteses, a relação entre o Poder Público e entidades do terceiro setor deve ser disciplinada por Termos de Colaboração, Termos de Fomento e Acordos de Cooperação (previstos pela própria Lei n. 13.019/14), por Contratos de Gestão (disciplinados na esfera federal pela Lei n. 9.637/98) ou por Termos de Parceria (disciplinados na esfera federal pela Lei n. 9.790/99).

3. A correta interpretação dos ‘convênios público-privados’ no ordenamento brasileiro após a entrada em vigência da Lei n. 13.019/14

Deve-se ressaltar que o ordenamento brasileiro adota duas acepções aos convênios público-privados. Em sentido amplo, trata-se de uma categoria jurídica da qual fazem parte todas as modalidades de parceria com o terceiro setor existentes no Brasil. Já em sentido estrito, trata-se de uma das diversas modalidades de parceria com o terceiro setor previstas na legislação brasileira, discipli-

nada especificamente pelo artigo 116 da Lei n. 8.666/93. A origem da distinção entre as duas acepções remonta ao processo histórico de desenvolvimento das parcerias com o terceiro setor no Brasil.

3.1. Convênios público-privados em sentido amplo

No momento em que a Constituição de 1988 foi promulgada, havia apenas uma modalidade de ajuste voltado à instrumentalização de parcerias com o terceiro setor. Essa modalidade de vínculo correspondia aos convênios, que foram referidos expressamente no já citado artigo 199, parágrafo primeiro do texto constitucional, que assim prescreve:

Art. 199 (...)

§1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.³

O convênio, tal qual referido no dispositivo acima colacionado, foi regulamentado pelo artigo 116 da Lei n. 8.666/93 e por atos infralegais que tratam especificamente do tema. No entanto, com o passar do tempo, novas modalidades de parceria foram introduzidas no ordenamento pátrio por legislação específica, como é o caso da Lei n. 9.637/98 (Contratos de Gestão), Lei n. 9.790/99 (Termos de Parceria) e Lei n. 13.019/14 (Termos de Colaboração,

3 G. n.

Termos de Fomento e Acordos de Cooperação). Todas elas também instrumentalizam a soma de esforços para a obtenção de um resultado de interesse comum, inclusive a prestação complementar de serviços ao SUS.

Com isso, o panorama legislativo pátrio demandou nova leitura ao disposto no parágrafo primeiro do artigo 199 da Constituição Federal, de modo que a expressão ‘convênio’ lá referida passasse a significar não apenas os convênios disciplinados pelo artigo 116 da Lei n. 8.666/93, mas todas as modalidades de parceria com entidades do terceiro setor marcadas pela conjugação de esforços em prol de um interesse comum.⁴

Nesse novo quadro institucional, coexistem duas acepções do vocábulo ‘convênio’, uma acepção ampla e outra acepção estrita. Em sentido amplo, convênio refere-se a toda e qualquer modalidade de parceria com o terceiro setor. Em sentido estrito, convênio significa a espécie de parceria com o terceiro setor disciplinada especificamente pelo artigo 116 da Lei n. 8.666/93. Nesse passo, a expressão convênios público-privados em sentido amplo, é sinônima da expressão parcerias com o terceiro setor e compreende:

- os Convênios público-privados em sentido estrito, disciplinados pelo art. 116 da Lei n. 8.666/93;

4 Sobre o alcance da participação privada complementar ao SUS, por meio de contratos de direito público e de convênios: MÂNICA, Fernando Borges. *O Setor Privado nos Serviços Públicos de Saúde*. Belo Horizonte: Forum, 2010.

- os Contratos de Gestão, disciplinado pela Lei n. 9.637/98;
- os Termos de Parceria, disciplinado pela Lei n. 9.790/99;
- os Termos de Colaboração, Termos de Fomento e Acordos de Cooperação disciplinados pela Lei n. 13.019/14.

Segunda conclusão – parte 1: É possível, portanto, reconduzir todas as parcerias com o terceiro setor previstas pelo ordenamento pátrio a uma categoria jurídica denominada de ‘convênios público-privados em sentido amplo’. Esse é o sentido adotado no § 1º, do artigo 199 da Constituição Federal.

3.2. Convênios público-privados em sentido estrito

Em sentido estrito, convênios público-privados correspondem à uma das espécies de parcerias com o terceiro setor existentes no ordenamento jurídico brasileiro, disciplinada especificamente pelo artigo 116 da Lei n. 8.666/93 e regulamentada, na esfera federal, pelo Decreto n. 6.170, de 25 de julho de 2007.

O tratamento conjunto em sede legislativa dos convênios públicos e dos convênios público-privados revela uma das justificativas da edição da Lei n. 13.019/14. Trata-se da segregação entre o tratamento dado a ajustes envolvendo dois entes estatais e ajustes envolvendo um ente estatal e um ente privado.

Segunda conclusão – parte 2: Os ‘convênios público-privados em sentido estrito’ continuam disciplinados na esfera federal de modo conjunto com os ‘convênios públicos’. Esse é o sentido adotado pelo artigo 116 da Lei n. 8.666/93, que disciplina conjuntamente os ‘convênios público-privados em sentido estrito’ e os ‘convênios públicos’.

4. Disciplina jurídica dos convênios público-privados em sentido estrito: da inexistência de reciprocidade entre os partícipes e da possibilidade de repasse de recursos para despesas de capital

A disciplina normativa dos convênios público-privados em sentido estrito é dada na esfera federal pelo artigo 116 da Lei n. 8.666/93, regulamentada pelo Decreto n. 6.170/2007 e pela Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU n. 507/2011. Nos termos do Decreto n. 6.170/07, entende-se por convênio:

Art. 1º (...)

§ 1º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - **convênio** - acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a **transferência de recursos financeiros** de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, **entidades pri-**

vadas sem fins lucrativos, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação.⁵

O convênio, como consagrado na doutrina, refere-se a ajuste por meio do qual o Poder Público realiza a transferência de recursos financeiros a entidades privadas com objetivo de executar, em regime de mútua cooperação, programa de governo que envolva a realização de atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco. Sua adoção, como visto, pode ocorrer entre duas entidades estatais (convênios públicos) ou entre o Estado e uma entidade privada sem fins lucrativos (convênio público-privado em sentido estrito).

Nesse passo, deve-se lembrar que *transferências de recursos financeiros para o setor privado* são as despesas orçamentárias voltadas ao custeio, investimento ou cobertura de déficits de pessoas físicas ou jurídicas (com ou sem fins lucrativos), realizadas sem contraprestação direta em bens ou serviços. As transferências para o setor privado são classificadas em transferências correntes e transferências de capital. Deve-se notar que essa classificação, por ter como critério a categoria econômica da despesa, aplica-se tanto às transferências para o setor privado quanto para transferências intergovernamentais.

5 G. n.

Os requisitos gerais, bem como os requisitos específicos de cada modalidade de transferência, constam da legislação orçamentária de cada ente federativo, em especial da Lei de Diretrizes Orçamentárias, ou de lei específica. É dever do Poder Público observar tais exigências, tanto no processo de decisão pela celebração de uma parceria, quanto no processo de execução e fiscalização da avença.⁶

Nessa medida, é importante consignar que a disciplina jurídica da atividade financeira do Estado é dada pelos artigos 165 a 169 da Constituição Federal, com regulamentação estabelecida por um conjunto de leis que pode ser assim sistematizado: (i) Lei federal n. 4.320, de 17 de março de 1964, que trata de normas gerais de Direito Financeiro; (ii) Decreto-lei n. 93.872, de 23 de dezembro de 1986, que dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional (iii) a Lei Complementar federal n. 101, de 4 de maio de 200, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal; e (iv) leis orçamentárias de cada ente federativo (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual).

A Lei n. 4.320/64, ao tratar dos repasses públicos, classifica a despesa em *despesa corrente* e *despesa de*

6 Esse alerta é ressaltado por Rodrigo Pagani de SOUZA, em trabalho que dedicado especificamente ao tema: SOUZA, Rodrigo Pagani de. Lei de diretrizes orçamentárias e entidades sem fins lucrativos. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe H.; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Direito Público em Evolução*: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 235-249.

capital. A *despesa corrente* é classificada como *despesa de custeio*, quando voltada ao pagamento por serviços e obras de manutenção; e como *transferência corrente*, quando não corresponde à contraprestação direta em bens ou serviços. Já a *despesa de capital* é classificada como *investimento*, quando voltada a pagar pelo planejamento e a execução de obras, aquisição de instalações, equipamentos e material permanente; como *inversão financeira*, quando voltada à aquisição de imóveis, ou de bens de capital já em utilização e à aquisição de capital de empresas; e como *transferência de capital*, nos casos em que o investimento ou a inversão financeira não tenha contraprestação direta em bens ou serviços.

Transferências de capital são despesas orçamentárias voltadas a inversões financeiras (inclusive para aquisição de imóveis) ou a investimentos em obras, equipamentos e instalações. Podem ocorrer a título de *auxílios*, que são previstos e disciplinados diretamente na legislação orçamentária, e a título de *contribuições de capital*, previstas e disciplinadas em lei especial.

Terceira conclusão: Os convênios público-privados em sentido estrito envolvem o repasse de recursos públicos a entidades privadas, os quais independem de contraprestação específica e podem ser aplicados em despesas de custeio e despesas de capital, conforme previsão orçamentária específica.

5. Pagamento x transferência: opções dadas ao Constituinte para instrumentalização de parcerias com a iniciativa privada no SUS

A previsão constitucional de participação privada complementar ao SUS pode dar-se, conforme previsão expressa do já citado § 1º do artigo 199 da Constituição Federal, por meio de ‘contrato de direito público’ e de ‘convênio’.

Como já assinalado, a expressão ‘convênio’ referida em tal dispositivo constitucional deve ser entendida em sentido amplo, para se referir a todas as modalidades de parcerias com o terceiro setor instituídas no ordenamento jurídico brasileiro após 1988. Uma das principais semelhanças entre elas, no que tange a seu vínculo com o Estado, consiste na natureza do repasse de recursos públicos, que é tido pela doutrina como ‘transferências’. Como visto acima, as transferências, normalmente denominadas de ‘transferências voluntárias’, podem ser de diversas espécies e finalidades, mas todas têm como ponto em comum a inexistência de contraprestação específica em bens ou serviços.

Essa é a principal diferença que justifica a previsão constitucional de participação privada no SUS por meio de ‘contratos de direito público’ e de ‘convênios’. Enquanto no primeiro caso ocorre o pagamento por contraprestações fixas e predeterminadas, nos ‘convênios’ (público-privados em sentido amplo), não há pagamento, mas transferência de recursos desvinculada de prestações específicas.

Quarta conclusão: A participação privada no SUS pode ocorrer por meio da ‘compra de serviços’, instrumentalizada através de ‘contratos de direito público’, ou por meio transferências voluntárias, instrumentalizadas por meio de ‘convênios’. Os convênios não podem ter como objeto a ‘compra de equipamentos’, mas podem prever como dever do ente público o repasse de recursos para a aquisição de equipamento necessário à prestação, em regime de mútua colaboração, de serviços de assistência à saúde. Tal hipótese depende, como condição, de previsão orçamentária específica para tal modalidade de despesa.

6. Constitucionalidade e limites para a prestação privada de serviços de assistência à saúde no SUS

O § 1º do artigo 199 da Constituição Federal deve ser interpretado em consonância com o *caput* do mesmo artigo.⁷ Nesse sentido, deve-se ter claro que a participação privada complementar ao SUS é expressamente admitida na prestação de serviços assistenciais de saúde.

Serviços assistenciais de saúde são aqueles voltados ao atendimento individual ou coletivo e podem ocorrer em âmbito hospitalar, ambulatorial ou mesmo domiciliar.⁸ Na linguagem jurídica, a prestação de as-

7 Art. 199. A **assistência à saúde** é livre à iniciativa privada. G.n.

8 A Norma Operacional Básica do SUS n. 01/96, veiculada pela Portaria GM/MS n. 2.203, de 05 de novembro de 2006, faz uma importante distinção entre **assistência à saúde**, que consiste na prestação de atendimento individual ou coletivo em âmbito hospitalar, ambulatorial ou domiciliar,

sistência à saúde pelo Poder Público insere-se na noção ampla de ‘serviço público’, definida por Celso Antônio Bandeira de MELLO como:

[...] toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.⁹

Portanto, pode-se concluir que participação privada no SUS corresponde à prestação de serviços públicos, especificamente voltados à assistência à saúde a cada cidadão.¹⁰

e **atenção à saúde**, que possui sentido amplo, incluindo intervenções ambientais e políticas externas ao setor de saúde, que congregam todos os demais fatores externos que incidem sobre a saúde das pessoas, como as relativas a políticas macroeconômicas, emprego, habitação, educação, lazer e qualidade dos alimentos.

9 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 652.

10 A Norma Operacional Básica do SUS n. 01/96, veiculada pela Portaria GM/MS n. 2.203, de 05 de novembro de 2006, faz uma importante distinção entre **assistência à saúde**, que consiste na prestação de atendimento individual ou coletivo em âmbito hospitalar, ambulatorial ou domiciliar, e **atenção à saúde**, que possui sentido amplo, incluindo intervenções ambientais e políticas externas ao setor de saúde, que congregam todos os demais fatores externos que incidem sobre a saúde das pessoas, como as relativas a políticas macroeconômicas, emprego, habitação, educação, lazer e qualidade dos alimentos.

A constitucionalidade da participação privada complementar ao SUS foi objeto de intensos debates doutrinários e jurisprudenciais nos últimos 25 anos. Apenas no ano de 2015 o Supremo Tribunal Federal, por meio de duas decisões paradigmáticas, manifestou-se pela validade de tal modelo de provimento de serviços de assistência à saúde.

Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923, que impugnava a Lei n. 9.637/98, que trata dos Contratos de Gestão com Organizações Sociais,¹¹ e do Recurso Extraordinário n. 481.588, que julgou em regime de repercussão geral a impossibilidade de separação de classes no SUS. Neste último aresto, julgado por unanimidade, o STF entendeu que:

A ação complementar não implica que o privado se torne público ou que o público se torne privado. Cuida-se de um processo político e administrativo em que o Estado agrega novos parceiros com os particulares, ou seja, com a sociedade civil, buscando ampliar, completar, ou intensificar as ações na área da saúde.

Não significa, sob o espectro constitucional, que somente o poder público deva executar diretamente os serviços de saúde - por meio de uma rede própria dos entes federativos -, tampouco que o poder público só possa contratar institui-

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923/DF. Tribunal Pleno, Relator para o acórdão Min. Luiz Fux. **Diário de Justiça da União**, 17 dez. 2015.

ções privadas para prestar atividades meio, como limpeza, vigilância, contabilidade, ou mesmo determinados serviços técnicos especializados, como os inerentes aos hemocentros, como sustentado por parte da doutrina.[...]

Dessa perspectiva, como já escreveu Mânica:

“Pode-se concluir que a assistência prestada por meio da iniciativa privada deve complementar as atividades de competência do SUS, as quais não podem ser integralmente executadas por terceiro. Tal entendimento veio ao encontro do que dispõe o artigo 197, que não faz qualquer balizamento à possibilidade de participação privada na prestação de serviços. Assim, quando a Constituição Federal menciona a complementaridade da participação privada no setor de saúde, ela determina que a participação da iniciativa privada deve ser complementar ao SUS, incluídas todas as atividades voltadas à prevenção de doenças e à promoção, proteção e recuperação da saúde, dentre as quais aquelas de controle e fiscalização”.

Entretanto, essa complementariedade não autoriza que se desconfigure a premissa maior na qual se assenta o serviço de saúde pública fixada pela Carta Maior: o Sistema Único de Saúde orienta-se, sempre, pela equanimidade de acesso e de tratamento (...).¹²

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 581.488/RS. Tribunal Pleno, Relator Min. Dias Toffoli. **Diário de Justiça da União**, 8 abr. 2016.

Essa orientação já era dada pela Norma Operacional Básica - NOB/SUS n. 01/96, em seu Item n. 4, que trata do Sistema de Saúde Municipal e dispõe expressamente que:

Os estabelecimentos desse subsistema municipal, do SUS-Municipal, não precisam ser, obrigatoriamente, de propriedade da prefeitura, nem precisam ter sede no território do Município. Suas ações, desenvolvidas pelas unidades estatais (próprias, estaduais ou federais) ou privadas (contratadas ou conveniadas, com prioridade para as entidades filantrópicas), têm que estar organizadas e coordenadas, de modo que o gestor municipal possa garantir à população o acesso aos serviços e a disponibilidade das ações e dos meios para o atendimento integral.¹³

Quinta conclusão: De acordo com o STF, a participação privada complementar ao SUS pode ocorrer nos serviços de assistência à saúde, desde que as entidades privadas observem, no atendimento da população, todas as diretrizes e princípios do SUS.

7. Regulamentação infraconstitucional da participação privada no SUS por meio de convênios público-privados em sentido estrito: requisitos para celebração do ajuste.

As diretrizes do SUS, a serem respeitadas na prestação de serviços complementares de saúde pública,

13 G. n.

encontram-se encartadas no artigo 198 da Constituição Federal, regulamentado pelo artigo 7º da Lei n. 8.080/90, que assim prescreve:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;

VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;

VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;

VIII - participação da comunidade;

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;

X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;

XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;

XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e

XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

Como se pode perceber, algumas diretrizes são voltadas ao gestor do sistema único de saúde e outras aplicam-se especificamente aos prestadores de serviços. Essas últimas devem ser observadas também pelas entidades privadas que atuam em caráter complementar ao SUS, em especial no que concerne à universalidade e igualdade de acesso, gratuidade de atendimento, preservação da autonomia, direito à informação e capacidade de resolução dos serviços.

Além disso, a participação privada no SUS foi disciplinada pela própria Lei Orgânica da Saúde, Lei n. 8.080/90, que trata do tema de modo bastante analítico.

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada. Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 26. Os critérios e valores para a remuneração de serviços e os parâmetros de cobertura assistencial serão estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), aprovados no Conselho Nacional de Saúde.

§ 1º Na fixação dos critérios, valores, formas de reajuste e de pagamento da remuneração aludida neste artigo, a direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS) deverá fundamentar seu ato em demonstrativo econômico-financeiro que garanta a efetiva qualidade de execução dos serviços contratados.

§ 2º Os serviços contratados submeter-se-ão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), mantido o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

§ 3º (Vetado).

§ 4º Aos proprietários, administradores e dirigentes de entidades ou serviços contratados é vedado exercer cargo de chefia ou função de confiança no Sistema Único de Saúde (SUS).

Além disso, o Ministério da Saúde, no exercício de competência atribuída pela Lei n. 8.080/90,¹⁴ editou a recente Portaria n. 2.567, de 25 de novembro de 2016 portaria, que revogou a Portaria n. 1.034/2010. Referido ato normativo dispõe sobre a participação complementar da iniciativa privada na execução de ações e serviços de saúde, prevendo que “nas hipóteses em que a oferta de ações e serviços de saúde públicos próprios forem insuficientes e comprovada a impossibilidade de ampliação para garantir a cobertura assistencial à população de um determinado território, o gestor competente poderá recorrer aos serviços de saúde ofertados pela iniciativa privada”. Tal complementação, conforme a Portaria n. 2.567/16, pode ocorrer por meio de convênio ou de contrato, sendo que os convênios são referidos em seu sentido amplo.¹⁵

14 Art. 16. A direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) compete: (...) XIV - elaborar normas para regular as relações entre o Sistema Único de Saúde (SUS) e os serviços privados contratados de assistência à saúde.

15 É o que se depreende do artigo 2º e 3º da Portaria n. 2.567/16, que assim dispõem: Art. 2º Para efeito desta Portaria, considera-se: (...) VIII - convênio: instrumento firmado entre ente público e a instituição privada sem fins lucrativos, quando houver interesse comum em firmar parceria em prol da prestação de serviços assistenciais à saúde. IX - contrato: ajuste entre órgãos ou entidades de saúde da Administração Pública e particulares, em que há um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, atinentes à prestação de serviços do SUS; (...) Art. 3º (...) § 3º (...) I - convênio: firmado entre ente público e a instituição

Não obstante, em mais de um dispositivo, a Portaria que regulamenta a participação privada complementar ao SUS exige a observância da Lei n. 8.666/93, sem fazer qualquer referência às demais leis que tratam de outros modelos de parceria com o terceiro setor aptos a instrumentalizar parcerias no SUS.

Sexta conclusão: A disciplina jurídica infraconstitucional e infralegal do SUS prevê as diretrizes e princípios a serem observados pelos prestadores privados de serviços público de assistência à saúde, mas restringem sua disciplina aos modelos de ajuste previstos pela Lei n. 8.666/93 (contratos administrativos e convênios público-privados em sentido estrito).

8. Conclusões

Primeira conclusão: Os ‘convênios público-privados’ apenas podem ser celebrados para viabilizar relações de parceria no SUS. Em todas as demais hipóteses, a relação entre o Poder Público e entidades do terceiro setor devem deve ser disciplinada por Termos de Colaboração, Termos de Fomento e Acordos de Cooperação (previstos pela própria Lei n. 13.019/14), ou por Contratos de Gestão (disciplinados na esfera federal pela Lei n. 9.637/98),

privada sem fins lucrativos, quando houver interesse comum em firmar parceria em prol da prestação de serviços assistenciais à saúde; e II - contrato administrativo: firmado entre ente público e instituições privadas com ou sem fins lucrativos, quando o objeto do contrato for a compra de serviços de saúde.

ou por Termos de Parceria (disciplinados na esfera federal pela Lei n. 9.790/99).

Segunda conclusão – parte 1: É possível, portanto, reconduzir todas as parcerias com o terceiro setor previstas pelo ordenamento pátrio a uma categoria jurídica denominada de ‘convênios público-privados em sentido amplo’. Esse é o sentido adotado no § 1º, do artigo 199 da Constituição Federal.

Segunda conclusão – parte 2: Os ‘convênios público-privados em sentido estrito’ continuam disciplinados na esfera federal de modo conjunto com os ‘convênios públicos’. Esse é o sentido adotado pelo artigo 116 da Lei n. 8.666/93, que disciplina de modo conjunto os ‘convênios público-privados em sentido estrito’ e os ‘convênios públicos’.

Terceira conclusão: Os convênios público-privados em sentido estrito envolvem o repasse de recursos públicos a entidades privadas, os quais independem de contraprestação específica e podem ser aplicados em despesas de custeio e despesas de capital, conforme previsão orçamentária específica.

Quarta conclusão: A participação privada no SUS por ocorrer por meio da ‘compra de serviços’, instrumentalizada através de ‘contratos de direito público’, ou por meio transferências voluntárias, instrumentalizadas por meio de ‘convênios’. Os convênios não podem ter como objeto a ‘compra de equipamentos’, mas podem prever como dever do ente público o repasse de recursos para a aquisição de

equipamento necessário à prestação, em regime de mútua colaboração, de serviços de assistência à saúde. Tal hipótese depende, como condição, de previsão orçamentária específica para tal modalidade de despesa.

Quinta conclusão: De acordo com o STF, a participação privada complementar ao SUS pode ocorrer nos serviços de assistência à saúde, desde que as entidades privadas observem, no atendimento da população, todas as diretrizes e princípios do SUS.

Sexta conclusão: A disciplina jurídica infraconstitucional e infralegal do SUS prevê as diretrizes e princípios a serem observados pelos prestadores privados de serviços público de assistência à saúde, mas restringem sua disciplina aos modelos de ajuste previstos pela Lei n. 8.666/93 (contratos administrativos e convênios público-privados em sentido estrito).

De todo o exposto, pode-se concluir, finalmente, que os novos modelos de parceria com o terceiro setor ainda não foram incorporados adequadamente pela legislação do SUS, em especial pela Lei n. 8.080/90 e por sua regulamentação, atualmente dada pela Portaria n. 2.567/16. Se, de um lado, o texto da Constituição Federal, que trata expressamente de contratos de direito público e de convênios com modelos de ajuste aptos a instrumentalizar parcerias no SUS, deve ser mantido e reinterpretado com base no novo cenário legislativo vigente; de outro lado, a legislação do SUS merece imediata atualização, com tratamento

atualizado e sistematizado de cada uma das hipóteses de parcerias com o terceiro setor na saúde – tratando tanto dos contratos de direito público e dos convênios (público-privados em sentido estrito), quanto dos contratos de gestão, termos de parceria, termos de colaboração e termos de fomento (convênios em sentido amplo).

Referências bibliográficas

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário n. 581.488/RS. Tribunal Pleno, Relator Min. Dias Toffoli. Diário de Justiça da União, 8 abr. 2016.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923/DF. Tribunal Pleno, Relator para o acórdão Min. Luiz Fux. Diário de Justiça da União, 17 dez. 2015.

MÂNICA, Fernando Borges. *O Setor Privado nos Serviços Públicos de Saúde*. Belo Horizonte: Forum, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 652.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. Lei de diretrizes orçamentárias e entidades sem fins lucrativos. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe H.; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Direito Público em Evolução*: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

O NOVO CPC, O CONTRADITÓRIO E A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Alexandre Freitas Câmara

Desembargador no TJRJ. Professor emérito e coordenador de direito processual civil da EMERJ (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro). Presidente do Instituto Carioca de Processo Civil (ICPC). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), do Instituto Iberoamericano de Direito Processual (IIDP) e da Associação Internacional de Direito Processual (IAPL). Doutorando em Direito Processual pela PUCMINAS.

Sumário: 1. Introdução: o CPC de 2015 e o processo administrativo. 2. O modelo constitucional de processo: breves considerações. 3. O princípio do contraditório no processo administrativo como garantia de participação com influência e de não-surpresa. 4. A fundamentação analítica das decisões no processo administrativo. 5. Conclusão.

1. Introdução: o CPC de 2015 e o processo administrativo

O art. 15 do Código de Processo Civil de 2015 prevê, expressamente, sua aplicação subsidiária e supletiva ao processo administrativo. A partir de sua vigência – a ter início em março de 2016 – será, então, expressa a regra que determina um diálogo entre o processo jurisdicional civil e o processo administrativo. Este diálogo certamente se manifestará com grande força no que diz respeito às assim chamadas “normas fundamentais do processo civil”, assim consideradas aquelas que resultam da interpretação e aplicação dos doze primeiros artigos do CPC.

O objetivo deste breve estudo é examinar como duas dessas normas fundamentais, os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões, se manifestarão no processo administrativo brasileiro (federal, estadual ou municipal) a partir do modo como deles trata a nova legislação processual civil brasileira.

2. O modelo constitucional de processo: breves considerações

Há já alguns anos a doutrina do direito processual civil tem reconhecido a existência de um *modelo constitucional de processo*,¹ formado por uma série de princípios constitucionais que estabelecem o modo como o processo deve

1 ANDOLINA, Italo. VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del proceso civile italiano*. Turim: G. Giappichelli, 1990, *passim*.

desenvolver-se no Brasil. Este modelo é construído a partir do princípio do *devido processo constitucional*, sendo formado também pelos princípios da isonomia, do juiz natural, da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório, da fundamentação das decisões e da duração razoável do processo.

Embora o estudo do modelo constitucional de processo tenha se desenvolvido precipuamente a partir do processo civil, é inegável que a ele devem amoldar-se todos os processos, jurisdicionais ou não, aí incluídos os processos administrativos.² Com relação a este, aliás, existe expressa previsão de aplicação do princípio do contraditório (art. 5º, LV, da Constituição da República).

Não é novidade a afirmação de que o processo administrativo deve desenvolver-se em conformidade com os ditames do devido processo.³ Pois não só este, mas todos os princípios constitucionais do processo são aplicáveis ao processo administrativo (com a devida ressalva do princípio da inafastabilidade da jurisdição, o qual se vincula especificamente ao acesso ao Judiciário).

Assim é que, na jurisprudência, já se reconheceu a necessidade de que sejam observados, no processo administra-

2 BARROS, Flaviane de Magalhães. “Nulidades e Modelo Constitucional de Processo”, in DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). *Teoria do Processo. Panorama Doutrinário Mundial*, Segunda Série. Salvador: Juspodivm, 2010, pág. 245, que afirma ser legítimo expandir-se o modelo constitucional de processo para todos os tipos de processos, não só jurisdicionais, mas também ao processo legislativo, administrativo, arbitral e de mediação.

3 Assim, por exemplo, STF. MS 27422 AgR/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. em 14/4/2015.

tivo, os princípios da isonomia,⁴ do juiz natural,⁵ do contraditório,⁶ da fundamentação das decisões,⁷ além do princípio da duração razoável do processo.⁸ Submete-se, pois, o processo administrativo brasileiro ao mesmo modelo constitucional que rege o processo civil. E isto legitima a afirmação de que as normas fundamentais do processo civil são, também, normas fundamentais do processo administrativo, razão pela qual as disposições sobre elas contidas no Código de Processo Civil de 2015 devem, mesmo, ser supletiva e subsidiariamente aplicáveis aos processos administrativos.

Resulta daí a necessidade de se verificar como o CPC trata dos princípios do contraditório e da fundamentação, a fim de verificar como deverão eles ser respeitados no processo administrativo.

3. O princípio do contraditório no processo administrativo como garantia de participação com influência e de não-surpresa

O Código de Processo Civil de 2015 adotou a respeito do princípio constitucional do contraditório uma visão extremamente moderna, e que pode ser considerada a mais compatível com o Estado Democrático de Direito.

4 STF, ADPF 156/DF, rel. Min. Carmen Lúcia, j. em 18/8/2011.

5 STF, ARE 657282 AgR/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. em 26/11/2013.

6 STF, MS 24790 AgR/DF, rel. Min. Teori Zavascki, j. em 02/12/2014.

7 STF, MS 25870/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 01/9/2011.

8 STF, MS 29270 AgR/DF, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 10/4/2014.

Aliás, nunca é demais recordar que todo o sistema jurídico precisa ser pensado a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito, estabelecido pelo art .1º da Constituição da República. Pois neste paradigma é preciso levar em conta a soberania popular, elemento formador do Estado, a qual “estabelece um procedimento que, em razão de suas propriedades democráticas, fundamenta a suposição de resultados legítimos. Este princípio traduz-se nos direitos de comunicação e participação, que garantem a autonomia pública dos cidadãos”.⁹

Ora, se no Estado Democrático de Direito não se pode prescindir dos direitos de comunicação e participação, então é preciso considerar que o direito ao contraditório é um dos pilares do Estado Constitucional brasileiro. Afinal, o contraditório precisa ser compreendido como uma garantia de participação dos interessados na formação do resultado da atividade estatal com possibilidade de influência na formação desse resultado. Sobre o tema, assim se pronunciou Nunes:¹⁰

“O delineamento de uma moderna concepção isonômica do contraditório somente se inicia de modo mais efetivo a partir desse momento, mediante a percepção da doutrina processual germânica de

9 HABERMAS, Jürgen. *Sobre a Legitimação Baseada nos Direitos Humanos*. Trad. bras. de Gisele Guimarães Cittadino e Maria Celina Bodin de Moraes. In: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Habermas-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf>, pág. 4, acesso em 12/8/2015.

10 NUNES, Dierle José Coelho. *Comparticipação e Policentrismo – Horizontes para a democratização processual civil*. Belo Horizonte: tese, 2008, pág. 172.

que este não poderia mais ser analisado tão-somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas, sim, como uma possibilidade de influência (*Einwirkungsmöglichkeit*) sobre o conteúdo das decisões (BAUR, 1954, p. 403) e sobre o desenvolvimento do processo, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa (BENDER, STRECKER, 1978, p. 554)”.

Seguindo esta mesma linha, Antônio do Passo Cabral leciona:¹¹

“[A] compreensão do contraditório como direito de influência expressa a democracia deliberativa através do processo: a sociedade pode influir nos atos decisórios estatais através da argumentação discursiva e o contraditório é o princípio processual que materializa este procedimento dialógico, abrindo o palco jurisdicional para o debate pluralista e participativo. O julgador, dentro de suas prerrogativas funcionais, pode até reputar errôneos os argumentos utilizados, mas deve, em respeito ao direito de influência, além de tomá-las em consideração, fazer menção expressa às teses levantadas pelos sujeitos processuais. Trata-se do *dever de atenção* às alegações, intrinsecamente conectado ao dever de motivação das decisões estatais e correlato ao direito dos sujeitos processuais de ver sua linha argumentativa considerada pelo julgador (*Recht auf Berücksichtigung*).

11 CABRAL, Antônio do Passo. *Contraditório*. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (org.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, pág. 200.

Sem embargo, se o princípio se resumisse ao direito de expressão e não representasse o direito de influir nas decisões, não haveria um dever de atenção do juiz que ao contraditório estivesse ligado. O julgador atenderia ao princípio do contraditório simplesmente permitindo a manifestação e motivando a decisão, em nada o violando caso omitisse qualquer referência aos argumentos e teses veiculados e os afastasse por reputá-los infundados”.

Registre-se, desde logo, que a lição de Cabral acima transcrita já delineia uma ligação – que adiante se buscará demonstrar de forma mais detida – entre os princípios constitucionais do contraditório e da fundamentação das decisões.

O contraditório deve ser compreendido, pois, não apenas como uma garantia formal de que as partes poderão se manifestar no processo, mas como a garantia substancial, exigência do Estado Democrático de Direito, de que as partes terão influência na formação do resultado final do processo, sendo dever do prolator da decisão levar em consideração seus argumentos. Não se pode, pois, ver no contraditório simplesmente um “direito de falar” no processo. Muito mais do que isso, o contraditório é o *direito de ser ouvido*.¹²

12 Não é por outra razão, aliás, que em língua inglesa o direito ao contraditório é conhecido como *right to be heard*, expressão que pode ser encontrada, por exemplo, em FERRAND, Frédérique. *Ideological background of the Constitution, Constitutional Rules and Civil Procedure*. In: *International Association of Procedural Law Seoul Conference 2014*. Seul: IAPL, 2014, pág. 10. Sobre o ponto, CÂMARA, Alexandre Freitas. *Dimensão Processual*

Além disso, o CPC de 2015 estabelece que, como regra geral, o contraditório deverá ser prévio à decisão (o que é essencial para que se viabilize a garantia de que a parte poderá se manifestar no processo de forma a exercer efetiva influência sobre o resultado), ressalvados apenas alguns poucos casos, expressamente previstos, e nos quais a exigência de contraditório prévio poderia inviabilizar a própria efetividade da decisão, como se daria, por exemplo, nos casos de tutela jurisdicional de urgência. É o seguinte o teor do art. 9º:

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

Assim é que, no processo civil, fica assegurado às partes o direito de atuar ao longo do processo com o fim de exercer influência sobre seu resultado final, manifestando-se previamente (ao menos como regra), devendo o órgão julgador levar em consideração seus argumentos. E este direito se estende, também, ao processo administrativo.

do Princípio do Devido Processo Constitucional. In: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, vol. 1. São Paulo: RT, 2015, pág. 29.

Veja-se que o princípio do contraditório está afirmado na Constituição da República como nota essencial tanto do processo judicial como do processo administrativo, como se pode verificar pelo texto normativo do inciso LV do art. 5º, segundo o qual “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Parece evidente, por esse texto, que o contraditório do processo judicial é o *mesmo contraditório* do processo administrativo.

A lei que rege o processo administrativo federal (Lei nº 9.784/1999) estabelece, em seu art. 2º, que “[a] Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, *contraditório*, segurança jurídica, interesse público e eficiência”. Pois esta é, naquele diploma legal, a única referência expressa ao princípio do contraditório. Há, porém, no art. 3º, III, daquela lei a afirmação de que é direito do administrado “formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente”. Veja-se aí, então, a afirmação da garantia de contraditório prévio, nos mesmos termos do art. 9º do CPC de 2015 (afinal, o contraditório não seria prévio se fosse possível decidir antes do administrado se manifestar). Mas ali também se encontra a afirmação de que é direito do administrado que o julgador leve em consideração suas alegações e documentos, o que nada mais é do que o direito à consideração dos argumentos,

do qual vimos falando, e que se revela como elemento integrante do próprio princípio do contraditório.

Fica claro, assim, que o direito ao contraditório que se consagra para o processo jurisdicional identifica-se de forma plena com o direito ao contraditório no processo administrativo, isto é, também nesta espécie de processo o contraditório deve ser compreendido como direito de participação com influência e de não surpresa.

Registre-se que no processo administrativo, dada a inevitável desigualdade de posições entre seus sujeitos (já que a Administração Pública é parte do processo mas é, também, a julgadora, ainda que atuando por órgãos distintos e com autonomia funcional), a garantia do contraditório se faz ainda mais relevante, já que importante mecanismo garantidor da legitimidade democrática das decisões, as quais só poderão ser tidas por constitucionalmente legítimas se for assegurado ao administrado o direito de participar com influência da formação do resultado do processo, não sendo por este surpreendido, uma vez que garantida a possibilidade de prévio debate de todos os argumentos que podem em tese vir a ser empregados como fundamentos da decisão a ser proferida.

4. A fundamentação analítica das decisões no processo administrativo

Existe, como anteriormente anunciado, uma forte ligação entre os princípios do contraditório e da fundamen-

tação das decisões judiciais.¹³ O princípio da fundamentação é uma exigência da necessidade de que, no Estado Democrático de Direito, haja meios eficazes de controle do conteúdo dos atos de poder (o que inclui, evidentemente, as decisões judiciais e as proferidas no processo administrativo). Como ensina Taruffo,¹⁴

“No seu significado mais profundo, o princípio em exame exprime a exigência geral e constante de controlabilidade sobre o modo como os órgãos estatais exercitam o poder que o ordenamento lhes confere, e sob este perfil a obrigatoriedade de motivação da sentença é uma manifestação específica de um mais geral ‘princípio de controlabilidade’ que parece essencial à noção moderna do Estado de Direito, e que produz consequências análogas também em campos diversos daquele da jurisdição”.

Vê-se, da afirmação de Taruffo, que não é só no campo jurisdicional que atua o “princípio da controlabilidade”, mas também em campos diversos (como, certamente é o do

13 Identificou esta ligação DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2ª ed., 2012, pág. 137. Sustentei o mesmo em CÂMARA. *Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional*. Op. cit., pág. 23.

14 TARUFFO, Michele. *La motivazione dela sentenza civile*. Pádua: Cedam, 1975, pág. 405 (tradução livre). No original: “Nel suo significato più profondo, il principio in esame esprime l’esigenza generale e costante di controllabilità sul modo in cui gli organi statuali esercitano il potere che l’ordinamento conferisce loro, e sotto questo profilo l’obbligatorietà dela motivazione della sentenza è una specifica manifestazione di un più generale ‘principio di controllabilità’ che appare essenziale alla nozione moderna dello Stato di diritto, e che produce conseguenze analoghe anche in campi diversi da quelli della giurisdiçione”.

processo administrativo). Impõe-se, pois, que sejam *justificadas* todas as decisões.¹⁵ Exige-se, deste modo, que as decisões proferidas nos processos administrativos – tanto quanto as prolatadas em processos jurisdicionais – sejam analiticamente fundamentadas, isto é, fundamentadas de forma substancial. E isto atrai para a hipótese o disposto no art. 489, § 1º, do CPC. Estabelece este dispositivo, *verbis*:

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

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

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

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

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

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos de-

15 Como ensina Lenio Luiz Streck, o dever constitucional de fundamentar implica a obrigação de justificar a decisão (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, neoconstitucionalismo e o 'problema da discricionariedade dos juízes'*. Artigo publicado em meio eletrônico in: www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf, pág. 8, acesso em 31/8/2015.

terminantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

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

Assim é que, no processo administrativo, não será considerada fundamentada a decisão que “se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida” (como seria, por exemplo, uma decisão que se limitasse a dizer algo como “art. 48, I, da Lei nº 8.666/1993. Desclassifico a proposta”).

Também é viciada por falta de fundamentação a decisão proferida no processo administrativo que empregue conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso (como se teria, por exemplo, em uma decisão que afirmasse algo como “rejeita-se a impugnação por falta de razoabilidade, já que o ato administrativo impugnado atendeu ao interesse geral”).

É nula, por vício de fundamentação, a decisão tomada em processo administrativo que invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão (como, *e.g.*, a que diz algo como “ausentes os requisitos legais, indefiro”), assim como é viciada a decisão que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. Esta regra (insculpida no art. 489, § 1º, IV, do CPC), aliás, conjuga-se com

absoluta perfeição com o disposto no art. 3º, III, da Lei nº 9.784/1999, segundo o qual é direito do administrado “formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente”. Reafirma-se, aqui, o *direito à consideração dos argumentos (Recht auf Berücksichtigung)* como elemento integrante do princípio constitucional do contraditório.

Interessante notar, porém, que não são só os quatro primeiros incisos do art. 489, § 1º, do CPC, que têm aplicação no processo administrativo. Também os dois últimos incisos daquele dispositivo legal têm aí aplicação. É que, por força desses dois incisos, não se considera fundamentada a decisão que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” ou que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. Ora, isto é perfeitamente aplicável ao processo administrativo.

Em primeiro lugar, é preciso recordar que, nos termos do art. 103-A da Constituição da República, os enunciados de súmula vinculante do STF produzem efeito vinculante não só sobre os órgãos jurisdicionais, mas também sobre a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (e do Distrito Federal, evidentemente). Pois se assim é, uma decisão proferida em processo administrativo que se limite a invocar enunciado de súmu-

la vinculante sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso concreto se ajusta a tais fundamentos será nula por falta de fundamentação.

Do mesmo modo, será viciada por defeito de fundamentação a decisão que, proferida em processo administrativo, deixar de seguir enunciado de súmula vinculante invocado pela parte sem demonstrar a existência de distinção no caso concreto ou a superação do entendimento.

Além disso, há de se levar em consideração a existência de *orientações administrativas vinculantes* (e a elas o CPC de 2015 faz referência expressa no art. 498, § 4º, IV, já que sua existência é motivo suficiente para que a sentença, proferida contra o Poder Público, mas em conformidade com tais orientações, não se submeta a reexame necessário).¹⁶ Pois bem: se existem orientações administrativas vinculantes, deverão elas, evidentemente, ser observadas nas decisões que venham a ser proferidas nos processos administrativos.¹⁷ Não é fundamentada,

16 A Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (Lei Complementar nº 73/1993) estabelece, em seu art. 4º, estabelece as atribuições da AGU, entre as quais podem ser encontradas as seguintes: fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal (inc. X); unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal (inc. XI); editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais (inc. XII).

17 A doutrina do Direito Administrativo faz alusão à eficácia vinculante, para a Administração Pública Federal, dos pareceres normativos da AGU, bem assim dos pareceres aprovados pelo Advogado-Geral da União. As-

porém, a decisão que se limita a invocar uma orientação administrativa vinculante, sem apontar seus fundamentos determinantes e demonstrar que o caso concreto sob apreciação se ajusta a tais fundamentos (art. 489, § 1º, V). Do mesmo modo, não é fundamentada a decisão proferida em processo administrativo que deixa de seguir orientação administrativa vinculante invocada pela parte sem demonstrar a existência de distinção ou a superação do entendimento (art. 489, § 1º, VI).

Vê-se, assim, que por força da aplicação supletiva do CPC ao processo administrativo (art. 15), as decisões que tenham de ser proferidas nesse tipo de processo também exigem fundamentação analítica, sob pena de serem reputadas nulas.

5. Conclusão

De tudo quanto se viu, a conclusão a que se pode chegar é uma só: o paradigma do Estado Democrático de Direito, estabelecido pelo art. 1º da Constituição da República, precisa ser levado em consideração em todo e qualquer ato do Poder Público. E em uma Democracia digna deste nome, os atos estatais de poder precisam ser construídos através de procedimentos que se desenvolvam em contra-

sim, por todos, BINENBOJN, Gustavo. *Relações entre a Advocacia Geral da União e as Agências Reguladoras Federais*. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, nº 24. Salvador, 2011, pág. 14, <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-24-NOVEMBRO-2010-GUSTAVO-BINENBOJM.pdf>, acesso em 03/09/2015.

ditório, entendido este como garantia de participação com influência e de não surpresa, assegurada a consideração dos argumentos. E o controle da observância do contraditório se dá através da fundamentação do ato de poder, a qual deve ser analítica, examinando verdadeiramente todos os fundamentos deduzidos pelos sujeitos do contraditório e que se revelem, ao menos em tese, capazes de infirmar a conclusão que a autoridade responsável pela emissão do pronunciamento estatal tenha apresentado. Por conta disso, é muito bem vinda ao ordenamento jurídico brasileiro a normatização, estabelecida no CPC de 2015, acerca do contraditório e da fundamentação das decisões.

Não se está aí, é certo, diante de novas normas jurídicas. A exigência de contraditório substancial e de fundamentação analítica decorre, diretamente, dos arts. 5º, LV, e 93, IX, da Constituição da República. Mas a força simbólica de um novo Código que traz em seu interior dispositivos que descrevem, minuciosamente, o modo como essas garantias constitucionais devem ser efetivadas na prática é inegável, e isto certamente contribuirá para que o contraditório nos processos brasileiros seja cada vez mais efetivo; e para que as decisões proferidas pelos órgãos estatais brasileiros sejam cada vez mais legítimas do ponto de vista constitucional.

A expressa afirmação de que o CPC de 2015 é supletivamente aplicável aos processos administrativos, então, cumpre o importantíssimo papel de deixar claro que também nos processos administrativos deve-se assegurar um

contraditório prévio, dinâmico, efetivo, substancial. E que o controle disso se fará pela fundamentação analítica das decisões proferidas nessa sede. Sem isto, a Democracia será apenas uma “promessa constitucional”, com o quê a sociedade brasileira não pode se conformar. O Brasil merece – e isto há de ocorrer – tornar-se um verdadeiro Estado Democrático de Direito. E o respeito às garantias constitucionais é um passo essencial na construção da Democracia Brasileira.

CRISE NA REPRESSÃO PENAL ESTATAL E OS DIREITOS HUMANOS

Prioridades legais, garantias processuais-constitucionais e ética acusatória

Uma perspectiva de Justiça Restaurativa versus Vingança Pública

Cândido Furtado Maia Neto

Procurador de Justiça do Ministério Público do Paraná. Professor Pós-Doutor. Agraciado com Menção Honrosa na V Edição do Premio Innovare (2008). Consultor Internacional das Nações Unidas (Missão MINGUA 95/96). Secretario Nac. de Justiça e Segurança Pública do Ministério da Justiça (1989/1990).

André Luis de Lima Maia

Advogado. Consultor Jurídico e Defensor dos Direitos Humanos. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da UNISUL Universidade do Sul de Santa Catarina. Fundador e Pesquisador do website Maia Legal Studies (www.maialegalstudies.com)

in memoriam aos mestres

Lola Aniyar de Castro (+ 7.12.2015) Venezuela

Antonio Beristain Ipiña (+ 29.12.2009) Espanha

Resumo: Trata-se de um ensaio jurídico para expor a real necessidade de cambio na postura do exercício jurisdicional referente à prática processual-penal como vem sendo utilizada pelos profissionais do direito, especialmente, pelos representantes do Estado-Acusação (agentes do Ministério Público). Um novo paradigma de Justiça criminal, ou seja, modelo retributivo (de vingança pública) *versus* restaurativo, a fim de fazer valer os direitos do titular do bem jurídico violado, a vítima, em busca da indenização e/ou ressarcimento dos danos causados pelo crime, ademais de possibilitar o reconhecimento do erro por parte do autor do delito, sua responsabilidade social e o cumprimento da sentença condenatória através de critérios democráticos e humanitários, uma vez que o atual sistema de repressão estatal se encontra em crise e em perfeita desordem, seja pelo aumento da taxa de reincidência ou ante o sentimento popular de insegurança

pública e jurídica. Processo-crime e mais ações penais sem utilidade, resultando em persecuções penais inócuas e sem resposta efetiva a sociedade.

Palavras-chaves: Repressão Estatal – Retribuição Penal – Vingança Pública – Reparação do Dano – Indenização – Ministério Público – Justiça Criminal – Estado Democrático de Direito – Direitos Humanos – Justiça Restaurativa – Princípios e Garantias Constitucionais Fundamentais – Ética Acusatória – Crise no Sistema de Justiça Penal.

1. Introdução

Primeiro se faz necessário uma quebra radical de paradigma, num giro de 180 graus na mentalidade jurídico-penal, para proporcionar melhor credibilidade à Justiça e ao seu indispensável prestígio social; numa conclusão lógica que delineia o modelo de Justiça Penal Restaurativa *versus* a mesmice da bruta e irracional vingança pública (repressão estatal) que chega a beira da esquizofrenia aguda pela falta de conhecimento e de atenção a realidade penal-penitenciária.

Não se trata de uma tarefa fácil, pois a grave crise que enfrenta o sistema punitivo desafia a imagem da Justiça e o sentimento de fé e de esperança popular.

É preciso orientar, instruir e conscientizar todos que atuam na área da repressão a delinquência (segurança e

justiça pública), para modificarem urgentemente o atual *modus operandi* quase que psicopático para uma *práxis* policial-forense útil que se vincule a uma política criminal verdadeiramente democrática e humanitária.

Os Operadores do Direito (em especial os membros do Ministério Público) se sintonizados com as principais demandas restaurativas, estimularão o diálogo vítima-vitimário e olvidarão o modelo inquisitivo-repressivo de outrora, ainda utilizado indevidamente, ou seja, a vingança pública camuflada de segurança pública e a necessidade de prisionalização pela ressocialização do apenado.

Somente um câmbio para uma adequada prestação jurisdicional restaurativa será capaz de trazer resultados positivos aos anseios da sociedade civil. Mas para mudar é preciso coragem e vontade pessoal e institucional.

Zaffaroni¹ explica que o direito penal não passa de um saber limitado, de baixo nível teórico, onde muitos operadores do sistema punitivo (polícia, ministério público, poder judiciário, agentes prisionais, legisladores...), ainda acreditam que este tipo de repressão previne e reprime a delinquência.

A grande maioria dos operadores do direito criminal atua inconscientemente seguindo criações legais oriundas do poder político dominante, e sequer analisam o porquê e para que servem algumas medidas punitivas.

1 ZAFFARONI, Eugenio Raul: "Derecho Penal" – Parte General; Ed. EDIAR, Buenos Aires, 2000.

Os profissionais não fazem a necessária crítica ou estudo hermenêutico-filosófico, por facilidade optam aceitar decisões chamadas de “dominantes ou majoritárias” - muitas injustas e imprudentes² -, assim os “doutores da lei” ou das ciências jurídicas copiam e transferem o que já está pronto e acabado, definitivamente determinado, e a doutrina prevarica e se cala.

O direito penal não é uma ciência, propriamente dita, porque no ordenamento criminal foram incluídas ficções, que ao longo dos tempos a literatura especializada tem demonstrado falhas estruturais nas teorias anticientíficas da prevenção geral negativa e da prevenção especial positiva.

Métodos empíricos pela experiência cotidiana condenatória e prisional, já comprovaram que a pena não intimida e muito menos ressocializa, e assim mesmo continua-se ensinando nas academias e nas instituições oficiais do Estado, este tipo de pseudociência aos operadores do direito.

Esta asnice imensa, que vem desde o século xviii³,

2 Jurisprudência, do latim jus = justo + prudentia = prudência.

3 Anteriormente, a prisão era uma medida cautelar, não excepcional, mas uma regra geral onde todos acusados e processados eram presos provisoriamente, porque as espécies de sanções eram outras, como o desterro, amputações de parte do corpo humano, a sanção capital. No ano 1600, dá-se início ao humanismo em resposta a escassa mão-de-obra, era um grande absurdo continuar aplicando sanções corporais, exterminando criminosos e impossibilitando que realizassem tarefas/trabalhos obrigatórios. Mais tarde a prisão passa ser chamada de “pena privativa de liberdade” com objetivo de retribuir com o castigo do cárcere para reeducar o apenado. Assim humanizou-se a pena de morte em troca da prisão, quando surgem na Europa as primeiras Casas Correccionais, no século xvi.

tem por simples objetivo justificar o encarceramento - en- gaiolamento desumano – de cidadãos nacionais ou estran- geiros, através da prisão provisória e da condenação a pena privativa de liberdade; e ao mesmo tempo visa introduzir e manter obediência às normas regidas pelo Estado, ainda que não resulte em segurança pública e nem no medo da aplicação da lei.

Historicamente, o direito penal ortodoxo, do passado e do presente, se concentra na trilogia crime-criminoso-pe- na, isto é, para que a retribuição cumpra fins em si mesmo, o que é impossível, pois não há que se falar em recompensa pelo castigo sem que primeiro o réu reconheça seu erro e tenha oportunidade para reparar o dano à vítima.

Este direito penal (material e formal) irracional e into- lerável nunca poderá oferecer a restauração da paz social por meio desta retribuição torpe, seletiva e de grande violência.

Na atual práxis do modelo de justiça penal inquisi- tivo-repressivo⁴, e nada de acusatório-democrático como adotou a Constituição federal, desde 1988, vivemos a cada dia e cada vez mais, um “***Direito Penal do Terror***” (Rene Ariel Dotti), a sociedade e os vulneráveis do sistema “***Pu- nidos e Mal Pagos***” (Nilo Batista) numa espécie de “***Direi- to Penal de Frankenstein***” (Luis De La Barreda/México) e sem “***Os Limites da Dor***” (Nils Christie/ norueguês).

4 6. O termo inquisitivo vem da inquisição episcopal desde os tempos dos Tribunais do Santo Ofício (por volta do ano 1022 na França até o sec. xviii). O Poder Judicial Eclesiástico da Igreja Católica em busca e na perseguição ferrenha contra os hereges, a qualquer custo.

A punição na contra mão da ciência vem construindo a falência total do sistema penal-penitenciário; obrigando aos membros do Ministério Público conscientes, lúcidos e não ingênuos a um “*discurso da verdade*” para a “*deslegitimação do sistema penal arbitrário*” (Lola Aniyar de Castro/Venezuela), “**Em Busca das Penas Perdidas**” (Raul Zaffaroni/Argentina); somente esta postura poderá evitar que o sistema não venha sucumbir de uma vez por todas.

Só uma vontade política-criminal promovida pelo Ministério Público em busca da boa e melhor práxis-eficiência-práxis-efetividade com olhos e ações no dano causado pelo delito, ou seja, num prato da balança da justiça se deposita o reconhecimento do erro pelo autor do ilícito, noutro pesa o ressarcimento à vítima.

Referimos-nos a um direito penal do presente com visão ao futuro, por um Ministério Público Social, para a (re) construção de uma sociedade justa, fraterna e solidária em prol de todos os cidadãos sem distinção ou descriminação de qualquer espécie.

2. Justiça Restaurativa e seus fundamentos

Justiça Restaurativa vincula-se unicamente a área criminal, assim como quando se fala em Justiça Militar, automaticamente se refere ao direito penal e processual penal.

Inexiste, portanto, Justiça Restaurativa noutro contexto de jurisdição, as outras instâncias já vem há muito

tempo possibilitando a composição entre os litigantes na procura da paz social.

No direito ou na Justiça de Família, por exemplo, o magistrado sempre procura a conciliação para a não dissolução da sociedade conjugal (art. 1.571 e segst. CC); na Justiça da Infância e Juventude (ECA Lei nº 8.069/1990) aplicam-se medidas pedagógicas e socioeducativas de proteção à criança ou ao adolescente, como a remissão pelo Ministério Público; o Juizado Especial Cível (Lei nº 9.099/95) se orienta pela conciliação nas causas de menor complexidade. Note-se que o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) faz referência expressa a conciliação e mediação (art. 3º § 3º); portanto, Justiça Restaurativa é eminentemente penal.

Foi após meados do século xx com a aprovação da Declaração de Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder (ONU/1985), que a vitimologia ganhou *status* de ciência autônoma e passou a se preocupar com a vítima, e esta, a ocupar espaço relevante no sistema, dando origem oficial a Justiça “Penal” Restaurativa (a vítima com direito a voz e vez no processo-crime, por ser a principal protagonista do conflito social - delito -, ou seja, titular do bem jurídico-penal violado).

Antonio Beristain escreveu “*De los Delitos y de las Penas desde el País Vasco*”⁵, advertindo sobre a necessida-

5 Editorial Dykinson, 1998, Madrid. E Maia Neto, Cândido Furtado, “DOS DELITOS E DAS PENAS NO BRASIL. EM BUSCA DA JUSTIÇA

de do que denominou inteligentemente de “Direito Penal do Perdão”⁶, para a implantação do novo modelo de Justiça Restaurativa “*versus*” o atual e arcaico modelo de justiça penal eminentemente repressiva.

Assim os “traços fundamentais do novo modelo recriador” podem contribuir para uma convivência mais justa, mais pacífica e mais solidária; a saber:

1. O delito é o comportamento (do delinquente e também de seus circunstantes) que causa dano à pessoa concreta e/ou à sociedade.
2. A justiça recriadora concentra-se mais no perdão do que na reação pena (*malum passionis propter malum actionis*), na compreensão (compreender tudo se pode chegar ao perdão) e na criação de uma nova ordem, de uma nova relação entre o(s) vitimador(es) e as vítimas.
3. É outorgado às vítimas o protagonismo no *iter* processual do encontro dialogal para se planejar e se projetar (a sanção, *sentencing*) uma forma de

PERDIDA DOS DIREITOS HUMANOS DAS VÍTIMAS DE CRIME” in Notáveis do Direito Penal, livro em homenagem ao emérito Prof. Dr. René Ariel Dotti, ed. Consulex, Brasília-DF, 2006, pg. 67/8, organizador Maia Neto, Cândido Furtado.

6 A denominação “Direito Penal do Perdão”, não significa impunidade, pelo contrário, expressa uma ação criminal eficiente, para a responsabilização do autor do crime, com o reconhecimento da culpa e a reparação dos prejuízos à vítima, diretamente na via penal (pena pecuniária), sem prejuízo da ação “*ex delicto*” no juízo cível.

reconstrução (recriação) social da realidade perturbada pelo delito.

4. A sanção não é uma consequência ontológica natural. É uma construção social, uma criação não do nada, senão a partir da coisa danificada. A partir da ferida se cria uma cicatriz de valor positivo, olhando para o futuro.
5. No sistema retributivo vê-se o delinquente, como “*adversário*”, e não como o complemento para a restauração.
6. Reconhecem-se as necessidades e os direitos da vítima, mas também seus deveres, suas possíveis responsabilidades e também suas possíveis co-culpabilidades. Busca-se que o delinquente assuma suas responsabilidades, mas também se reconhecem seus direitos, versus, melhor dito, em relação à vítima.
7. Observam-se e se constata o ato (não se julga nada), como não se julga, tampouco se denuncia, esta palavra sofre um pré-julgamento pejorativo.
8. Procura-se antes, muito mais do que a sanção, o arrependimento e o perdão, como também a reconciliação que supera os limites jurídicos. O delito não é a simples infração da norma penal do Estado. O delito é muito mais, é a ação que causa dano à outra pessoa,

9. O dano de que padece o sujeito passivo do delito não se compensa com outro dano (sanção inútil) ao delinquente; pretende-se conseguir a restauração do dano social.
10. A sanção é a reação do Estado contra o delinquente. A vítima é ignorada, e o delinquente permanece passivo.
11. São reconhecidos o papel da vítima e o delinquente, tanto no problema (delito) como em sua solução. As necessidades e os direitos das vítimas. O delinquente é animado a responsabilizar-se.
12. O dever do delinquente é cumprir (sofrer) a pena. Na verdade a responsabilidade do delinquente é definida como a compreensão do impacto de sua ação e o compromisso em reparar esse dano.
13. Não basta o delinquente ser denunciado, é preciso denunciar o dano causado pelo crime, dar ênfase aos prejuízos da vítima.

É o Ministério Público a instituição incumbida oficialmente de delinear a política criminal e penitenciária do Estado, na qualidade de “*dominus litis*” e “*custos legis*” (fiscal da lei, da Constituição e dos Direitos Humanos), ante o “*onus probandi*”; assim, na prática jurisdicional democrática, humanitariamente tutela os interesses indisponíveis (art. 127 CF), em outras palavras e mais acertadamente, o *Parquet* atua em prol da difusão e efetivação dos

Direitos Humanos no processo penal, seu representante legal é denominado de Promotor de Justiça e não Promotor de Acusação⁷. JUSTIÇA com letras maiúsculas também se faz com a absolvição e com o arquivamento das investigações criminais, ante a falta de provas para condenar e/ou denunciar.

OS PRINCÍPIOS BÁSICOS PARA UTILIZAÇÃO DE PROGRAMAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA EM MATÉRIA CRIMINAL foram aprovados pelas Nações Unidas via Resolução 2002/12 – ONU, na 37ª Sessão Plenária, em 24 de Julho de 2002; a saber:

“O Conselho Econômico e Social,

Reportando-se à sua Resolução 1999/26, de 28 de julho de 1999, intitulada “Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na Justiça Criminal”, na qual o Conselho requisitou à Comissão de Prevenção do Crime e de Justiça Criminal que considere a desejável formulação de padrões das Nações Unidas no campo da mediação e da justiça restaurativa.

7 106. “PROMOTOR DE ACUSAÇÃO OU PROMOTOR DE JUSTIÇA? DIREITOS HUMANOS E O MINISTÉRIO PÚBLICO DEMOCRÁTICO DO BRASIL”

- www.aidpbrasil.org.br, Associação Internacional de Direito Penal - maio/2006

- Revista Jurídica UNISEP – União de Ensino do Sudoeste do Paraná – Faculdade de Direito de Dois Vizinhos, Vol 1. n. 2 jan/jun. 2006, pg. 255/284.

- www.anadep.org.br Associação Nacional dos Defensores Públicos - agosto/2006

- www.jusvi.com.br (Jus Vigilantibus – 23.01.2008)

Reportando-se, também, à sua resolução 2000/14, de 27 de julho de 2000, intitulada “Princípios Básicos para utilização de Programas Restaurativos em Matérias Criminais” no qual se requisitou ao Secretário-Geral que buscasse pronunciamentos dos Estados-Membros e organizações intergovernamentais e não-governamentais competentes, assim como de institutos da rede das Nações Unidas de Prevenção do Crime e de Programa de Justiça Criminal, sobre a desejabilidade e os meios para se estabelecer princípios comuns na utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal, incluindo-se a oportunidade de se desenvolver um novo instrumento com essa finalidade, Levando em conta a existência de compromissos internacionais a respeito das vítimas, particularmente a Declaração sobre

Princípios Básicos de Justiça para Vítimas de Crimes e Abuso de Poder, Considerando as notas das discussões sobre justiça restaurativa durante o Décimo Congresso sobre Prevenção do Crime e do Tratamento de Ofensores, na agenda intitulada “Ofensores e Vítimas – Responsabilidade e Justiça no Processo Judicial,

Tomando nota da Resolução da Assembleia-geral n. 56/261, de 31 de janeiro de 2002, intitulada “Planejamento das Ações para a Implementação da Declaração de Viena sobre Crime e Justiça – Respondendo aos Desafios do Século Vinte e um”, particularmente as ações referentes à justiça restaurativa, de modo a se cumprir

os compromissos assumidos no parágrafo 28, da Declaração de Viena,

Anotando, com louvor, o trabalho do Grupo de Especialistas em Justiça Restaurativa no encontro ocorrido em Ottawa, de 29 de outubro a 1º de novembro de 2001, Registrando o relatório do Secretário-Geral sobre justiça restaurativa e o relatório do Grupo de Especialistas em Justiça Restaurativa.”

Ao nível doméstico a Resolução nº 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, implementa a Política Nacional de Justiça Restaurativa, após década e meia, de orientações internacionais.

Seguindo o modelo de Justiça Restaurativa é preciso entender que a ação penal - *persecutio criminis* – terá que tomar outro rumo ideológico, este paradigma indica nova postura na práxis criminal - do Estado-Acusador e do Estado-Juiz -, visto a importância da reparação do dano sobre a repressão.

É simultânea a tutela do Ministério Público do interesse individual indisponível, engloba os Direitos Humanos da vítima, como do processado e do preso.

A 1ª dimensão ou proteção primária esta na área policial na tutela das garantias fundamentais do investigado; já a 2ª dimensão ou secundária vincula-se no âmbito judicial, para proteção jurisdicional do denunciado ou do processado (réu); e a 3ª dimensão ou terciária encontra-se no sistema prisional, isto é, na fase da execução da pena. Nestas

três dimensões ou fases incumbe ao Ministério Público a proteção simultânea da vítima, a fim de possibilitar a reparação do dano causado pelo crime, desde o inquérito policial com a apreensão e devolução dos bens, no processo judicial, a aplicação de pena pecuniária em prol da vítima, e na execução penal, reparação do dano como um dos requisitos para a concessão do livramento condicional.

No modelo restaurativo alguns princípios de ação penal privada podem e devem ser aplicados na ação penal pública, sempre existindo a transparência, a impessoalidade e a indivisibilidade, para a verdadeira desburocratização e celeridade dos feitos da Justiça Criminal.

Há uma forte diferença na aplicação dos princípios da ação penal segundo o modelo de Justiça Criminal Restaurativo, inovando a antiga *práxis* jurídica (modelo repressivo, puro e simples) saturada, inócua e efêmera, dando-se a verdadeira mudança de mentalidade (novo paradigma), a fim de permitir que o principal protagonista do crime (a vítima), seja perfeitamente atendido pelo Estado, e este possibilite a reconstrução do conflito social, reaproximação entre vítima e vitimário para a (re)construção da paz social.

No Brasil, oficial e legalmente, a Justiça Restaurativa teve início com a vigência da Lei nº 9.099/95 do Juizado Especial Criminal, cuja competência e julgamento nas ações de pequeno potencial ofensivo, têm como objetivo a reparação dos danos sofridos pela vítima em substituição a pena privativa de liberdade; isto é, restauração versus retribuição.

Mas na prática nada mudou, a postura dos operadores do direito, continua a mesma, esquecendo-se da pessoa da vítima e dando-se pouca importância a reparação do dano, e quando se propõe alguma composição, dialoga-se tão somente com o infrator, propondo a aplicação de pena restritiva de direito em benefício de entidade pública ou privada, e a vítima continua a “ver navios” ou a ser um “sujeito de pedra”.

Não basta mudar a lei, é preciso um câmbio de mentalidade para uma postura jurisdicional mais adequada e moderna.

3. Estado-Acusador ético

No regime democrático os Direitos e Deveres Humanos ganham proporções e *status* jurídico-legais que fundamentam a República (*res* pública ou coisa pública) em prol da dignidade da pessoa humana (art.1º, III CF).

O Ministério Público zela pelo prestígio da justiça (Lei nº 8.625/1993, art. 43, II), isto é, promove e procura equidade e moderação segundo os princípios de Direitos Humanos, e não a simples imputação, mas principalmente a restauração do direito, dando a cada um o que é seu. Ao mesmo tempo em que atua para responsabilizar o vitimário, também se preocupa com a reparação dos danos causados pelo crime e prejuízos sofridos pela vítima. Possui autoridade em conformidade com a lei para que os direitos das partes sejam respeitados, com a maior isenção, transparência e celeridade

processual; servindo a comunidade e protegendo as pessoas com responsabilidade no exercício de seu poder funcional, com estrito respeito à dignidade humana, na proteção das liberdades fundamentais com atenção aos direitos constitucionais da cidadania, sem qualquer discriminação ou distinção.

As atribuições criminais do Ministério Público encontram-se nos limites da legalidade à luz do garantismo e do minimalismo penal; Luigi Ferrajoli⁸, desde 1989, se preocupava em ensinar como e por que proibir ou prender (criminalizar), como e por que acusar (processar), como e por que julgar e condenar (penalizar)?

O princípio da mínima proporcionalidade da intervenção punitiva regula o exercício jurisdicional através da prática policial-forense vinculada à retribuição do Estado-investigador e processante, e do Estado-julgador com base nos Direitos Humanos capaz de conter excessos e abusos, em nome do respeito à dignidade cidadã e ao regime democrático acusatório.

Os deveres éticos dos agentes do Ministério Público começam com a imparcialidade, independência, livre convencimento e a autonomia funcional que norteiam as atividades do *Parquet*, em especial a boa-fé funcional (in analogia aos arts. 5º e 181 do Código de Processo Civil; porque esta mesma disposição legal ainda não consta no Código de Processo Penal).

8 In Derecho y razón; Ed. Trotta, Madrid, 1995 (primeira ed. GiusLaterza & Figli, 1989).

Dá a entender que na jurisdição processual-penal tudo se pode, investigar, processar e requerer a condenação sem lastro probatório, isto é, denunciar e acusar sem qualquer responsabilidade.

Não vivemos mais na Idade Média, quando surgiu a “Ordem dos Cavaleiros Templários” dando aos seus membros amplos privilégios para proteger os cristãos vítimas de ladrões; em 1139, o papa Inocêncio II emitiu uma bula, *Omne datum optimum*, que isentava os templários de obediência, tanto com relação ao poder secular, como ao poder eclesiástico.

As Nações Unidas entende como vítimas do abuso de poder, toda pessoa que tenha sofrido um atentado físico ou moral, com violação aos seus direitos fundamentais⁹, como consequência de atos ou de omissões por parte de agentes estatais. Os Estados deveriam reexaminar periodicamente a legislação interna e as práticas em vigor, adotando e apli-

9 Artigo 5º Constituição Federal:

XXXVI - “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário **lesão ou ameaça a direito**”;

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e **liberdades fundamentais**;

LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou **abuso de poder**;

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou **abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público**;

cando normas que proibissem abusos de poder¹⁰.

Art. 5º CPC “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

Art. 181 CPC “O membro do Ministério Público será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”.

É obvio que na área da justiça penal também é responsável; não se imuniza atos de denunciar e de acusar, sem provas, em outras palavras, é o mesmo que deixar impune oficialmente os crimes contra a honra, a denúncia caluniosa, os crimes contra a honra previstos nos Código Penal (arts. 138/139/140/339), e de abuso de autoridade (Lei nº 4.989/65).

Lei nº 8.429/1992 - Art. 19. Constitui crime a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente.

Pena: detenção de seis a dez meses e multa.

Parágrafo único. Além da sanção penal, o denunciante está sujeito a indenizar o denunciado pelos danos materiais, morais ou à imagem que houver provocado.

Se assim não for, estar-se-ia criando outras espécies de exclusões de ilicitudes, no Código Penal (art. 23).

10 Declaração dos Princípios Fundamentais de Justiça Relativos à Vítimas da Criminalidade e do Abuso de Poder (Assembleia Geral ONU, 96ª sessão plenária, em 29.10. 1985).

Zaffaroni e Baratta¹¹ já delinearam em seus magistérios os princípios limitativos do Estado de Direitos Humanos, subdividindo-os em intra e extra-sistemáticos, a exemplo da legalidade, da máxima taxatividade, da irretroatividade da lei penal como derivação da legalidade, da lesividade, da proporcionalidade e intranscendência mínima, da humanidade (*pro homine*), da limitação material do proibido, e concluem com o dever de superioridade ética do Estado para o saneamento genealógico da repressão penal.

Ministério Público como fiscal das prioridades legais, explícitas, as que estão definidas em lei, ou implícitas, aquelas que se considera por analogia, seguindo a correta interpretação judicial em benefício e respeito à dignidade humana, de certos grupos sociais mais vulneráveis ou hipossuficientes desprovidos de melhor prestação jurisdicional no âmbito do sistema criminal.

O tempo para o exercício da prestação jurisdicional está nas normas e procedimentos, por força do princípio da celeridade processual (art.5º inc. LXXVIII CF cc. art. 6º CPC in analogia); assim, se deve levar em consideração algumas prioridades legais explícitas e implícitas para o devido processo legal-penal e não tardio, quando envolvem determinadas pessoas ou situações; a saber:

11 Zaffaroni, ob. cit. Baratta Alessandro: “Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos em la Ley Penal”; Revista Capitulo Criminológico nº 13. Ed. UNIZULIA, Maracaibo/Venezuela, 1985.

A título de direito comparado a Lei nº 13.105/2015 – Código de Processo Civil prevê:

“Artigo 1.048 Terão prioridade de tramitação, em qualquer juízo ou tribunal, os procedimentos judiciais:

I - em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos ou portadora de doença grave, assim compreendida qualquer das enumeradas no *art. 6o, inciso XIV, da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988;*

II - regulados pela *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).*

§ 1º A pessoa interessada na obtenção do benefício, juntando prova de sua condição, deverá requerê-lo à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará ao cartório do juízo as providências a serem cumpridas.

§ 2º Deferida a prioridade, os autos receberão identificação própria que evidencie o regime de tramitação prioritária.

§ 3º Concedida a prioridade, essa não cessará com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite ou do companheiro em união estável.

§ 4º A tramitação prioritária independe de deferimento pelo órgão jurisdicional e deverá ser imediatamente concedida diante da prova da condição de beneficiário”.

Tal disposição é perfeitamente aplicável na Justiça criminal, vez que o Código de Processo Penal estabelece no “Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

E a Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) define pessoa idosa aquela com 60 (sessenta) anos de idade ou mais; regra esta para todas as hipóteses, tanto no âmbito administrativo como na justiça cível e criminal, por ser mais favorável, prevalecendo sobre as disposições constantes no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal, quando algumas vezes amplia-se para 70 ou 80 anos a idade para concessão de benefícios legais. Não se trata de definir a idade como média da expectativa de vida do brasileiro, mas da idade razoável do homem ou da mulher para usufruir, na prática, de direitos no final de sua existência, em respeito à dignidade da pessoa humana.

Vejam algumas situações legais que exigem prioridade para a tramitação de processos e procedimentos criminais:

3.1. aos menores ou adolescentes como autores da infração, e também menores e adolescentes como vítimas ou testemunhas de crime, a Lei nº 8.069/1990 (ECA) Estatuto da Criança e do Adolescente, art.4º e § único art. 152 c.c. art. 227 CF, art. 61, II “h” CP, art 40, VI da Lei de Drogas nº 11.343/2006, determinam a prioridade absoluta para o tramite processual, tanto no âmbito da Justiça da Infân-

cia e da Juventude como da Justiça Criminal (processos conexos ou paralelos), a fim de que possam efetivamente receber atendimentos imediatos dos serviços relevantes da administração da Justiça e/ou dos órgãos jurisdicionais, incluindo-se os órgãos de segurança pública.

3.2. aos idosos assegura-se com absoluta prioridade, atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos (da administração de Justiça), isto é, para a tramitação de processos e procedimentos criminais que envolvam pessoa com mais de 60 anos de idade, seja na qualidade de réu, vítima ou testemunha, e em algumas situações (arts. 61, II “h” - agravantes genéricas-, 65, I - atenuante-, 121 § 4o - agravante no homicídio doloso-, 133 § 3o - agravante no abandono de incapaz-, 140 § 3o - injúria qualificada-, 141 - agravante nos delitos contra a honra, exceção à injúria), 148 § 1o - sequestro e cárcere privado-, 115 – redução do prazo prescricional-, 159 § 1o - extorsão mediante sequestro- 171 § 5º -estelionato contra idoso 183 III –receptação contra idoso- e 244 -abandono material- todos do CP; e art. 318, I CPP – substituição da prisão domiciliar-, art. 117, I LEP – residência particular para cumprimento de pena em regime aberto-. Por sua vez, na legislação extravagante como a contravenção penal de vias de fato (art.21, da LCP - Decreto-lei nº 3.688/41), no art. 94 da Lei nº 9.099/95, o crime de tortura (art.1º da Lei nº 9.455/97), gozando de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, e as oportunidades como prevê o Estatuto do Idoso – Lei nº 10.741/2003, nos arts. 2º, 3º e 5º.

3.3. assuntos criminais que exigem segredo de justiça sendo vedada qualquer divulgação dos atos judiciais, policiais, ministeriais e administrativos (art.93, IX CF cc. art. 143/206 ECA; arts. 7 § 3º, 22 § único, e 23 da Lei nº 12850/2013 - Delação Premiada; arts. 20 e § 6º 201 do CPP), obrigatoriamente devem tramitar com a maior celeridade, uma vez que se trata de assunto cujo interesse é do Estado e da sociedade em geral; assim estes feitos possuem preferência na ordem de processamento e julgamento em relação aos demais casos *sub judice*. A instrução criminal deverá ser encerrada em prazo razoável, o qual não poderá exceder a 120 (cento e vinte) dias quando o réu estiver preso, prorrogáveis em até igual período, por decisão fundamentada, devidamente motivada pela complexidade da causa ou por fato procrastinatório atribuível ao réu.

Qualquer violação, obstrução ou quebra do sigilo configura crime, posto que a divulgação atenta contra o interesse da justiça. Lei nº 9.296/1996 - *Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.*

Todos que atrapalhem, destruam provas ou promovam atos e ações que dificultam o bom e regular andamento da justiça, isto é, do devido processo legal no Estado Democrático de Direito, deverão ser responsabilizados cível e criminalmente, uma vez que ofende tanto o direito fundamental da privacidade como obstrui trabalhos da Justiça Pública.

Os processos que tramitam em segredo de justiça, estão sob inteira responsabilidade do juiz, e somente algumas pessoas certas, poderão ter acesso aos autos. E a Lei nº 12.850/2013 reza que “*o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento*”.

Para dificultar divulgações de interceptação telefônicas, se faz necessária a figura do “juiz de garantias”, com competência exclusiva na fase investigatória, que estará atento para proteger dados e informações, como para punir aquele que violar segredo ou a privacidade de terceiros¹².

Violação de sigilo funcional

Art. 325 CP - Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem:

I – permite ou facilita, mediante atribuição, for-

¹² Art. 5º CF x - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

necimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública;

II – se utiliza, indevidamente, do acesso restrito.

§ 2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

A resolução nº 217 do CNJ – Conselho Nacional de Justiça modifica a resolução nº 59/2008 e obriga juízes investigar vazamento de informações relativas a processo penal, sob pena de responsabilização administrativa¹³.

3.4. testemunhas e/ou vítimas não residentes no distrito da culpa (local do crime), nos referimos aos turistas nacionais ou estrangeiros que necessitam de melhor cuidado e atenção por parte dos órgãos da administração de justiça, posto que se assemelham as pessoas que não possuem capacidade de defesa, seja por não conhecerem os espaços onde transitam, por não conhecerem os costumes e a cultura local, e até dificuldade com o idioma, são verdadeiras vítimas fáceis. E para desburocratizar o processo penal, evitando expedições de cartas precatórias e rogatórias (arts. 222; 355 e 783/786 CPP), o Estado deve dar prioridade aos feitos que constem testemunhas e/ou vítimas não residentes no distrito da culpa, proporcionando a imediata devolução dos bens apreendidos, como

13 Ver (CNJ - Processo 0000467-47.2016.2.00.0000).

proceder à oitiva pessoal (declarações na polícia) imediatamente, ou por videoconferência (art. 222 § 3º CPP) .

3.5. vítimas de violência doméstica, segundo a Lei nº 11.340/2006 cabe ao poder público (Poder Judiciário, Poder Executivo e Ministério Público) criar condições necessárias para o efetivo exercício dos mecanismos de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar; nesse sentido, deve-se interpretar que as ações no âmbito da Justiça Criminal, detém prioridade de tramitação.

3.6. investigado(a), denunciado(a), processado(a), ré(u), condenado(a), vítima e testemunha portadora de doença grave, por simetria, de acordo com o *art. 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988*, possuem prioridade no tramite processual (art. 1048, I Código de Processo Civil), devendo analogicamente, ao nosso ver, ser aplicada a mesma regra nas instâncias da Justiça Criminal.

3.7. mulher grávida, com filho recém nascido menor de 12 anos de idade, ou portador de doença grave ou com

dificuldade de locomoção que exijam atenção especial da mãe, deve gozar do direito de substituição da prisão como de prioridade na tramitação do processo quando acusada ou condenada; em consideração ao que prevê o Código de Processo Penal:

“Art. 304 § 4º Da lavratura do auto de prisão em flagrante deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.”

“Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

3.8. vítimas, testemunhas e acusados sob proteção do Estado (Leis nº 9.807/1999 e 12.483/2011), terão prioridade na tramitação do inquérito e do processo criminal, qualquer que seja o rito processual criminal. A proteção concedida pelos programas e as medidas dela decorrentes levarão em conta a gravidade da coação ou da ameaça à integridade física ou psicológica, a dificuldade de preveni-las ou reprimi-las pelos meios convencionais e a sua importância para a produção da prova.

Sempre que a lei determinar prioridade processual explicitamente, deve o juiz justificar eventual impossibilidade de fazer, no caso concreto.

Temos presente que a inobservância aos supracitados dispositivos legais importa em responsabilidade à pessoa física (ao agente do Ministério Público) ou jurídica (à instituição do *Parquet*), se nada promover no intuito de dar maior rapidez ou celeridade a procedimentos administrativos ou judiciais de atribuição ministerial.

As prioridades legais explícitas ou implícitas referem-se ao princípio da celeridade processual, cuja fiscalização da aplicação da lei incumbe ao Ministério Público, na qualidade de “*custus legis*” e/ou de “*dominus litis*”.

Diretrizes Básicas à Função dos Membros do Ministério Público (ONU/1990)

Aprovadas pelo VIII Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delincente

13. No exercício das suas funções os Membros do Ministério Público:

a) **Dão prova de imparcialidade** e evitam toda a discriminação de ordem política, social, religiosa, racial, cultural, sexual ou outra;

b) Protegem o interesse público, agindo com objetividade, toma devidamente em consideração a posição do suspeito e da vítima e têm em conta todas as circunstâncias pertinentes, **quer sejam favoráveis ou desfavoráveis ao suspeito;**

c) **Não divulgam o que lhes é comunicado**, salvo se o exercício das suas funções ou as necessidades da realização da justiça exigirem;

d) Têm em conta os pontos de vista e as preocupações das vítimas quando estas são lesadas no seu interesse pessoal, e **asseguram que as vítimas sejam informadas dos seus direitos** em conformidade com a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e às Vítimas de Abuso de Poder.

14. Os Membros do Ministério Público não encetam nem continuam investigações criminais ou fazem o possível para suspendê-las se um inquérito imparcial revelar que a acusação não é fundada.

Alternativas ao processo crime

18. De acordo com a sua legislação nacional, **os Membros do Ministério Público examinam com toda a atenção a possibilidade de renúncia aos procedimentos judiciais**, de pôr termo aos processos de forma condicional ou incondicional ou de transferi-los para fora do sistema judiciário oficial, respeitando plenamente os direitos do ou dos suspeitos e da ou das vítimas. **Os Estados devem, para esse fim, examinar atentamente, a possibilidade de adotar métodos de transferência dos casos presentes aos tribunais não só para aligeirar a pesada carga de processos que lhes estão distribuídos, mas também para evitar o estigma criado pela detenção antes do julgamento, a**

formação da culpa e a condenação e os efeitos perniciosos que a detenção pode implicar.

É dever dos fiscais da lei (Ministério Público) exigir cumprimento irrestrito das garantias judiciais fundamentais da cidadania, expressas como cláusulas pétreas constitucionais auto aplicáveis (§ 1º do art. 5º CF) e blindadas¹⁴ (art.60, § 4º, inc. IV CF), onde não cabe, em hipótese alguma, a relativização porque são absolutas, estão petrificadas na Carta Magna, nem mesmo emenda aprovada pelo Congresso Nacional, possui poder para modificar o texto originário, com relação as cláusulas pétreas.

A hierarquia vertical dos instrumentos internacionais de Direitos Humanos¹⁵ frente às normas internas e ordinárias, possui como base o princípio da parametricidade (§ 2º do art. 5º CF cc. inciso I do art. 1º CPP); ou seja, é a Constituição e as normas infraconstitucionais que seguem os postulados dos Pactos, Tratados ou Convenções de Direitos Humanos¹⁶, e não ao contrário.

14 MAIA NETO, Cândido Furtado: CLÁUSULA PÉTREIA E DIREITOS HUMANOS: Verdades, conceitos e definições à luz da Constituição federal brasileira

-<http://br.monografias.com/trabalhos-pdf901/clausula-petrea-direitos/clausula-petrea-direitos.shtml> (2008); - www.UniversoJuridico.com ISSN 2177-028X

15 Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU/1948). Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (ONU/1966 – BR/1992). Convenção Americana sobre Direitos Humanos (OEA/1969 – BR/1992).

16 Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (ONU/1966 – BR 1992). Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (OEA/1969 – BR 1992). Convenção sobre os Direitos dos Tratados (ONU/1969 – BR 2009).

É de se observar que as cláusulas de Direitos Humanos (direito internacional humanitário) desfrutam hoje, nas palavras do professor Antonio Augusto Cançado Trindade, como de caráter imperativo <”ius cogens”> e não de dispositivos.¹⁷

“Existem certos direitos individuais cujo respeito e consenso exige a comunidade internacional. São os direitos da pessoa humana, reconhecidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, ainda que não tenha natureza de Tratado, por não haver sido regularmente celebrada como determinam as normas do direito internacional público, tem força como se assim fosse, e para alguns tratadistas está na categoria dos Documentos indenunciáveis, o que tecnicamente não é exato, mas politicamente é uma realidade”, ensina o ex-ministro da Corte Suprema de controle da legalidade e da constitucionalidade¹⁸.

Leciona Konder Comparato:

“Sem entrar na tradicional querela doutrinária entre monistas e dualistas, a esse respeito, convém deixar aqui assentado que a tendência predominante, hoje, é no sentido de se considerar que as normas internacionais de direitos humanos, pelo fato

17 in “Evolução do Direito Internacional Humanitário e as Posições do Brasil”; Direito Internacional Humanitário; pub. Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais (IPRI), Brasília, 1988.

18 REZEK, Francisco in “A Constituição Brasileira e as Normas de Direito Internacional Humanitário”; Coleção Relações Internacionais nº 6, do Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais (PRI), Brasília-DF, Ed. Escopo, out/1988, pg. 97.

*de exprimirem de certa forma a consciência ética universal, estão acima do ordenamento jurídico de cada Estado. Em várias Constituições posteriores à 2ª Guerra Mundial, aliás, já se inseriram normas que declaram de nível constitucional os direitos humanos reconhecidos na esfera internacional. Seja como for, vai-se firmando hoje na doutrina a tese de que, na hipótese de conflito entre regras internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, há de prevalecer sempre a regra mais favorável ao sujeito de direito, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico”.*¹⁹

A dignidade da pessoa humana é o núcleo dos **Direitos Humanos** de todos os cidadãos, de onde decorre a grande importância de respeito aos fundamentos da vida, da liberdade, da igualdade, da fraternidade, da solidariedade e da Justiça, tudo como garantias constitucionais-judiciais dos investigados, acusados, processados, presos e condenados.

O Estado Democrático ou o sistema acusatório respeita a dignidade da pessoa humana, ou seja, as garantias processuais, e assim alcança o prestígio da Justiça, a credibilidade popular e a segurança jurídica.

Fazendo uma comparação quanto ao tratamento que se dá aos animais com as pessoas, **concluimos** que o Estado vem dispensando melhor atenção aos bichos do que aos cidadãos que vivem *intramuros*.

19 KONDER COMPARATO, Fábio: “A afirmação histórica dos direitos humanos”; São Paulo Saraiva, 1999, p. 48-49.

Heráclito Fontoura Sobra Pinto, jurista renomado, no século passado, invocou a Lei de Proteção dos Animais (Dec.nº 24.645/1934) para requerer a liberdade de um preso alemão (Harry Berger) quando estava encarcerado num espaço mínimo completamente indigno e chamado de cela para seres humanos, sem ar nem luz, num prédio da Polícia Federal do Rio de Janeiro. Alegou Sobral Pinto, que nem um animal poderia ser tratado daquela forma.

Mas se ainda as leis de proteção aos animais não forem suficientes para aplicar analogicamente em favor das pessoas presas, poder-se-ia utilizar alternativa do direito humanitário que garante aos prisioneiros inimigos, encarceramento condizente com a dignidade que merece o ser humano.

O Estado por seu sistema de segurança pública, visando à prevenção e a repressão penal, encontra-se em guerra contra a criminalidade. Então, porque não tratamos os cidadãos nacionais da mesma forma que um estrangeiro preso em tempo de guerra, como prevê o Convênio de Genebra (1950), onde não admite maus-tratos.

A Constituição atual proíbe penas cruéis (art. 5º, XLVII “e” CF) e obriga o respeito à dignidade da pessoa humana (art.1º, III CF), sendo dever do Estado à proteção da integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX CF, art. 38 CP e art. 40 LEP).

O desrespeito à dignidade das pessoas encarceradas no Brasil é tamanho, que a prisão provisória (exceto para os “delinquentes do colarinho branco” ou aos “presos

vips”) e a execução da pena privativa de liberdade configuram flagrante inconstitucionalidade²⁰ por ter se tornado, na prática, cruel e desumana, ante os maus-tratos que estão sujeitos os reclusos, desde a entrada até a saída do estabelecimento penal.

É preciso cumprir na íntegra as Regras Mínimas do Preso no Brasil²¹, aprovadas pelo Ministério da Justiça, desde o ano de 1994 (Res. 14). Tais regras de altíssima magnitude foram propostas pelo Prof. Edmundo de Oliveira, então presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP.

4. Conclusão

Para a prevenção da criminalidade cabe ao Ministério Público Social centralizar forças no controle de políticas públicas essenciais, como na área da educação, da saúde, do trabalho, da moradia, do transporte, etc., através de atos de ofício instaurando auditorias ministeriais independentes (extrajudiciais) para verificações de licitações e gastos orçamentários; desta forma, a República Federativa do Brasil construirá uma sociedade justa, solidária e digna na tutela

20 MAIA NETO, Cândido Furtado, in ““ INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO DA PENA DE PRISÃO: ABUSO DE AUTORIDADE E FLAGRANTE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS”; RT, Revista dos Tribunais; Publicação Oficial dos Tribunais de Justiça; Ano 83, n.707, Setembro de 1994 - São Paulo-SP e Direitos Humanos: Doutrinas Essenciais, vol II, Ed. RT, SP, 2011, pg. 385.

21 Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento dos Reclusos (ONU/1955).

da cidadania, posto que a prevenção da delinquência não está na repressão (no direito penal) ou nos acontecimentos do passado; e sim na prevenção, que se localiza na área da justiça cível (proteção e efetivação das políticas públicas econômicas e sociais).

Hoje 700 mil pessoas habitam enclausuradamente as penitenciárias, são os marginalizados, os excluídos sociais, “clientes” do sistema repressivo ou os mais vulneráveis do direito penal-penitenciário.

O sistema penal está em crise porque vem ao longo dos tempos carregando (trabalhando) um problema crônico (doença incurável), isto é, que não tem solução, porque as medidas judiciais (remédios utilizados) só trazem efeitos colaterais (gera a reincidência e superlota presídios).

A sanção penal seja cominada ou aplicada sequer intimida futuros ilícitos, pelo contrário, o sistema legal estatal é multiplicador dos crimes bárbaros, atroz e hediondos, pois a prisão é a melhor escola para prática de delitos, onde *intra-murus* vivem líderes e comandantes do crime organizado.

Como já se disse e já se sabe há muito tempo: “*quando a polícia - inclua-se o sistema de justiça penal – lança suas redes, não são os peixes pequenos que escapam, mas os maiores*” (Leauté)²²

22 YAMARELLOS, E. E Kellens G.: Le Crime et la Criminologie, Verviers, Marabout Université, 1970.

Para Quinney²³, o Estado representa a ordem emanada pelos governantes, políticos e pessoas a eles vinculadas, especialmente os grandes empresários do sistema econômico-financeiro, e é desta maneira que se estabiliza o social (controle doméstico da população), para assegurar os interesses da classe dominante, via repressão penal que vigora pelo consenso e conjunto das Normas Criminais impostas pelo Parlamento a pedido do Executivo, além da criação das forças necessárias de segurança pública e organismos de justiça, onde reside o Poder Central²⁴. Esta elite do poder serve à classe alta, porque é ela que determina e coordena politicamente o sistema policial-judicial. Neste caso, os princípios da independência ou da autonomia institucional, e da igualdade ante a lei apenas existem teoricamente servindo de fato para camuflar a realidade, os desejos e anseios dos criminosos do colarinho branco.

Nesta linha de raciocínio lógico, Lolita²⁵, magistralmente dizia “todo delito é político”, seja aqueles praticados pelos grandes do poder, ilícitos financeiros, corrupção..., como os “delitos de sangue”, dentre eles, o latrocínio e o

23 QUINNEY, Richard: Una teoría crítica del Derecho Penal, trabajo presentado en la 67ª Reunión Anual de la Asociación Sociológica Americana (agosto/1972).

24 Os membros das “agências policiais e judiciais” (nas palavras de E.R. Zaffaroni) ainda que ingressem nas instituições mediante concurso público, suas as chefias são conduzidas de perto, sob pressão política dos governantes. Nunca se olvidem disto, e nem procurem se auto iludir, do contrário.

25 ANIYAR DE CASTRO, Lola: in “Crimonología de la Reaccion Social”, Maracaibo, UniZulia, 1975/1977; in “Criminología de la Liberación” Maracaibo, UniZulia, 1987.

roubo, cometidos pela classe baixa, porque seus membros não possuem outras condições para se manifestar contra a exploração econômica e contra o abuso financeiro autorizado pelo governo, e num ato de revolta individual, politicamente incorreta, praticam ofensas graves e ilícitos contra a população.

Desta forma, o consumismo e o capitalismo globalizado²⁶, interessado no controle social vinculam-se diretamente com a repressão penal estatal, produzindo e reproduzindo hediondamente²⁷ a criminalidade numa espécie de guerra civil camuflada, isto é, os próprios nacionais contra si mesmo, grandes criminosos do “colarinho branco” contra os desfavorecidos, e estes fazem vítimas todas as classes sociais (agem até contra os mais pobres, contra aqueles que estão no ponto de ônibus, quando vão ou quando voltam do trabalho), sempre a espera do primeiro

26 MAIA NETO, Cândido Furtado, e LIMA MAIA, André Luis, in “**Direito Penal Político e Direitos Humanos - Impunidade e tratamento desigual aos delinquentes Vips do poder econômico. Consumismo globalizado gerador da criminalidade dos excluídos e oprimidos**” - Postado dia 27/02/2016, site: empório do direito (Brasil) <http://emporiiododireito.com.br/direito-penal-politico-e-direitos-humanos/>

- ADV/COAD fascículo nº 9, pg. 124/111 (6/3/2016).

- Revista Consulex nº 460, Brasília-DF 15.3.2016, pg. 46/48

27 Reincidência gerada pelo próprio sistema penal-penitenciário. O Estado ao invés de efetivar as políticas públicas essenciais, econômicas e sociais para a gama da sociedade que mais necessita, oferece a outra via, o processo criminal e o cárcere desumanamente e aceito, reprodutor do crime, onde hipocritamente agrava-se a pena pela circunstância - legal mas não justa - da reincidência. Dando-se origem as etiquetas sociais e a subcultura da criminalidade e a impossibilidade de reintegração dos apenados.

infeliz a surgir no seu caminho, dando início ao *iter criminis* ou a “criminologia da passagem do ato” que define as influenciáveis da ação delituosa e se preocupa com as causas originárias do cometimento do crime; de outro lado, a “criminologia as reação social”, que não se preocupa com o delinquente, reage e se interessa apenas com a repressão, criando normas, estigmatizando, rotulando, onde a lei passa ser o instrumento mais poderoso e eficiente contra a massa dos criminosos.

Uma simples propositura de ação penal, não é um exercício funcional inteligente, é uma atividade prática regular da mesmice. A ação crítica filosófica penal vai à raiz da questão, busca a essência da prevenção e a mínima repressão, derrubando mitos, histerias e o anacronismos do sistema.

A “*doutrina da segurança nacional*”, que surgiu com o fim da “guerra fria” (sec. xx) estruturada pelos Estados Unidos, via National War Colleg que passou a orientar às Forças Armadas militares latino-americanas, pós 2^a grande guerra, com objetivo de proteger a defesa nacional e implementar o capitalismo, e ao mesmo tempo combater os chamados inimigos terroristas; agora ressurgiu travestida de “*doutrina da segurança pública ou da segurança cidadã*” sob o manto da repressão penal das agências do sistema penal, deste modo, aumentam-se as penas e superlotam as prisões, criminalizam e penalizam os excluídos sociais; em nome da democracia e do devido processo legal falseiam a verdade, e o Estado produz o próprio terrorismo

oficial, sempre periférico e contra a pobreza. E o consumismo global selvagem continua sendo imposto pela elite política-econômica internacional, como o direito penal.

Para mudar basta querer! E por que cada um não faz a sua parte?

Bibliografia / Leitura Recomendada / Obras Indispensáveis

Aniyar de Castro, Lola:

_____”Crimonologia de la Reacion Social”, Maracaibo, UniZulia, 1975/1977.

_____”La Realidad contra los Mitos”, Maracaibo, UniZulia, 1980.

_____”Criminologia de la Liberación” Maracaibo, UniZulia, 1987

Baratta Alessandro: “Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la Ley Penal”; Revista Capitulo Criminológico nº 13. Ed. UNIZULIA, Maracaibo/Venezuela, 1985.

Batista, Nilo: ”Introdução Crítica ao Direito Penal”; Ed. Revan, 1990, Rio de Janeiro.

Beristain, Antonio:

_____”Nova Criminologia à luz do Direito Penal e da Criminologia”, ed. UNB, Brasília, 2000, tradução Maia Neto, Cândido Furtado.

_____”De los Delitos y de las Penas, desde el País Vasco” Editorial Dykinson, 1998, Madrid.

Dotti, René Ariel: ”Movimento Antiterror e a Missão da Magistratura”; ed; Juruá, 2ª, 2005, Curitiba.

Ferrajoli, Luigi: “Derecho y razón”; Ed. Trotta, Madrid, 1995 (primeira ed. GiusLaterza & Figli, 1989).

Melossi, Dário, e Pavarini, Massimo:

_____“Control y Dominación: Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico” Ed. Siglo XXI, México, 1983.

_____”Cárcel y Fábrica: Los Orígenes del Sistema Penitenciário”; Ed. Siglo XXI, México. 1ª ed. em italiano, 1977.

Morris Norval: “El Futuro de las Prisiones”; Ed. Siglo XXI, México, 1987.

Zaffaroni, Eugenio Raul:

_____“Derecho Penal” – Parte General; Ed. EDIAR, Buenos Aires, 2000.

_____“Sistemas Penales y Derechos Humanos em America Latina”; Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986.

_____“En Busca de las Penas Perdidas”

A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE CAPITALIZAÇÃO DE JUROS EM CONTRATOS BANCÁRIOS

Andressa Jarletti Gonçalves de Oliveira

Doutoranda em Direito Socioambiental e Sustentabilidade na PUCPR. Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Professora na Escola Superior de Advocacia da OAB/PR e em Pós-Graduações na Universidade Positivo, Unicuritiba, Damásio Educacional, ABDConst - Academia Brasileira de Direito Constitucional, FIEP - Faculdades de Gestão da Indústria do Paraná e Univel. Diretora Adjunta da Região Sul do Brasilcon (2016-2018). Pesquisadora no Núcleo de Pesquisa em Direito Civil-Constitucional Virada de Copérnico - UFPR. Advogada.

Resumo: O presente trabalho analisa a formação e alterações na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, quanto à questão da capitalização de juros em contratos bancários. Na primeira parte, abordam-se os valores, a ra-

cionalidade e a técnica processual específica do sistema de precedentes, que deve orientar a formação, modificação e revogação dos recursos especiais repetitivos. Na sequência, o artigo analisa as oscilações nas orientações do STJ sobre capitalização de juros em contratos bancários, apontando-se ao final a orientação atual e derradeira da Corte Superior.

Palavras-chave: Precedentes judiciais. Contratos bancários. Capitalização de juros.

1. Introdução

Conforme levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (Justiça em Números - 2016), há atualmente cerca de 100 milhões de demandas judiciais em tramitação no Brasil. Tal expressivo volume de demandas incita frequentes debates sobre a necessidade de se repensar nosso modelo judicial, arraigado na cultura da litigiosidade, seja por meio do incentivo à adoção de meios alternativos de resolução de conflitos, tais como a mediação e a conciliação, seja pela modernização do processo civil.

O CPC/2015 trouxe importantes alterações para o direito processual civil brasileiro, dentre as quais se destacam a valorização dos precedentes judiciais, das cláusulas gerais (como boa-fé objetiva, função social do contrato e equidade) na fundamentação das decisões, bem como da

criatividade da função jurisdicional.¹ No campo dos conflitos nos serviços bancários e financeiros, a padronização das orientações judiciais é necessária para lidar com o grande volume de demandas judiciais, que no ano 2016 representaram 39% (trinta e nove por cento) do total de assuntos em litígios nas relações de consumo.² Em relação às demandas em massa, que se inserem em típicos “bolsões de litigiosidade”,³ pode-se observar a crescente utilização pelo Superior Tribunal de Justiça da sistemática dos recursos especiais repetitivos, prevista no artigo 1.040, do CPC/15 (artigo 543-C do anterior CPC de 1973).

A opção do CPC/15, em valorizar e reforçar a adoção dos precedentes judiciais, enseja a necessidade de se compreender quais são os princípios que sustentam o sistema de precedentes, os vetores que guiam a sistemática dos recursos especiais repetitivos, bem como sua racionalidade e

1 DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17 ed. – Salvador: Ed. Jus Podium, 2015, p. 50-54.

2 ARTIGO JURÍDICO. Cresce na Justiça número de ações em face de bancos. 08/05/2017. Disponível em <https://artigojuridico.com.br/2017/05/08/cresce-na-justica-numero-de-aco-es-em-face-dos-bancos/>, acesso em 20/07/2017.

3 “Há certos bolsões de litigiosidade que se tornaram particularmente irracionais e opressivos de todos aqueles que neles se enredam, como o das causas da Fazenda Pública (especialmente execuções fiscais), o das relações de consumo de massa (telefonía, sistema bancário) e o das cobranças do sistema financeiro.” GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In *O Novo Código de Processo Civil*. Márcia Cristina Xavier de Souza; Walter dos Rodrigues coord. Rio de Janeiro: Campus, 2012, pg. 44.

técnica processual específicas. Assim, na primeira parte do presente trabalho é feita uma breve abordagem sobre a especificidade do sistema de precedentes, que deve iluminar a seleção, formação, revisão e eventualmente revogação, das orientações firmadas em recursos especiais repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça.

Na sequência, passam-se a analisar os principais precedentes do STJ, sobre a questão da capitalização de juros em contratos bancários, identificando-se as variações nas orientações firmadas pela Corte Superior, nem sempre de forma coerente e coesa. Ao final, aponta-se qual é a orientação atual que se pode extrair da *ratio decidendi* do recente julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.388.784/SC, que trouxe importante luz para compreensão dos requisitos obrigatórios que devem ser atendidos, para legitimar a capitalização de juros nos contratos bancários.

2. O sistema de precedentes no CPC/15

A opção do CPC/15 por valorizar e reforçar os precedentes judiciais observa-se em vários de seus dispositivos. Como exemplo, o artigo 311, II, autoriza a concessão da tutela da evidência, quando “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante”. Da mesma forma, o artigo 332 autoriza ao juiz julgar liminarmente improcedente o pedido, que contrariar enunciado de Súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Supe-

rior Tribunal de Justiça, acórdão proferido em julgamento de recursos repetitivos, ou ainda entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. O artigo 927 determina que os juízes e os tribunais devem observar as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de Súmulas dos tribunais superiores, as orientações firmadas em recursos repetitivos e em incidentes de resolução de demandas repetitivas, bem como as orientações do plenário ou órgão especial aos quais estiverem vinculados. Ainda, o artigo 932 prescreve que incumbe ao relator negar provimento a recurso, que for contrário às súmulas dos tribunais superiores ou do próprio tribunal, a acórdão proferido em julgamento de recursos repetitivos, à orientação firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

As normas expressas inseridas no CPC/15 revelam que codificação e precedentes estão presentes tanto em sistemas do *common law* como do *civil law*, com a diferença de que no *common law* tradicionalmente concedeu-se mais espaço para a criação judicial. A noção de precedentes está diretamente ligada à percepção de que a norma jurídica pode admitir várias interpretações e motivar decisões judiciais divergentes, que geram incerteza jurídica, instabilidade e afetam a coerência do sistema jurídico. No regime do *common law*, percebeu-se mais facilmente que a certeza jurídica somente poderia ser obtida pelo *stare decisis*, ou seja, pela decisão judicial que fixa o precedente, padroni-

zando a interpretação judicial da norma jurídica.⁴

O sistema de precedentes ingressa no regime do *civil law* com o objetivo de trazer estabilidade e certeza jurídica, sobretudo para assegurar a uniformidade da interpretação das normas constitucionais, já que no modelo brasileiro cada juiz singular tem legitimidade para realizar o controle difuso de constitucionalidade, definindo a interpretação das normas constitucionais. Mas há outros motivos que também justificam a adoção do sistema de precedentes, entre eles, a redução da litigiosidade. Isto porque um sistema que admite decisões conflitantes estimula a litigiosidade, incentiva proposituras de ações, ante a imprevisão da solução que será dada ao caso concreto. A ausência de previsibilidade na decisão judicial, assim como a falta de vinculação aos precedentes, conspiram contra a racionalidade da distribuição da justiça e a efetividade da jurisdição.⁵ Portanto, as noções de coerência, previsibilidade e estabilidade na interpretação judicial das normas são valores que sustentam a adoção do sistema de precedentes.

2.1. Coerência, previsibilidade e estabilidade dos precedentes

O artigo 926, do CPC/15, prevê que “os Tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, ín-

4 MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios – 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. pg. 56 -64.

5 MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., pg. 78.

tegra e coerente”, incorporando assim os valores basilares do sistema de precedentes, que se funda especialmente na igualdade, na segurança e na previsibilidade, pelo princípio de que casos similares devem ser tratados da mesma forma (*treat like cases alike*).⁶

Os precedentes obrigatórios, tanto quando criam direitos ou os interpretam, orientam os cidadãos sobre como devem se comportar, ante a previsibilidade dos reclamos judiciais. Deste modo, alcançam a dimensão de norma geral, capaz de oferecer maior segurança jurídica, do que a norma legislativa ainda não interpretada. A segurança jurídica transmite aos cidadãos a expectativa, de que o Judiciário decida como no passado, não variando sem fundamento forte e legítimo as sentenças que profere. Como consequência, o Judiciário deve se preocupar com a uniformidade de suas decisões, já que servem de regra de conduta para os cidadãos. Por isso, tratar da mesma forma casos similares é algo fundamental, para a manutenção da segurança, necessária ao desenvolvimento das relações sociais.⁷

A segurança jurídica reflete a necessidade da ordem jurídica ser estável e contínua, tanto na legislação quanto na produção judicial. A uniformidade na interpretação e aplicação do direito é um requisito indispensável ao Estado de Direito, havendo um grave problema no direito variável a cada caso, pois a efetividade de um sistema

6 MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., pg. 99-101.

7 Idem, pg. 95, 108-109.

jurídico depende de sua capacidade em ser previsível. A certeza do direito é um componente indispensável para a essência do próprio direito.⁸

Ou seja, a previsibilidade nas decisões do Judiciário garante a confiabilidade do cidadão, permitindo que tome consciência de seus direitos, concretizando a cidadania. A segurança jurídica, alcançada pelos precedentes, pode ser vista também numa dimensão objetiva, de estabilidade e um mínimo de continuidade à ordem jurídica, às leis e às decisões judiciais. Não há racionalidade no sistema que apresenta decisões distintas para casos semelhantes, sendo a irracionalidade ainda mais acentuada, quando o próprio órgão se distancia de decisão sua anterior, sem robusta justificativa para tanto.⁹

Por isso, o sistema de precedentes, ao mesmo tempo em que permite maior segurança jurídica e previsibilidade, amplia o respeito à igualdade. De nada adianta assegurar igualdade diante da jurisdição, igualdade de tratamento no processo, igualdade de acesso, igualdade ao procedimento e à técnica processual, imprescindíveis para uma solução justa e racional do litígio, se não houver igualdade diante das decisões judiciais.¹⁰

Compreendido que o sistema de precedentes pode trazer muitos benefícios, tanto para a coerência e estabilidade

8 Idem, pg. 123-127.

9 MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., pg. 128-129.

10 Idem, pg. 144-145.

da ordem jurídica, quanto para os jurisdicionados, cumpre então analisar a racionalidade e a técnica processual específicas, que devem orientar a seleção, formação, revisão e revogação dos precedentes.

2.2. Racionalidade e técnica processual específicas

Precedente judicial pode ser definido como a decisão que tem como característica a potencialidade de se firmar como paradigma, para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados. O precedente não necessariamente será apenas a primeira decisão, que firma uma orientação sobre determinado tema. É preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos, relacionados à questão de direito discutida nos casos concretos. Os contornos de um precedente podem surgir a partir da análise de vários casos, cuja solução judicial passa pela mesma questão de direito. O precedente, então, pode ser tanto a primeira decisão que elabora a tese jurídica, quanto a decisão que definitivamente a delinea, de forma cristalina, após sucessivos debates argumentativos.¹¹

Como o precedente serve de guia para decisões futuras, atribui aos julgadores maior responsabilidade ao firmá-lo, devendo o juiz refletir sobre as repercussões do precedente, para evitar injustiças futuras. A parte da decisão, que constitui o precedente, é somente a que trata da questão de direito. O verdadeiro valor do precedente não está na parte dispositiva da decisão, nem na ementa do julgado – comu-

11 Idem, pg. 215-216.

mente reproduzida nas fundamentações das decisões judiciais - mas na essência das razões apresentadas para justificá-la. O que efetivamente vincula é a *ratio decidendi* do precedente, ou seja, os motivos determinantes e as regras de direito, tratadas expressa ou implicitamente pelo juiz, como passo necessário para alcançar a sua conclusão.¹²

Importante observar que, ao fixar uma orientação que servirá de critério decisório em tantos outros casos, os precedentes judiciais, tais como os firmados em julgamentos em recursos repetitivos (art. 1.040, CPC/15), possuem eficácia não só *inter partes*, mas também *erga omnes*. É justamente em razão do caráter público, que afeta os recursos especiais repetitivos, que os julgamentos pelo STJ devem ser prolatados com cautela redobrada, já que a decisão proferida, além de resolver o caso concreto, estabelecerá a *ratio decidendi*, que poderá servir para extração de uma norma geral, como precedente para as situações semelhantes. Como consequência, a fundamentação de cada decisão judicial, firmada em recurso especial repetitivo, deve ir além do discurso voltado para o caso concreto, contemplando também um discurso para a ordem jurídica e para a sociedade, ao fixar, pela *ratio decidendi*, a tese jurídica do precedente, da qual emana a norma geral e abstrata.¹³

12 MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., pg. 176, 260 e 281-293

13 REDONDO, Bruno Garcia. Precedentes: teoria geral e seus reflexos no Projeto de Novo Código de Processo Civil. In *O Novo Código de Processo Civil*. Márcia Cristina Xavier de Souza; Walter dos Rodrigues coord. Rio de Janeiro: Campus, 2012. pg. 323

Ou seja, a formação de um precedente exige uma fundamentação qualificada. E a superação do precedente exige uma carga de argumentação jurídica ainda mais robusta, pois o ônus argumentativo elevado e a fundamentação adequada, analítica e dialética, são imprescindíveis para justificar o abandono à solução, que serviu de precedente a diversos casos anteriores. Isto porque, da mesma forma como o sistema de precedentes pode conferir maior efetividade e uniformidade na aplicação do direito, sua utilização inadequada pode gerar danos e mazelas aos jurisdicionados e ao próprio sistema jurídico. Como consequência, a adoção do sistema de precedentes exige a observância, por todos os julgadores e em todos os casos, das garantias do contraditório e da ampla defesa, bem como da fundamentação adequada (analítica e específica) das decisões judiciais, que formam, aplicam, afastam, modificam ou superam os precedentes.¹⁴

Uma vez firmado o precedente, a sua aplicação nos casos concretos subsequentes também exige uma técnica processual própria. O primeiro passo para aplicar um precedente é identificação da *ratio decidendi* do caso já resolvido. Para tanto, deve-se observar não só a linguagem do precedente sobre a questão de direito discutida e os fatos que a nortearam, mas também os julgados anteriores e posteriores ao precedente, que possam explicar o significado das declarações contidas no precedente.¹⁵

14 REDONDO, Bruno Garcia, op. cit., pg. 328-331.

15 MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., pg. 248-249.

Além disso, também é preciso compreender que respeito ao precedente não significa aplicação automática da solução fixada. A aplicação do precedente depende da identificação da similitude do caso concreto, tanto do contexto fático quanto das argumentações jurídicas. A solução fixada no precedente pode ser afastada pela técnica do *distinguished*, que permite o exame da mesma questão a partir de perspectiva diferente, diante de um novo fato material ou fundamental, ou a partir de argumentação jurídica distinta, que não fora enfrentada no precedente.¹⁶

Outra questão que também deve ser analisada é que a decisão que reafirma, ou estabelece o precedente, vincula o órgão jurisdicional que a profere, criando uma responsabilidade do juiz consigo mesmo. E gera ao jurisdicionado o direito de controlar a decisão judicial objetivamente, de forma a evitar as frequentes e inexplicáveis decisões divergentes, tomadas por um mesmo órgão decisório. A eficácia dos precedentes é tanto vertical quanto horizontal, pois a mesma lógica que impõe o respeito aos precedentes obrigatórios, pelos órgãos judiciais inferiores, exige que os órgãos de um mesmo tribunal respeitem suas decisões. Ou seja, a Corte não pode ignorar seus precedentes, devendo apresentar convincente fundamentação para não adotá-los. Não há como se sustentar a coerência na ordem jurídica,

16 “Isso porque a aproximação dos casos, especialmente quando se pensa em aplicação de precedentes, não depende apenas dos fatos alegados, mas também das razões jurídicas invocadas pelas partes e consideradas pelo juiz”. *Idem*, pg. 270.

igualdade perante o Judiciário, segurança jurídica e previsibilidade, caso os órgãos da Corte Superior, que firma o precedente, possam negar suas decisões.¹⁷

Portanto, o sistema de precedentes, que é destinado a garantir estabilidade e continuidade na aplicação do direito, tem que respeitar o passado e se preocupar com o futuro, permitindo a confiança do jurisdicionado. A construção do direito como integridade exige que as decisões não sejam proferidas de forma isolada, mas como um romance em cadeia, conectando-se a nova decisão com as anteriores e com as futuras de forma lógica e ordenada, tal como os capítulos de um romance.¹⁸

Entretanto, também é importante ressaltar que a estabilidade garantida pelo precedente não é absoluta, na medida em que os precedentes podem não ser aplicados em um caso concreto, modificados ou até mesmo revogados.¹⁹ O que enseja a eficácia vinculante de um precedente, é a preocupação com a estabilidade dos fundamentos determinantes da decisão, para conferir segurança jurídica aos jurisdicionados, o que não significa garantir a indiscutibilidade ou a imutabilidade da orientação firmada. A possibi-

17 Idem, pg.109-119.

18 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva (Produção científica. Direito, desenvolvimento, justiça), 2014, p. 246-262.

19 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: _____ (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 15.

lidade de modificação dos precedentes é fundamental para o desenvolvimento do Direito, pois quando a Corte institui um precedente, pode deixar de considerar alguma questão, relacionada com o entendimento firmado. Como os casos concretos normalmente variam, por suas particularidades, podem surgir novas situações, não tratadas no precedente. Por isso, remanesce a possibilidade de se argumentar, que o novo caso requer o enfrentamento de outra questão, ou que tem particularidade fática que o diferencia da questão analisada no precedente.²⁰

Respeitar precedentes, portanto, não significa torná-los imutáveis. Ao contrário, a ideia de respeito ao precedente traz em si a possibilidade de sua revogação ou modificação. A revogação do precedente, também chamada de *overruling*, *pode ser justificada especialmente em três situações: (i) quando se constata, a partir de robusta fundamentação, que ele se fundamentou em equívoco, recomendando-se sua revogação sobretudo nas decisões configuradas de flagrante injustiça; (ii) quando o precedente gera inconsistência sistêmica com outras decisões da Corte, causando instabilidade e insegurança na interpretação da norma; (iii) quando a evolução tecnológica, ao gerar um nova realidade, impõe a reconfiguração da doutrina, ou da teoria que fundamenta o precedente, de modo que os valores sociais, que sustentam o precedente, são modificados, ocasionando incongruência social.*²¹

20 MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., pg. 331.

21 Idem, pg. 113-117 e 185-186.

A revogação de um precedente deve ser medida excepcional, admitida quando o desenvolvimento da doutrina demonstra que o precedente está, indiscutivelmente, equivocado, ou quando surgem novos valores, circunstâncias fáticas, sociais ou tecnológicas, que impõe sua redefinição. Neste viés, os precedentes controversos preenchem a primeira condição para o *overruling*, porque são socialmente incongruentes e se tornam sistemicamente inconsistentes, contrariando outros precedentes, ou se sujeitando a exceções inconsistentes. Assim, em se tratando de precedente controverso, os valores da estabilidade melhor justificam sua revogação, do que sua preservação.²²

Portanto, a Corte Superior deve respeitar seus precedentes, admitindo-se a revogação quando configuradas as hipóteses específicas, tais como a incongruência social, a inconsistência sistêmica e a flagrante injustiça do precedente. E os sucessivos recursos repetitivos do STJ, sobre a questão da capitalização de juros em contratos bancários, demonstram a recente atuação corretiva da Corte, em prol da segurança, estabilidade e previsibilidade de suas decisões judiciais.

3. As orientações do stj sobre capitalização de juros

A respeito da capitalização de juros, pode-se afirmar que “dizem-se simples os juros que não produzem juros;

22 Idem, pg. 193-194, 393-394.

compostos os que fluem dos juros”.²³ Juros simples são aqueles que incidem apenas sobre o débito principal, enquanto os juros compostos ou capitalizados incidem não apenas sobre o principal corrigido, mas também sobre os juros anteriores, já aplicados e incorporados ao saldo devedor.

A temática da capitalização de juros foi tratada pelo direito brasileiro desde o século retrasado. O Código Comercial de 1850 permitia, em seu art. 253, a acumulação de juros vencidos aos saldos liquidados em conta corrente, de ano a ano. Autorizou assim a capitalização de juros, na periodicidade anual. O Código Civil de 1916 previa, no art. 1.262, a possibilidade de capitalização de juros, sem estabelecer limite de periodicidade, exigindo apenas que fosse expressamente convencionada.

Com a edição do Decreto-Lei 22.626/33, também conhecido como Lei de Usura, foi vedada a cobrança de “juros dos juros”, admitindo apenas a capitalização anual.²⁴ A respeito da problemática, se a proibição da capitalização de juros, em periodicidade inferior à anual, seria aplicada também às instituições financeiras, o Supremo Tribunal Federal pacificou o tema com a edição da Súmula 121/STF, aprovada na plenária de 13.12.1963.²⁵

23 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Tomo XXIV, 3ª Ed., Editora RT, 1984, p.32.

24 “Art. 4º. É proibido contar juros dos juros: esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano.”

25 Súmula 121/STF: “É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.”

A orientação consolidada desde a década de 50 pelo Supremo Tribunal Federal foi revalidada posteriormente, em inúmeros julgamentos pelo Superior Tribunal de Justiça.²⁶ E foi também reafirmada pelo Código Civil de 2002, que dispõe, em seu art. 591, que nos mútuos feneratícios é permitida a capitalização de juros, apenas na periodicidade anual.²⁷ Este cenário, entretanto, passou a ser alterado nos anos 2000, com a edição de novas normas aplicáveis aos contratos bancários, impactando na jurisprudência do STJ, como se passa a demonstrar.

3.1. A formação da jurisprudência do STJ em contratos bancários

Com a edição do CDC – Código de Proteção e Defesa do Consumidor, o volume de demandas judiciais discutindo os abusos dos encargos em contratos bancários passou a ser crescente. Especialmente ante as novas regras que estabeleceram proteções contra cláusulas abusivas (arts. 46, 51, 53 e 54, CDC), bem como asseguraram ao consumidor o direito básico à modificação do contrato, em casos de desequilíbrio ou de onerosidade excessiva (art. 6º, V, CDC).

Ao longo de mais de duas décadas, apreciando a matéria e amadurecendo as orientações sobre o tema, pode-se

26 STJ, REsp 450.453/RS, Segunda Seção, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 25/06/2003, DJ 25/02/2004.

27 “Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual.”

identificar na jurisprudência do STJ dois critérios principais, que justificam a revisão dos abusos nos contratos bancários: (i) a ausência de pactuação clara dos encargos, que desrespeita o direito de informação do consumidor (art. 6º, III, CDC) e o princípio da boa-fé objetiva (art. 4º, III, e 51, IV, CDC); e (ii) a onerosidade excessiva na estipulação dos encargos, em valor muito superior à média de mercado, ferindo o equilíbrio do contrato (art. 6º, V, CDC).

A adoção do equilíbrio contratual e boa-fé objetiva, como critérios para identificar as hipóteses que justificam a revisão de encargos nos contratos bancários, harmoniza-se com a orientação consolidada com a Súmula 297/STJ,²⁸ de 2004, de que o CDC é aplicável aos contratos bancários. No mesmo sentido, no ano de 2006 o Supremo Tribunal Federal confirmou, no julgamento da ADIN 2591-1/DF, a aplicação do CDC às instituições financeiras.

Sobre a questão da capitalização de juros em contratos bancários, observa-se que, num primeiro momento, os julgados do Superior Tribunal de Justiça determinavam o expurgo da capitalização de juros, mesmo quando expressamente pactuada. A ilicitude do anatocismo era afirmada, ante as vedações do art. 4º da Lei de Usura (Decreto 22.626/33) e da Súmula 121 do Supremo Tribunal Federal.²⁹ Porém, com a edição de novas normas

28 “Súmula 297/STJ: O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

29 Neste sentido, o REsp 450.453/RS, Segunda Seção, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 25/06/2003, DJ 25/02/2004.

sobre a matéria,³⁰ que trouxeram autorizações legais para a capitalização de juros em contratos bancários, em periodicidade inferior à anual, as decisões do STJ passaram por algumas adaptações.

Em 22/09/2004, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça alterou seu entendimento, passando a admitir a capitalização de juros nos contratos bancários, em periodicidade inferior à anual, desde que expressamente pactuada.³¹ Desde então, as vedações constantes na Lei de Usura e na Súmula 121/STF deixaram de ser aplicadas aos contratos bancários. Em 2008, afirmou-se que a regra do art. 5º, da MP 2170-36/2001, prevalece sobre o dispositivo do art. 591, do Novo Código Civil, que admite apenas a capitalização anual.³²

Entretanto, não tardou para o STJ reconhecer que as autorizações legais para a capitalização de juros, em periodicidade inferior à anual, não são suficientes, por si só, para validar o anatocismo. Vários julgados afirmaram que a contratação clara e expressa da capitalização de juros é condição indispensável para sua aplicação,³³ até mesmo na

30 Art. 5º da Medida Provisória n. 2170-36/2001 (incluído originalmente na 17ª reedição da Medida Provisória n.1963, em 31/3/2000); Art. 3º, par. 1º, I, da MP 2160-25, convertido no art. 28, par. 1º, I, da Lei 10.931/2004; Art. 75 da Lei 11.977/2009.

31 STJ, Segunda Seção, REsp 602.068/RS, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 21/03/2005.

32 STJ, Quarta Turma, REsp 915572/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 7/2/2008, DJ 10/3/2008.

33 STJ, Quarta Turma, AgRg no Resp. 895424/RS, Rel. Min. Hélio Qua-

periodicidade anual, que não é vedada pelo Código Civil, nem pela Lei de Usura.³⁴

Até o ano de 2012, podiam-se extrair da jurisprudência do STJ três orientações, a respeito da capitalização de juros em contratos bancários: (i) a capitalização de juros é permitida, nos contratos firmados a partir da vigência da MP 2170-36/2001; (ii) a validade da capitalização depende de contratação expressa, informando-se a periodicidade de sua incidência; e (iii) não cabe ao STJ analisar se houve ou não capitalização de juros, eis que se trata de matéria de fato. A segurança, previsibilidade, coerência e consistência em tais orientações foram abaladas no ano de 2012, com o julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 973.827/RS, sendo restabelecidas com o recente julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.388.784/SC, como se passa a demonstrar.

3.2. Os Recursos Repetitivos sobre capitalização de juros

Sobre a questão da capitalização de juros em contratos bancários, o Superior Tribunal de Justiça já julgou quatro recursos repetitivos, a saber:

(i) Resp. 1.070.297/PR, Segunda Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 09/09/2009, no qual foram firmadas as orientações de que nos contratos do Sistema Financeiro da

glia Barbosa, j. 7/8/2007, DJ 20/8/2007.

34 STJ, Terceira Turma, AgRg nos Edcl no Resp 1057172/RS, Rel. Min. Massami Uyeda, j.16/9/2008, Dje 30/09/2008.

Habitação é vedada a capitalização de juros em qualquer periodicidade, não cabendo ao STJ aferir se há capitalização de juros na Tabela Price, por força das Súmulas 5/STJ e 7/STJ;

(ii) Resp. 973.827/RS, Segunda Seção, Rel. p/ acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, j. 08/08/2012, em que foram fixadas três teses: “É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17/2000 (em vigor como MP 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada»; “A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara”; e “A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada”.

(iii) Resp. 1.124.552/RS, Corte Especial, Rel. Min Luis Felipe Salomão, j. 03/12/2014, em que foi fixada a tese de que “a análise acerca da legalidade da utilização da Tabela Price - mesmo que em abstrato - passa, necessariamente, pela constatação da eventual capitalização de juros (ou incidência de juros compostos, juros sobre juros ou anatocismo), que é questão de fato e não de direito, motivo pelo qual não cabe ao Superior Tribunal de Justiça tal apreciação, em razão dos óbices contidos nas Súmulas 5 e 7 do STJ”;

(iv) Resp. 1.388.784/SC, Segunda Seção, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 08/02/2017, em que se confirmou que “a cobrança de juros capitalizados nos contratos de mútuo é permitida quando houver expressa pactuação”.

O estudo aprofundado sobre as discussões travadas nestes quatro recursos repetitivos permite constatar que tanto o Resp. 1.124.552/RS, quanto o Resp. 1.388.784/SC, alteraram a orientação final firmada no Resp. 973.827/RS, restabelecendo a coerência e consistência na jurisprudência do STJ. Para se compreender o cerne da questão, é necessário um breve histórico sobre o julgamento do Resp. 973.827/RS.

O Resp. 973.827/RS, originalmente sob relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, foi afetado como recurso representativo da controvérsia, sobre a clareza necessária para pactuar a capitalização de juros. Na época, o STJ já havia firmado três orientações, que eram reiteradamente adotadas como critério de julgamento nos casos concretos: (i) que a capitalização de juros inferior à anual é permitida nos contratos firmados após a MP 2170-36/2001; (ii) que sua validade depende da pactuação expressa; e (iii) que não cabe ao STJ analisar quando há capitalização de juros, já que se trata de matéria de fato.

A questão que faltava ainda decidir, e que vinha sendo reiteradamente suscitada pelas instituições financeiras em recursos especiais, era se a simples informação nos contratos, de taxas de juros ao mês e ao ano distintas, era suficiente para validar a contratação da capitalização de juros. Por exemplo, se um contrato informasse que a taxa nominal era de 2% a.m. e a efetiva de 26% a.a., automaticamente essa previsão significaria pactuação de juros capitalizados, já que, se o contrato adotasse juros simples, a taxa de 2%

a.m. corresponderia a uma taxa efetiva de 24% a.a. ($2 \times 12 = 24$). Sobre essa questão, a proposição de voto do Min. Luis Felipe Salomão fora no sentido de que tal menção, por si só, não era suficiente para validar a capitalização de juros no contrato, já que a pactuação deve ser clara, expressa, em respeito ao direito de informação, à boa-fé objetiva e às demais normas de ordem pública do CDC.

Essa orientação, de que os contratos bancários devem respeitar o direito de informação do consumidor e a boa-fé objetiva, com a pactuação clara, expressa e transparente da capitalização de juros, foi acolhida no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 973827/RS. É o que se vê das duas primeiras orientações emanadas de tal recurso repetitivo, de que “é permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17/2000 (em vigor como MP 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada” e que “a capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara”.

A questão problemática que surgiu com o julgamento do Resp. Repetitivo n. 973.827/RS recai sobre a terceira orientação fixada, de que “a previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada”. Tal tese foi proposta no voto divergente da Min. Isabel Gallotti, que tem como ponto de partida a ideia de que caberia ao STJ definir qual seria o “conceito jurídico de

capitalização de juros”. A partir de uma fundamentação não muito aprofundada, a Min. Isabel Gallotti afirmou, categoricamente em seu voto, que a adoção do método abstrato de juros compostos, presente na Tabela Price (Sistema Francês de Amortização), não implicaria capitalização de juros. Por isso, mesmo que o contrato informasse uma taxa de juros ao mês, e outra distinta ao ano (superior ao duodécuplo da taxa mensal), seria permitida a cobrança de juros pelo percentual ao ano, desde que compatível com a taxa média de mercado.

Esta orientação, que deu origem à Súmula 541/STJ, apresenta uma série de problemas que já foram apontados anteriormente, como causas que justificariam sua revogação.³⁵ Mas a questão central, do ponto de vista da estabilidade e segurança jurídica do sistema de precedentes, é que tal orientação gera inconsistência sistêmica, mormente porque, ao afirmar que a utilização do método de juros compostos da Tabela Price não implica capitalização, tal decisão infringiu a orientação firmada em 2009, também pela Segunda Seção do STJ, no Recurso Repetitivo n. 1.070.297/PR, de que não cabe ao STJ definir, em abstrato, se há ou não capitalização na Tabela Price.

Para retomar a coerência em suas orientações, no ano de 2014 a Corte Especial do STJ julgou então novo recurso repetitivo, Rep. 1.124.552/RS, consolidando a orienta-

35 Sobre o tema, vide OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de. Recurso Especial Repetitivo 973.827/RS e questão da capitalização de juros nos contratos de crédito ao consumidor: um julgamento sem precedentes. Revista de Direito do Consumidor vol. 89, set-out/2013, 230-300.

ção de que não cabe ao julgador afirmar, em abstrato, se há ou não capitalização de juros na Tabela Price. Portanto, o julgamento da Corte Especial cassou a orientação final proferida no julgamento do Resp. 973.827/RS – reproduzida na Súmula 541/STJ -, restabelecendo a coerência com a orientação firmada anteriormente no Resp. 1.070.297/RS.

A controvérsia, entretanto, que se seguiu em alguns julgados do STJ, dizia respeito à possibilidade de aplicação da capitalização anual de juros, nos casos em que não havia pactuação expressa. Os argumentos principais sustentados em favor desta interpretação eram os de que a capitalização anual de juros nunca fora vedada, sendo inclusive autorizada tanto pela Lei de Usura, como pelo Código Civil, e que por isso a validade da capitalização anual não dependeria de expressa pactuação.

Sobre esse argumento, o voto proferido pelo Ministro Marco Buzzi, no recente julgamento do REsp. Repetitivo 1.388.784/SC, esclarece que “a existência de uma norma permissiva, portanto, é requisito necessário e imprescindível para a cobrança do encargo capitalização, porém não suficiente/bastante, haja vista estar sempre atrelado ao exposto ajuste entre as partes contratantes, principalmente em virtude dos princípios da liberdade de contratar, da boa-fé e da adequada informação”. Desta forma, o recente precedente do STJ não deixa mais dúvidas de que a pactuação expressa e clara é condição indispensável para legitimar a capitalização de juros em contratos bancários, mesmo que na periodicidade anual.

Além disso, a recente decisão merece destaque por sanar interpretações equivocadas, que se seguiram após o julgamento do REsp. 973.827/RS, especialmente em relação à tese - já revogada pelo Resp. 1.124.552/RS - de que “a previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada”. Em interpretação equivocada desta tese, surgiram julgados afirmando que bastaria o contrato informar a taxa nominal (ao mês) em percentual não compatível com o da taxa efetiva (ao ano) para pactuar expressamente a capitalização. Sobre o tema, o recente julgado bem esclarece que, no Resp. 973.827/RS, “não houve qualquer deliberação no sentido de que o encargo poderia ser cobrado independentemente de pactuação clara e expressa. Neste julgamento, igualmente, não se afirmou a possibilidade de cobrança de capitalização de juros, independentemente da periodicidade, sem que houvesse pactuação entre as partes”.

Portanto, o recente julgamento do Resp. 1.388.784/SC pela Segunda Seção do STJ consolida a orientação de que a capitalização de juros em contratos bancários depende de pactuação expressa, inclusive na periodicidade anual. Tal decisão também pode contribuir para sanar as interpretações equivocadas que tem sido adotadas, sobre as condições necessárias para configurar a pactuação expressa do anatocismo. Especialmente porque, em se tratando os contratos bancários de contratos de consumo,

a interpretação sobre pactuação expressa dos encargos deve ser orientada à luz das normas de ordem pública do CDC, em respeito à Súmula 297/STJ e ADIN 2591-DF.

4. Considerações finais

A recente decisão proferida no REsp. 1.388.784/SC, reconhecendo a necessidade de contratação expressa, para validade da capitalização anual de juros em contratos bancários, trata-se de importante precedente, que consolida e pacífica a orientação da Corte Superior sobre o tema. Ademais, a *ratio decidendi* de tal julgado também permite sanar a interpretação equivocada que vinha sendo aplicada, quanto aos critérios que devem ser exigidos para se configurar a pactuação expressa da capitalização de juros, que não se resumem à simples menção a taxas de juros ao mês e ao ano distintas.

As previsibilidade, segurança jurídica e coerência, que sustentam o sistema de precedentes, exigem das Cortes Superiores o respeito a seus próprios julgados, evitando decisões contraditórias e inconsistentes e, sobretudo, corrigindo as orientações que possam causar instabilidade, ou gerar grandes injustiças. O recente precedente firmado no Resp. 1.388.784/SC representa importante contribuição para este mister.

Referências Bibliográficas

ARTIGO JURÍDICO. Cresce na Justiça número de ações em face de bancos. 08/05/2017. Disponível em <https://artigojuridico.com.br/2017/05/08/cresce-na-justica-numero-de-acoes-em-face-dos-bancos/>, acesso em 20/07/2017.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva (Produção científica. Direito, desenvolvimento, justiça), 2014.

DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17 ed. – Salvador: Ed. Jus Podium, 2015.

GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In O Novo Código de Processo Civil. Márcia Cristina Xavier de Souza; Walter dos Rodrigues coord. Rio de Janeiro: Campus, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios – 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de. Recurso Especial Repetitivo 973.827/RS e questão da capitalização de juros nos contratos de crédito ao consumidor: um julgamento sem precedentes. Revista de Direito do Consumidor vol. 89, set-out/2013, 230-300.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Tomo XXIV, 3ª Ed., Editora RT, 1984.

REDONDO, Bruno Garcia. Precedentes: teoria geral e seus reflexos no Projeto de Novo Código de Processo Civil. In *O Novo Código de Processo Civil*. Márcia Cristina Xavier de Souza; Walter dos Rodrigues coord. Rio de Janeiro: Campus, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: _____ (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

É CABÍVEL AGRAVO DA DECISÃO SOBRE A COMPETÊNCIA

Antônio César Bochenek

Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, lotado na 2ª Vara Federal de Ponta Grossa/PR. Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Mestre pela PUC/PR, Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG. Professor da ESMAFE/PR e do CESCAGE. Vice-presidente do IPDP. Presidente do IBRAJUS. Foi Presidente da AJUFE e da APAJUFE. Autor do livro "A Interação entre Tribunais e Democracia por meio do Acesso aos Direitos e à Justiça: Análise de Experiências dos Juizados Especiais Federais Cíveis Brasileiros", Série Monografias do CEJ. Coautor dos livros "Juizados Especiais Federais Cíveis & Casos Práticos", Juruá, e "Competência Cível da Justiça Federal e dos Juizados Especiais Federais", Juruá.

Vinícius Dalazoana

Analista Judiciário da Justiça Federal do Paraná. Oficial de Gabinete. Pós graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Anhanguera. Pós graduado

em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas - Escola de Direito de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG. Professor da Faculdade Santa Amélia e de cursos preparatórios para concursos. Coautor dos livros "Técnica e Processo Legislativo Previdenciário", Juspodivm e "Competência Cível da Justiça Federal e dos Juizados Especiais Federais", Juruá.

O Código de Processo Civil de 2015 nada dispõe acerca do recurso cabível em face da decisão concernente ao tema da competência. A observação é relevante, tendo em vista que, no sistema processual atual, as hipóteses de cabimento de agravo de instrumento são taxativamente previstas no art. 1.015 do CPC, ao menos no que respeita ao processo de conhecimento.

A taxatividade, nos termos do parágrafo único do mencionado artigo, não se aplica às fases de liquidação e cumprimento de sentença, tampouco à execução de título extrajudicial e ao processo de inventário. Contudo, as questões a respeito da competência estão, na maioria das vezes, ligadas ao processo ordinário e aos juizados especiais, ou seja, na primeira fase do processo judicial, com extensão às respectivas esferas recursais.

Deste modo, a regra geral é que as decisões em relação aos quais não se possa interpor agravo de instrumento,

em razão da ausência de previsão no art. 1.015 do Código de Processo Civil, são impugnáveis apenas em sede de apelação. Na nova sistemática processual, as decisões não alcançadas pelas hipóteses do artigo 1.015 do CPC estariam livres de preclusão, podendo ser discutidas em preliminar de apelação ou contrarrazões de apelação (§1º, artigo 1.009). De acordo com esse raciocínio, a primeira conclusão a que se poderia chegar é que as decisões que versem sobre competência somente poderiam ser impugnadas em sede de apelação e não de agravo de instrumento.

A competência é o primeiro ponto a ser observado quando da elaboração de uma petição inicial ou da peça de defesa, bem como o juiz deve apreciar de plano e em primeiro lugar se é ou não competente para processar e julgar uma demanda. O reconhecimento da incompetência importa na remessa dos autos ao juiz competente ou a extinção do processo sem julgamento do mérito.¹

Desta forma, é evidente que os atos processuais praticados por um juiz que não detém competência, poderão invalidar todos os atos processuais decisórios subsequentes do processo judicial. Aqui reside a relevância do estudo do tema, inclusive reconhecida pelo legislador como matéria de ordem pública, apreciável de ofício e em qualquer tempo e grau de jurisdição, quando de caráter absoluto. São matérias sensíveis e merecem atenção especial. Portanto, a decisão

1 BOCHENEK, Antonio César; DALAZOANA, Vinicius. **Competência Cível da Justiça Federal e dos Juizados Especiais Federais**. 4. Ed. Curitiba: Juruá, 2017.

que aborda o tema da competência será nula, com reflexos nos demais atos do processo que também serão considerados nulos, caso não revalidados pelo juiz competente. Logo, é de suma importância que esta matéria possa efetivamente ser definida, no primeiro momento processual possível, para que relações processuais não se prolonguem e impliquem em perda de tempo e recursos para as partes.

Em análise fática e processual, não seria razoável inviabilizar a interposição de agravo de instrumento em face das decisões que tratam do tema da competência, seja pelas razões acima detalhadas, seja pela lógica processual e procedimental que deve orientar as normas. Ademais, o reconhecimento da incompetência absoluta é matéria passível de ação rescisória nos termos do artigo 966, II, do CPC, em face da relevância da matéria dada pelo legislador.

Na doutrina, Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha, defendem e demonstram a plausibilidade de interpretação que inclua a decisão de competência nas hipóteses de cabimento de agravo de instrumento.²

É que a taxatividade do elenco estabelecido pelo art. 1.015 do CPC/2015 não é incompatível com a interpretação extensiva de cada uma das hipóteses previstas. A interpretação extensiva, segundo os autores, “é um modo de interpretação que amplia o sentido da norma para além do

2 CUNHA, Leonardo Carneiro; DIDIER JR, Fredie. Agravo de Instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento. In: **Revista de Processo**. Vol. 242, Abril de 2015, p. 275-284.

contido em sua letra”.³ Miguel Reale, ao diferenciá-la da analogia, explica que na interpretação extensiva parte-se da admissão de que a norma existe, sendo suscetível de ser aplicada ao caso concreto, “desde que estendido o seu entendimento além do que usualmente se faz. É a razão pela qual se diz que entre uma e outra há um grau a mais na amplitude do processo integrativo”.⁴

Os autores demonstram, então, que o direito brasileiro admite em mais de um caso a interpretação extensiva de enumerações taxativas. Primeiramente, citam o exemplo da lista de serviços tributáveis pelo Imposto sobre Serviços, positivada pela Lei Complementar nº 116, que, a despeito de taxativa, admite a interpretação extensiva de cada um de seus itens, a fim de abranger serviços idênticos aos expressamente previstos (entendimento firmado pelo STJ no julgamento do Resp 1.111.234/PR e expresso na Súmula 424 desse Tribunal). Em segundo lugar, os autores mencionam as hipóteses de cabimento do recurso em sentido estrito no âmbito do processo penal. As hipóteses previstas no art. 581 do Código de Processo Penal são exaustivas, mas nem por isso a doutrina especializada deixa de reconhecer a possibilidade de enquadramento nesse rol de casos similares não expressamente previstos. Em terceiro lugar, é citado o exemplo das hipóteses de cabimento da ação rescisória na vigência do CPC de 1973: o inciso VIII do art. 485 previa a ação rescisó-

3 Idem.

4 REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva. 27 ed. 2002.

ria quando houvesse “fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença”. Entretanto, a doutrina enquadrava nesse dispositivo o caso de reconhecimento da procedência do pedido, além de corrigir a referência à desistência, lendo-a como renúncia ao direito em que se funda a ação.

Ainda, no âmbito dos juizados especiais federais, a interpretação extensiva também é utilizada e referendada pelas Turmas Recursais e Tribunais. Um exemplo, é a interpretação do artigo 6º, da Lei 10.259/01, que amplia as pessoas que podem ser partes no âmbito dos juizados especiais federais, tanto no polo passivo como no ativo. A jurisprudência está repleta de casos que inclui e permite a atuação nos juizados de pessoas não previstas literalmente no dispositivo legal, como pessoas físicas ou jurídicas no polo passivo, ou ainda, no polo ativo as pessoas assemelhadas a microempresas ou empresas de pequeno porte, como os sindicatos, associações, espólio ou condomínio.⁵

Adotar a posição de que a taxatividade admite a interpretação extensiva encaminha o debate no sentido de que é possível reconhecer que o inciso III, do artigo 1015, do CPC/2015, ao estabelecer o cabimento de agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que rejeitarem alegação de convenção de arbitragem, também reconhece que estas decisões são assemelhadas com as de competência.

5 BOCHENEK, Antônio César; NASCIMENTO, Márcio Augusto. Juizados Especiais Federais Cíveis & Casos Práticos. 4ª. ed. Curitiba Juruá. 2016.

A decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem, nada obstante, é decisão que versa, na verdade, sobre competência. De fato, ao rejeitar essa alegação, o juiz está firmando a sua competência para processar e julgar o caso. Ao acolhê-la, está entendendo que o árbitro – que exerce função jurisdicional – é competente. Inegavelmente, é decisão sobre competência num processo judicial.

A decisão que examina alegação de incompetência – a alegação de convenção de arbitragem é uma espécie dessas decisões – em regra, é interlocutória, pois não determina a extinção do processo, sendo, no máximo, encaminhado ao juízo competente, caso aceita a alegação. A exceção existe apenas nos Juizados Especiais, nos casos relacionadas a declaração de incompetência com o efeito de gerar a extinção do processo sem apreciação do mérito, nos termos do artigo 51, da Lei 9.099/95 (juizados especiais estaduais), que aplica-se subsidiariamente aos juizados especiais federais.

Assim, sendo a decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem agravável, também devem sê-lo as demais decisões que versem sobre competência. A alegação de convenção de arbitragem e a alegação de incompetência são situações que, pela similitude, devem receber tratamento jurídico similar. Ambas têm como finalidade afastar o juízo da causa e fazer valer o direito fundamental ao juiz natural. O princípio da igualdade (CPC/2015, art. 7º), portanto, proíbe um tratamento discrepante entre partes em situações equivalentes. Nesta linha de inteligência, as decisões acerca da competência jurisdicional, no âmbito do

CPC, por interpretação extensiva, poderiam ser impugnáveis mediante agravo de instrumento.⁶

Esse racicínio, importa sublinhar, já foi acolhido na jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1º Região⁷:

“O art. 1.015 do NCPC passou a trazer em seus incisos um rol exaustivo de decisões interlocutórias das quais caberá o agravo de instrumento, que são as seguintes: tutelas provisórias, mérito do processo, rejeição da alegação de convenção de arbitragem, incidente de desconsideração da personalidade jurídica, rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação, a exibição ou posse de documento ou coisa, exclusão de litisconsorte, rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio, admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros, concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução, redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, §1º, e outros casos expressamente referidos em lei. Além dessas hipóteses, em seu parágrafo único admitiu o uso do agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário. Conforme se verifica, a decisão declinatoria de competência não se insere no rol taxativo do refe-

6 Idem.

7 Agravo de Instrumento n. 0073926-87.2016.4.01.0000, Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, Relator: Des. Federal Ângela Catão , Julgado em 23/03/2017.

rido dispositivo. Porém, entendo como cabível o presente agravo de instrumento, valendo-me, para tanto, dos bem lançados argumentos da lavra do Exmo. Desembargador Federal Novély Vilanova nos autos do AI 44261-26.2016.4.01.0000 [...].”

Este entendimento evita, sobretudo, que um processo transcorra toda a primeira fase e até o recurso da sentença, para somente após este momento, a matéria acerca da competência ser apreciada na apelação. Vale lembrar que a competência é matéria de ordem pública e deve ser apreciada de ofício e em qualquer tempo e grau de jurisdição. Desta forma, estão assegurados os princípios da efetividade da jurisdição e da economia processual, bem como são evitados prejuízos irreparáveis às partes, além da utilização de meios adequados, razoáveis, justos e úteis para a solução das demandas.

Em síntese conclusiva, como bem anotou Vicente de Paula Ataíde Junior,⁸ neste momento é preciso pensar a construção de um novo estágio metodológico para o processo, mais empirista e pragmático, que leve mais a sério a experiência e que consiga superar as insuficiências do atual modelo. Os ajustes necessários à legislação, ante a impossibilidade de previsão de todas as situações práticas e concretas, passam pela ação interpretativa dos operadores do direito e a aplicação dos instrumentos desenvolvidos pela

8 ATAÍDE JR. Vicente de Paula. Os estágios metodológicos do direito processual civil. In: CAZZARO, Kleber (org.). Estudos de Direito Processual Civil à luz da Constituição Federal - em homenagem ao professor Luiz Rodrigues Wambier. Erechim: Editora Deviant. p. 294.

academia e jurisprudência, como no presente caso pela aplicação da interpretação extensiva ou ampliativa. Desta forma avançou o direito e assim continua a avançar.

A NOVA EXECUÇÃO CONTRA O DEVEDOR DE ALIMENTOS

Marcos Noboru Hashimoto

Advogado. Graduação e Especialização pela Faculdade de Direito de Marília (Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha - concentração em Direito Civil e Processual Civil); Especialização pelo CEU/IICS-SP em Direito dos Contratos; Mestrado em Direito Negocial pela UEL; Doutorando pela PUC/SP (núcleo de Direito Processual Civil). Professor da PUC/PR Maringá (graduação/especialização), das Faculdades Integrado de Campo Mourão (Especialização) e do IDCC de Londrina (Especialização).

Resumo: O novo Código de Processo Civil trouxe significativas alterações procedimentais na Execução de Alimentos lastreada em título judicial e/ou extrajudicial. Pelo presente, busca-se identificar e comentar as novidades e peculiaridades introduzidas pelo novo sistema, notadamente, no que diz respeito aos novos instrumentos aplicáveis destinados a propiciar maior celeridade e efetividade, na obtenção da tutela executiva plena.

Palavras-Chave: NCPC - Execução - Alimentos - Processo sincrético - Cumprimento - Sentença - Execução Autônoma - Poder - Juiz - Informação - Efetivação.

Sumário: 1 - Introdução. 2 - Execução de Alimentos e processo sincrético. 3 - Competência para o cumprimento de sentença. 4 - Protesto do pronunciamento judicial. 5 - Súmula 309 do STJ e possibilidade de prisão civil. 6 - Do Devedor Contumaz. 7 - Desconto em folha de pagamento da obrigação alimentar. 8 - Dos alimentos derivados do ato ilícito. 9 - Cumprimento de sentença pelo rito do § 8º, do artigo 528 do CPC (expropriação patrimonial). 10 - Execução autônoma de obrigação alimentar. 11 - Poder Geral de Efetivação (art. 139, IV) e execução de alimentos. 12 - Conclusão. XIII – Bibliografia.

1. Introdução

Com o advento da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (novo Código de Processo Civil), importantes inovações surgiram quanto aos procedimentos de execução contra o devedor de obrigação alimentar. Frise-se, num primeiro momento, que sob a égide da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil, em vigor desde 11 de janeiro de 2003) e do anterior Estatuto Processual (CPC/73), a obrigação alimentar poderia derivar do vínculo de parentesco, das relações de casamento e união estável, ou do ato ilícito. Destes, só o inadimplemento dos

alimentos derivados do direito de família, ensejariam a possibilidade de execução do devedor sob pena de prisão civil (CPC/73, artigo 733), ou, se anteriores às três (03) últimas parcelas à propositura da execução (STJ, Súmula 309¹), a serem executadas como execução por quantia certa contra devedor solvente (CPC/73, art. 732), com possibilidade de penhora de bens. Não se admitia a execução de alimentos sob pena de prisão civil, quando derivados estes de ato ilícito (ex.: impostas contra o autor de homicídio culposo em acidente de trânsito que vitimou o pai de família, e se tornou devedor de alimentos da viúva e dos filhos). Ainda, algumas dificuldades se mostravam sempre presentes, como a do devedor de alimentos derivados do direito de família, que dolosamente atrasava o pagamento de dois meses e efetuava o pagamento no terceiro mês, para evitar o acúmulo de três parcelas em atraso, que só então legitimariam a propositura da execução sob pena de prisão civil, como o exigia a citada súmula; como também, em se tratando de execução por quantia certa – procedimento a ser adotado quando o atraso fosse superior a três meses e a obrigação alimentar tivesse perdido o caráter alimentar, no fato de não se encontrar bens em nome do alimentante/devedor, a possibilitar penhora e satisfação da execução. Como, também, quando não se pudesse provar a renda do alimentante, e o juízo acabasse por fixar alimentos no mínimo legal – geralmente no

1 STJ, Súmula 309. 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.

correspondente a 1/3 do salário mínimo vigente, sem prejuízo de ulterior ação revisional quando se pudesse provar a renda ou sua majoração; ou nas hipóteses em que o devedor trabalhasse sem registro (para evitar desconto em folha de pagamento), ou fosse registrado à empresa em que trabalhava com salário inferior ao realmente auferido – em evidente burla à lei. O critério da fixação da obrigação alimentar sempre foi o binômio necessidade-possibilidade, ou, eventualmente, necessidade-possibilidade-isonomia (em havendo pluralidade de filhos credores, bilaterais ou unilaterais quanto à sua origem).

O novo Código de Processo Civil trouxe significativas alterações procedimentais a respeito, a fim de se conferir maior efetividade no manejo de referido meio executório, como se procurará demonstrar a seguir, elucidando algumas controvérsias presentes no sistema anterior, e introduzindo relevantes inovações, a respeito.

2. Execução de Alimentos e processo sincrético

Por primeiro, dividiu os procedimentos conforme a natureza do título no qual se tenha originado a obrigação alimentar: se judicial (ex.: Ação de Alimentos, Investigação de Paternidade c.c. Alimentos, Ação Revisional ou Indenizatória por ato ilícito que condene o devedor a prestar alimentos), no denominado “Cumprimento de Sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos” (arts. 528-533); se extrajudicial (ex.:

instrumento de transação, referendado pela Advocacia Pública), na “Execução de Alimentos” prevista nos artigos 911-913 do mesmo diploma legal.

Resolveu o novel Estatuto processual, desta forma, imbróglgio jurídico constantemente verificado durante a vigência do revogado CPC/73, o que diz respeito ao procedimento a ser adotado pelo credor que pretendesse dar início à execução, fundada em título executivo judicial.

Inúmeras eram as vezes em que o credor/alimentando, embora a já adoção do conceito de “processo sincrético” na via executiva (por força do disposto ao artigo 475-J do revogado CPC/73, com as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei n. 11.232/05), se deparava com decisão judicial que - ao invés de dar regular prosseguimento à execução pleiteada nos mesmos autos do qual se originara o título executivo judicial *definitivo* que estabelecera a obrigação alimentar ao devedor (com base no então art. 475-N, I), o remetia a promover execução autônoma de referido título e obrigação concernente (como se de título executivo extrajudicial se tratasse), o que, no mínimo, além de negar-lhe a celeridade decorrente do cumprimento de sentença, acarretava-lhe o ônus excessivo diante da necessidade de formação de novo processo, e conseqüente recolhimento das custas processuais respectivas. O que forçava o credor a insurgir-se pela via recursal, perdendo tempo valioso, para fazer valer o entendimento majoritário dos Tribunais de

que a escolha do rito cabia ao credor.²

O Código de Processo Civil de 2015 resolveu a questão: em se tratando de *alimentos provisórios*, bem como a dos alimentos fixados em sentença não transitada em julgado, se processa em autos apartados formados nos termos do artigo 522 e parágrafo único, em não sendo os autos eletrônicos (art. 531, § 1º); em se tratando de cumprimento *definitivo* de obrigação de prestar alimentos, será proferida nos mesmos autos em que tenha sido proferida a sentença (art. 531, § 2º).

A *contrario sensu*, em que pese a possibilidade do cumprimento de sentença sob a forma provisória ou definitiva na forma exposta; tal não se confunde com a possibilidade de escolha pelo exequente, como já admitiam os excertos jurisprudenciais pretéritos ao vigente Código de Processo Civil, quanto à técnica processual executiva para a tutela do direito aos alimentos - que obedece ao seu interesse exclusivo, pelo que poderá este optar, querendo, pela adoção do rito da execução pela via do rito

2 “PROCESSUAL CIVIL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE. ALIMENTOS. SENTENÇA QUE TRANSITOU EM JULGADO DESDE 01/12/2012. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA MANEJADO NOS MESMOS AUTOS. Decisão de piso entendendo que a execução deve correr em autos apartados e determinou o desentranhamento da peça. Agravo de instrumento. CPC. Art. 531 § 2º o cumprimento definitivo da obrigação de prestar alimentos será processado nos mesmos autos em que tenha sido proferida a sentença. Agravo de instrumento conhecido e provido. Agravo de instrumento conhecido e provido.” (TJ-PE; AI 0008876-37.2016.8.17.0000; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Itabira de Brito Filho; Julg. 09/02/2017; DJEPE 20/02/2017)

prisional ou da expropriação patrimonial, não havendo que se falar em inadequação da via eleita.³

3. Competência para o cumprimento de sentença

Na vigência do revogado CPC/73, o pedido de cumprimento de sentença deveria ser formulado nos próprios autos em que proferida a decisão exequenda alimentar, ou seja, perante o juízo que processou a causa em primeiro grau de jurisdição (inciso II, art. 475-P), em que pese o disposto no § único de referido dispositivo, que previa a possibilidade do exequente optar pelo juízo do local onde se encontram os bens sujeitos à expropriação (quando o caso) ou pelo do atual domicílio do executado, casos em que a remessa dos autos seria solicitada ao juízo de origem (foros concorrentes).

O CPC/2015 previu da mesma forma em seu artigo 516 e § único, ressalvada a hipótese de também ter ali previsto expressamente, para fins de cumprimento de sen-

3 “APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. ESCOLHA DO RITO PELA PARTE AUTORA. POSSIBILIDADE. EXTINÇÃO. DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ART. 267, INCISO IV, DO CPC. DESCABIMENTO. APELOS PROVIDOS. DECISÃO UNÂNIME. 1. Em que pese a nova sistemática advinda da Lei nº 11.232, de 2005 (cumprimento de sentença), não convém retirar dos exequentes a possibilidade de optar pelo rito que entendem mais adequado à satisfação do seu crédito alimentar, ou seja, podem os autores/exequentes processar a presente ação de alimentos pelo rito a que remete os arts. 732 e 733 ambos do Código de Processo Civil. 2. Recursos providos. Decisão unânime.” (TJ-TO; AC 5009296-17.2012.827.0000; Primeira Câmara Cível; Rel^a Des^a Jacqueline Adorno; Julg. 06/12/2013; DJTO 16/12/2013)

tença, a possibilidade de escolha pelo exequente, do juízo do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer.

No cumprimento de sentença da execução de alimentos, acresce o § 9^a do artigo 528 mais uma hipótese: a escolha pelo juízo do domicílio do exequente. Desta forma, poderá ser promovida, à livre escolha do credor: a) no juízo que decidiu a causa em primeiro grau de jurisdição; b) no juízo do atual domicílio do executado; c) no juízo do domicílio do exequente; d) no local onde se encontram os bens sujeitos à expropriação (caso tenha optado pela execução, sob o rito previsto ao § 8^o do artigo 528 – excussão patrimonial). Tendo optado o credor por promover a execução nas hipóteses “b” a “d” mencionadas, em se tratando de localidades diversas àquela em que se processou a causa em primeiro grau de jurisdição, a remessa dos autos será solicitada ao juízo de origem.

4. Protesto do pronunciamento judicial

O artigo 528 do Código de Processo Civil passou a prever, expressamente, a possibilidade de cumprimento de *sentença* ou de *decisão interlocutória* que fixe alimentos, a requerimento do exequente. Em se tratando de obrigação de natureza alimentar, como é cediço, o recurso interposto contra referidas decisões não é, como regra, dotado de efeito suspensivo, a teor, respectivamente, do disposto aos artigos 1.012, § 1^o, II

(recurso de apelação), e art. 1015, parágrafo único (recurso de agravo de instrumento), de forma a admitir-se a execução provisória desde logo, nos termos do artigo 528, § 8º e artigos 531, § 1º c.c. 520 a 522 (facultada a dispensa de caução, em se tratando de crédito de natureza alimentar, independentemente de sua origem – art. 521, I). Feita a opção pelo credor da execução pelo rito da excussão patrimonial (§ 8º do art. 528), não será admissível a prisão do executado, e, recaindo a penhora em dinheiro, a eventual concessão de efeito suspensivo à impugnação não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação.

Chama a atenção, na hipótese, o disposto ao § 1º, parte final, do artigo 528 do Código de Processo Civil. O novel estatuto passou a prever, expressamente, a possibilidade de que o juiz mande *protestar* o pronunciamento judicial exequendo (título judicial que lastreia o pedido de cumprimento de sentença), aplicando-se, no que couber, o disposto no artigo 517.

Regra geral, prevê este último dispositivo que a decisão judicial transitada em julgado que lastreie pedido de cumprimento de sentença poderá ser levada a protesto, nos termos da lei, depois de transcorrido o prazo para pagamento voluntário previsto no artigo 523 (de quinze dias, após intimado o devedor nos termos do § 2º, do artigo 513). Note-se, só é permitido neste caso o protesto de decisão judicial *transitada em julgado*.

Valendo-se a execução de meios de coerção e sub-rogação, para compelir-se o devedor à satisfação plena e integral de sua obrigação, seja esta de fazer ou não-fazer, entregar a coisa ou pagar quantia (esta, por óbvio, a hipótese), também aqui inovou o legislador do CPC/2015.

Com efeito, em se tratando de execução de obrigação alimentar, excepcionalmente, permite-se o protesto do título judicial que fixou referido obrigação, ainda que se trate de decisão proferida em sede de cognição sumária, liminarmente e em caráter provisório (decisão interlocutória), ou mesmo sentença pendente de confirmação por recurso não provido de efeito suspensivo – portanto, aqui não exige-se o trânsito em julgado. Referida novidade, que adota providência que já havia sido firmada pelo Estatuto das Famílias (Projeto de Lei 470/213), têm sido aplaudida pela doutrina, sem prejuízo de que possa o credor/alimentando, ainda, valer-se da prerrogativa prevista ao parágrafo 3º do artigo 782, ou seja, a inscrição do devedor no cadastro de inadimplentes.

“Ao lado dos relevantes avanços, no tema de alimentos, quanto ao cumprimento de sentença, julga-se digna de destaque a previsão constante no novo texto do Código de Processo Civil quanto à possibilidade de protesto de dívida desta natureza. Independentemente de trânsito em julgado da decisão que o fundamenta, o protesto constitui providência a ser tomada, de ofício, pelo julgador. A inscrição no cadastro de inadimplentes é igualmente cabível em face do disposto no pará-

grafo 3º do art. 782. (...) Consubstancia-se, assim, a compreensão de que medida de gravame inferior à prisão, mas com qualificado potencial para pressionar pelo adimplemento, pode contribuir para a desejada aceleração da satisfação de débito desta natureza. E, de todo modo, não é defesa a cumulação do protesto à prisão do executado, refletindo, ainda mais, a elevada gradação da fundamentalidade dos alimentos.⁷⁴

Pugna-se, desta forma, pela obtenção de maior efetividade no processo executivo, de forma a que o devedor/alimentante opte pelo imediato cumprimento da obrigação, até mesmo antes da tomada de medidas de coerção pessoal – quando cabíveis, ou patrimonial.

5. Súmula 309 do STJ e possibilidade de prisão civil

Como já exposto, nos termos da Súmula 309 do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, o débito alimentar que autorizava a prisão civil do alimentante era a que compreendia as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.

Embora não cancelada ou revogada a súmula, atualmente, nos termos do § 7º do artigo 528 do Código de Processo Civil, o débito alimentar que autoriza a

4 DIDIER JR, Fredie (Coord. Geral). EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. MAZZEI, Rodrigo (Coordenadores). *Direito Civil. Coleção Repercussões do Novo CPC – v. 14*. MATOS, Ana Carla Harmatiuk. OLIVEIRA, Lígia Ziggio de. Artigo: *Alimentos no Novo Código de Processo Civil: execução e cumprimento de sentença*. Salvador, ed. Juspodivm: 2017, p. 841-842.

prisão civil do alimentante é o que compreende *até* as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo. Se pôs fim, portanto, à conduta dolosa do alimentante/devedor, que atrasava o pagamento, porém, não deixava que se completassem três parcelas em aberto, para furtar-se à possibilidade de prisão civil.

Como se sabe, as demais parcelas pretéritas anteriores às três que antecedem o início da execução, deverão processar-se sob o rito da expropriação patrimonial (§ 8º do artigo 528), da mesma forma que, cumuladas todas estas parcelas em aberto, deverá o magistrado determinar a cisão da execução⁵. Embora nada obste ao credor/alimentando, que opte pela execução de todo o saldo devedor, diretamente, pelo rito da execução expropriatória.

6. Do devedor contumaz

Já se sabe que o mero pagamento parcial não ilide a execução e suas consequências, bem como que somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento.

5 Em sentido contrário: “No sistema do Novo CPC, contudo, a sistematização soa facilitadora: há espaço para promover um único cumprimento de sentença que veicule prestações antigas e novas: o exequente sempre será, segundo o art. 528, intimado pessoalmente para em 3 dias pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de fazê-lo.” (TARTUCE, Fernanda. Processos Judiciais e Administrativos em direito de família. In: Tratado de Direito das Famílias. Org.: Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 962).

Nada obstante, relevante inovação trazida pelo novo Código de Processo Civil diz respeito às consequências do inadimplemento ao devedor contumaz: aquele que só paga em juízo os alimentos de que é devedor, quando na iminência de prisão civil ou se já decretada esta - ainda que por vezes não efetivada ou logo após. Para estes, o atual Código de Processo Civil determina que, verificada a conduta procrastinatória do executado, o juiz deverá, se for o caso, dar ciência ao Ministério Público dos indícios da prática do crime de *abandono material* – ou seja, poderá o devedor de alimentos também ser processado criminalmente, diante da agora expressa previsão legal que fomenta a tomada de providências neste sentido (art. 532), para fazer valer a lei penal na hipótese.

Para ser caracterizado, o delito não está condicionado a uma prévia sentença judicial cível, bastando que se comprove a relação de parentesco ou a obrigação alimentar, e, conseqüentemente, o abandono nas modalidades previstas ao artigo 244 do Código Penal. A pena imposta ao transgressor é a de detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no país.

Não se prestando o presente artigo a discorrer a fundo sobre a tipificação penal em tela (objeto jurídico, sujeito ativo e passivo, conduta, tipo objetivo, consumação, etc.), importa destacar que referido delito não admite a forma tentada (crime omissivo puro, sem *iter criminis*), de forma a que, dentre as modalidades de conduta que denotam pela sua ocorrência, para o tema ora em comento,

destacam-se as figuras de *deixar de efetuar o pagamento dos alimentos quando judicialmente fixados e devidos* (“deixar de prover a subsistência da família”) - até na forma provisória; e, *buscar o devedor fraudar o pagamento dos mesmos, inclusive chegando a deixar o emprego em cuja folha de pagamento tem-se o desconto da obrigação pecuniária* (“frustração de pagamento”) - (CP, art. 244, caput e parágrafo único).⁶

Consumado o abandono material, não excluem a responsabilidade penal o retorno do alimentante ao atendimento de suas obrigações, a reconciliação e coabitação dos sujeitos do delito, nem tampouco a tardia satisfação dos débitos.

Por evidente, eventua(is) sanção(ões) criminais não ilidem as sanções civis eventualmente sofridas pelo devedor/alimentante - ainda que não necessariamente nesta ordem, e vice-versa. De forma que, embora o cumprimento pelo devedor de eventual pena de prisão civil importe em imediata expedição de alvará de soltura (§ 7º, do art. 528) e não o exima do pagamento das prestações vencidas e vindendas, agora sob o rito da expropriação patrimonial (§ 5º do mesmo artigo), poderá sofrer os efeitos penais da conduta, em ação penal pública incondicionada, decorrentes de eventual condenação criminal.

6 DELMANTO, Celso. DELMANTO, Roberto. DELMANTO JUNIOR, Roberto. DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*. São Paulo, ed. Saraiva: 2010, p. 743-748.

7. Desconto em folha de pagamento da obrigação alimentar

No caso de desconto da obrigação alimentar em folha de pagamento do devedor/alimentante – o que sempre foi possível, permite o novo Código de Processo Civil (art. 529, parágrafo 3o) o desconto do débito alimentar dos rendimentos ou rendas do executado, em valores que podem chegar a até 50% (cinquenta por cento) de seus ganhos líquidos (sob a égide do CPC/73 falava-se em 30%, preservando-se o restante como “mínimo existencial” do devedor), abrangendo-se se for o caso, parcelas vencidas em atraso de forma parcelada, e parcelas vincendas.

Na falta de dados da empregadora que o permita, prevê o atual estatuto processual civil em seus artigos 772 e 773, o que se têm chamado de “*Poder Geral de Informação*” do juiz, de forma que pode este, dentre outras medidas, determinar que sujeitos indicados pelo exequente/alimentando forneçam informações em geral relacionadas ao objeto da execução, tais como documentos e dados que tenham em seu poder, assinando-lhes prazo razoável; bem como, de ofício ou a requerimento, determine as medidas necessárias ao cumprimento da ordem de entrega de documentos e dados. Referido diploma legal considera, ainda, atentatória à dignidade da justiça a conduta omissiva ou comissiva do executado que frauda a execução (inciso I) ou se opõe maliciosamente a ela (inciso II), empregando ardis e meios artificiosos, passível de *multa* de até 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução, a ser

revertido em proveito do exequente e exigível nos próprios autos (§ único, art. 774).

Em complemento, o artigo 22 da Lei n. 5.478/68 (Lei de Alimentos), prevê que constitui crime contra a administração da Justiça deixar o empregador ou funcionário público de prestar ao juízo competente as informações necessárias à instrução de processo ou execução de sentença ou acordo que fixe pensão alimentícia, fixando-lhe pena de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, sem prejuízo, quando o caso, de suspensão do emprego de 30 (trinta) a 90 (noventa) dias. Nas mesmas penas incorre quem, de qualquer modo, ajuda o devedor a eximir-se do pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada, ou se recusa, ou procrastina a executar ordem de descontos em folhas de pagamento expedida por juiz competente.

Lembra-se, finalmente, que a prescrição referida no art. 206, § 2º, do Código Civil (2 anos), só alcança as prestações mensais e não o direito a alimentos, que embora irrenunciável, pode ser provisoriamente dispensado (Lei n. 5.478/68, art. 23).

8. Dos alimentos derivados do ato ilícito

Frise-se, neste particular, que só se admite em nosso ordenamento jurídico a prisão civil e a responsabilidade pessoal/prisional decorrente do não pagamento de dívida(s), no caso do devedor de alimentos (até então, os decorrentes do direito de família); de há muito excluída a possibilidade

da prisão civil do depositário infiel, por ser o Brasil signatário do Pacto de San José da Costa Rica. Trata-se, portanto e segundo a doutrina que antecedeu a vigência do novo Código de Processo Civil, de meio excepcional de coerção para recebimento do crédito exequendo alimentar, último recurso a ser utilizado, sempre minimizado pela prévia utilização de outros meios de mesma natureza, destinados a forçar o devedor ao pagamento da obrigação.

“O texto votado no plenário do Senado Federal dispõe sobre a execução de alimentos a partir do artigo 909 (texto consolidado). Definida a obrigação alimentar, enseja o cumprimento de sentença, conforme artigo 525 e seguintes. Porém, houve por bem o legislador estabelecer procedimentos prévios à reclusão em prisão. Neste sentido, o juiz, antes da decretação da prisão ou simultaneamente, como se interpretar, mandará “protestar o pronunciamento judicial.” O procedimento de protesto obedecerá aos ditames do artigo 514. Prevaleceu a tese de que a prisão por dívida alimentar deve ser o último recurso a ser requerido pela parte e decretado pelo juiz, e nunca a medida imediata.”⁷

Em que pese o exposto, também no que diz respeito aos alimentos derivados do ato ilícito (exemplo do atropelamento e morte), já há doutrinadores que entendem que o novo Código de Processo Civil agora passou a admitir a prisão civil do devedor, no caso de não pagamento da divi-

7 CUNHA, J.S. Fagundes. *O Direito nos Tribunais Superiores – com ênfase no novo Direito Processual Civil*. Curitiba, ed. Bonijuris: 2015, p. 63.

da alimentar (CPC, art. 533 e parágrafos). Referida possibilidade sempre fora rejeitada pela jurisprudência, inclusive antes da vigência do novo estatuto processual civil ⁸, até porque segundo a Súmula n. 313 do STJ, já se permitia a constituição de capital como meio viável a garantir o pagamento dos alimentos indenizatórios, tal qual hoje previsto ao art. 533 e parágrafos, de referido diploma legal.

FERNANDA TARTUCE⁹, por exemplo, afirma que não há no ordenamento jurídico, norma que justifique a diferenciação apta a excluir tal possibilidade, pelo que interpretação diversa prejudica indevidamente as vítimas de atos ilícitos, ao retirar a eficácia potencializada da coerção derivada da prisão.

Há opiniões diversas de juristas no mesmo sentido, que defendem que o Código de Processo Civil trata de alimentos de forma genérica, abrindo espaço para a prisão civil do devedor de alimentos indenizatórios, além do que estes decorrem sempre de uma decisão judicial definitiva. Pelo que ainda mais se justificaria a possibi-

8 STJ, HC 182.228/SP. HABEAS CORPUS. ALIMENTOS DEVIDOS EM RAZÃO DE ATO ILÍCITO. PRISÃO CIVIL. ILEGALIDADE. 1. Segundo a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é ilegal a prisão civil decretada por descumprimento de obrigação alimentar em caso de pensão devida em razão de ato ilícito. 2. Ordem concedida. (STJ, HC 182.228/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, T4 – Quarta Turma, j. 01/03/2011, DJE 01/03/2011).

9 TARTUCE, Fernanda. *Prisão Civil em Alimentos Indenizatórios: Posição favorável*. <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/prisao-civil-em-alimentos-indenizatorios-posicao-favoravel/16600>>03/06/2016. Consulta: 20/07/2017, 19:52 hrs.

lidade, diante da certeza do direito que traduz à parte credora/alimentando, e justificando maior efetividade quando de sua exigência.

9. Cumprimento de sentença pelo rito do parágrafo 8º, do artigo 528 do CPC (expropriação patrimonial)

No mais, como já mencionado, ainda quando *judicialmente* fixados, caso assim prefira o credor/exequente, poderá promover o cumprimento da sentença ou decisão, desde logo, como execução por quantia certa (a que se realiza mediante penhora e expropriação de bens), caso em que não será admissível a prisão do executado; e, recaindo a penhora em dinheiro, ainda que o devedor obtenha efeito suspensivo em sua impugnação, esta não obstará a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação, enquanto não julgado definitivamente o feito.

10. Execução autônoma de obrigação alimentar

Se lastreada a obrigação alimentar em *título executivo extrajudicial*, observar-se-á o procedimento previsto aos artigos 911 a 913 do CPC. Preferindo o credor/alimentante a execução do devedor sob responsabilidade patrimonial (arts. 789 e 825), deverá proceder na forma do artigo 824 e seguintes, com a ressalva de que, recaindo a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação (art. 913).

A defesa será promovida por meio de Embargos à Execução (CPC, art. 917 - que têm natureza de ação), embora nesta não seja possível o “protesto” do título exequendo para os devidos fins, nem tampouco haja previsão da possibilidade de remessa e vista dos autos ao Ministério Público para apuração de eventual prática de crime de *abandono material* (CPP, art. 244), diante de conduta procrastinatória, haja vista o menor grau de certeza da obrigação inserida em título extrajudicial, e do maior âmbito da matéria de defesa, que se permite possa ser deduzida em sede de embargos.

Difere procedimentalmente, em especial, do disposto ao artigo 517, *caput*, do novel Estatuto processual (que estabelece em cumprimento de sentença, como regra, o protesto de decisão judicial transitada em julgado), o que só ocorre por expressa previsão legal na execução de alimentos fundada em título judicial, ainda que em relação a decisão interlocutória ou sentença que fixe a obrigação alimentar não transitada em julgado (art. 528, *caput*, e § 1º).

11. Poder Geral de Efetivação (art. 139, IV) e execução de alimentos

Assunto relativo à Execução de Alimentos que têm adquirido especial relevo durante o primeiro ano de vigência do novo Código de Processo Civil, é o da utilização da regra prevista ao artigo 139, inciso IV do

CPC/2015 na execução (em especial, de alimentos), sob a justificativa da busca por maior e melhor efetividade na obtenção da tutela executiva.

Necessário, por primeiro, lembrar da natureza satisfativa dos alimentos pleiteados e obtidos liminarmente sob a égide da Lei n. 5.478/68 (art. 4º - “*alimentos provisórios*”), a justificar a possibilidade de que o juiz, para instrução da causa, ou na execução de sentença ou do acordo, possa tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação da prisão do devedor até 60 (sessenta) dias (artigo 19, *caput*, da LA). Aqui, há permissivo legal específico, aplicando-se subsidiariamente o Estatuto processual civil. Ainda, em se tratando de procedimento especial, foram revogados pelo novo Código de Processo Civil os artigos 16 a 18 da Lei de Alimentos, nos termos do disposto ao art. 1.072, inciso V, do novel Estatuto Processual.

Daí que interessante ponto a se considerar, é de eventual compatibilidade entre o disposto no artigo 19, *caput*, da Lei n. 5.478/68, com o artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 (de aplicação subsidiária). Sem prejuízo da possibilidade de prisão civil do devedor na execução de decisão judicial concessiva de alimentos, em caráter provisório ou definitivo, prevê o Estatuto Processual este novo dispositivo, que não encontrava correspondência no revogado CPC/73, no que se tem denominado de “Poder Geral de Efetivação do Juiz”, permitindo-se a utilização em decorrência deste dos

denominados “*meios executivos atípicos*”, também na execução de obrigação de natureza alimentar.

Com efeito, na redação do retro-mencionado artigo 19, *caput*, da Lei de Alimentos, há expressa previsão no sentido de que o juiz poderá, na execução da sentença ou do acordo, tomar todas as providências necessárias para o seu cumprimento. Já na redação do artigo 139 do CPC/2015, situado no Capítulo I (Dos Poderes, dos Deveres e da Responsabilidade do Juiz) do Título IV (Do Juiz e dos Auxiliares da Justiça), em seu inciso IV prevê-se incumbir ao juiz na direção do processo, dentre outras medidas: “*IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.*”.

Afigura-se plausível, desta forma, que nas Ações de Alimentos sob o rito especial da Lei n. 5.478/68, para fins de obrigar-se o devedor ao cumprimento de decisão concessiva de obrigação alimentar fixados tanto em sede de tutela provisória e mediante cognição sumária e em caráter liminar, como naqueles fixados a final decisão e em cognição exauriente; que para fins de efetivar-se o comando previsto na mencionada Lei de Alimentos em seu artigo 19, *caput*, dispõe agora o juiz de nova ferramenta adicional, destinada a assegurar o cumprimento da ordem judicial, mediante determinação de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias. No que tange *especificamente* ao artigo 139, inciso IV do CPC/2015,

excepciona-se a regra de que, em se tratando de medidas de conteúdo satisfativo, o juiz não pode agir/decidir senão a requerimento da parte.

É neste sentido que têm veiculado os noticiários correntes, segundo o qual alguns juízes têm determinado a apreensão de CNH – Carteira Nacional de Habilitação, Passaporte e até CPF – Cadastro de Pessoas Físicas, dentre outros exemplos, de devedores contumazes de alimentos, para forçá-los ao cumprimento da obrigação, sem prejuízo das outras medidas cabíveis e previstas em lei, dentre elas a prisão. Como têm decidido os Tribunais há, entretanto, limites a serem observados, em qualquer hipótese.¹⁰

10 “HABEAS CORPUS. SUSPENSÃO E APREENSÃO DE PASSAPORTE E CNH. MEDIDAS ASSECUTÓRIAS DO CUMPRIMENTO DE COMANDO JUDICIAL. ART. 139, IV, NCP. PREJUÍZO AO DIREITO DE IR E VIR DO PACIENTE. 1. Atento à efetividade que se espera do processo judicial, o legislador do Novo Código de Processo Civil, no art. 139, IV, do referido diploma, dilatou os poderes do juiz, na medida em que, na condução do processo, deverá “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. 2. Muito embora as cláusulas gerais como aquela trazida pelo art. 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015 sejam abstratas e genéricas, porque se utilizam propositalmente de conceitos indeterminados para lhes permitir maior alcance, sua concretude deve ser extraída do próprio litígio enfrentado pelo Juiz, que, dessa forma, não está autorizado a implementar toda e qualquer providência porventura requerida pela parte interessada no cumprimento da obrigação. 3. Não há como afastar a conclusão de que a suspensão e apreensão do passaporte e da CNH da devedora afigura-se demasiadamente gravosa, pois à sua intensidade não correspondente a relevância do bem jurídico que se pretende tutelar com a satisfação da execução. 4. A medida, ademais, importa em violação ao direito de ir e vir da paciente, retirando-lhe o direito de livremente se locomover. Igual consequência decorre da apreensão do passaporte. Não se afigura razoável

Por extremas e aparentemente temerárias algumas destas medidas executivas atípicas, e embora não se possa afastar-lhes a aplicabilidade também na seara das ações de família, deve-se sua aplicação, entretanto, *observar a casuística e nortear-se pela coerência*. É neste sentido que alertam NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, quando afirmam que o desvio que macularia o poder de mando prescrito ao artigo 139 inciso IV, é a arrogância, que pode tornar abusivo o mando, pois o poder da autoridade não é absoluto. Neste sentido, afirmam:

“A direção do processo implica o exercício do poder e de autoridade sobre as partes, os intervenientes e os auxiliares da Justiça, no processo. O governo dessas relações dá-se durante os atos procedimentais, com a emissão de ordens e a regência e controle do que se passa no processo. Para tanto, o texto normativo no-lo diz, pode o juiz exercer o poder procedendo por raciocínio indutivo, obrigar as partes e os sujeitos da rela-

sacrificar o direito constitucional de liberdade de locomoção em favor da satisfação de crédito que sequer tem natureza alimentar. Diante do constrangimento ilegal imposto à devedora, justifica-se a concessão da ordem pleiteada. 5. Na verdade, medidas dessa natureza não têm adequação ao fim a que se destina, ou seja, não são capazes de satisfazer o crédito. Representam exclusivamente coação à pessoa do devedor, incompatível com a moderna concepção da obrigação, consubstanciada na responsabilidade exclusivamente patrimonial do devedor, e divorciada da garantia constitucional da liberdade e a proibição da prisão do devedor e, conseqüentemente, de todo e qualquer meio de obter a satisfação da obrigação mediante a violação de direitos fundamentais da pessoa, que não podem ser sacrificados sem observância ao princípio da proporcionalidade. Ordem concedida.” (TJSP, HC nº 2018359-71.2017.8.26.0000/SP, 2ª Câmara Reserv. Dir. Empresarial, Relator Des. Carlos Alberto Garbi, j. 15/03/2017. v.u.)

ção processual aos comandos que irradiam de sua autoridade, mesmo que esteja provisoriamente no exercício do poder, por ter assumido o lugar de outra autoridade de igual poder. O desvio que macularia o poder de mando é a arrogância, que pode tornar absoluto o mando, pois o poder da autoridade não é absoluto.”¹¹

Admitida a aplicação destas medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas no cumprimento de sentença ou de decisão interlocutória prolatada em sede de tutela provisória e cognição sumária e em caráter liminar, ou em execução definitiva; bem como em execução de título extrajudicial, não se pode descurar que estas serão aplicadas de forma *subsidiária* às medidas tipificadas (no caso, a possibilidade de prisão civil quando a hipótese, ou expropriação patrimonial), com observância do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão devidamente fundamentada.¹² É medida de bom alvitre, que as medidas coercitivas do artigo 139, inciso IV do CPC, sejam tomadas apenas quando esgotados os demais meios coercitivos, e como último recurso a evitar a decretação da pena de prisão civil.

11 NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil – novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo, ed. Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015: pgs. 583-584.

12 FPPC, Enunciado 12: A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, parágrafo 1º, I e II [do CPC/2015].

De todo modo, em estrita interpretação do inciso IV do artigo 139 do CPC/2015, se revela importante não confundir a natureza jurídica de *antecipação de tutela* da decisão que concede o pleito alimentar em caráter liminar nas ações sob o rito especial da Lei n. 5.478/68 (que se lastreiam no permissivo do art. 19 da lei específica excepcionando a regra da não concessão de ofício de medidas de conteúdo satisfativo); com a possibilidade de concessão *ex officio* das medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para *assegurar* o cumprimento da ordem judicial proferida no processo de conhecimento ou de execução (que possuem natureza cautelar), no caso, de natureza alimentar. Tanto que a parte final de referido dispositivo legal denuncia seu cabimento e aplicabilidade, inclusive, nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. Desta feita, não pode o magistrado, por este dispositivo, realizar medidas de urgência satisfativas (antecipação dos efeitos da tutela) – que dependem de requerimento da parte¹³, como regra; mas *de oficio* pode determinar as medidas cautelares descritas ao inciso IV do artigo 139 do NCPC, de cunho eminentemente assecuratório, em se tratando de exercício de *Poder Geral de Cautela*.¹⁴

No Código de Processo Civil de 1.973 (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1.973), as medidas de apoio à efetivação

13 MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3a. ed., São Paulo, ed. Thomson Reuters Revista dos Tribunais: 2015, p. 241.

14 FPPC, Enunciado 31: O poder geral de cautela está mantido no CPC [2015].

encontravam-se limitadas às técnicas processuais voltadas à tutela de obrigação de fazer e de não fazer (CPC/73, art.461, parágrafo 5º.)¹⁵, e de entrega da coisa (CPC/73, art. 461-A, parágrafo 3º.)¹⁶.

Ainda, segundo a lição de ROBERTO SAMPAIO CONTREIRAS DE ALMEIDA¹⁷, quanto aos poderes do juiz descritos no inciso IV do artigo 139 do NCPC:

“Como tais poderes encerram cláusula geral e diante da atipicidade de tais medidas, o juiz deve avaliar, de acordo com o caso concreto, a técnica mais adequada a ser aplicada, valendo-se do princípio da proporcionalidade, de modo que, dentre as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, decida com base nos seguintes subprincípios apontados por Marcelo Lima Guerra ao tratar do art. 461 do CPC/1973, mas aplicáveis a técnicas processuais, em geral, de efetivação das decisões judiciais: i) da *adequação*, no sentido de que haja a real possibilidade concreta de que o uso

15 **CPC/73, art. 461, parágrafo 5º.** Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

16 **CPC/73, art. 461-A, parágrafo 3º.** Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos parágrafos 1o. a 6o. do art. 461.

17 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR, Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de. *Comentário: Dos Poderes dos Deveres e da Responsabilidade do Juiz*. São Paulo, ed. Thomson Reuters Revista dos Tribunais: 2015, pgs. 446-464.

da medida leve ao cumprimento específico; ii) da *exigibilidade*, segundo o qual a medida escolhida pelo juiz deve resultar o menor prejuízo possível ao devedor, dentro do estritamente necessário para que se atinja efetivação buscada; e iii) da *proporcionalidade* em sentido estrito, segundo o qual o magistrado, antes de eleger a medida, sopesa as vantagens e desvantagens de sua aplicação, buscando a solução que melhor atenda aos valores em conflito” (Marcelo Lima Guerra, *Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 127).

Observadas tais premissas, em tese não haverá como o juiz incorrer em qualquer espécie de desvio ou excesso, observado o princípio da proporcionalidade e as técnicas processuais mencionadas. Ressalva o último autor citado, que apesar do caráter de urgência que as medidas de apoio à efetivação das ordens judiciais possam ter e da possibilidade de restrição de direitos que possam gerar, que não há hipótese de cabimento de recurso de agravo de instrumento (NCPC, art. 1015; em rol estrito) contra estas, salvo se tais medidas versarem sobre tutelas provisórias ou sobre o mérito da causa.

Finalmente, quando adotado o procedimento da execução por quantia certa na obrigação alimentar (e para fins de futura penhora e expropriação de bens), recai-se nas regras gerais da execução, também podendo o juiz valer-se do denominado “poder geral de efetivação” (CPC/2015, art. 139), para, dentre outras medidas, prevenir ou repri-

mir qualquer ato do executado/devedor de alimentos que se mostre contrário à dignidade da justiça ou tenha cunho meramente protelatório (como no caso da omissão de rendimentos ou bens), bem como fornecer informações em geral relacionadas ao objeto da execução (CPC/2015, art. 772, III) e/ou indicar ao juiz quais são e onde estão seus bens sujeitos à penhora e respectivos valores, até final satisfação do direito dos credores/exequentes/alimentandos, sob as penas da lei.

12. Conclusão

Daí, concluir-se, em apertada síntese:

1. O novo Código de Processo Civil trouxe significativas alterações procedimentais a fim de se conferir maior efetividade no manejo da execução de alimentos, ora fundada em título judicial, ora extrajudicial, solucionando controvérsias existentes sob a aplicabilidade da lei anterior (CPC/73), e municiando o credor/alimentando, de novos mecanismos a permitir-lhe maior celeridade e efetividade na obtenção da tutela executiva.
2. Resolveu o CPC/2015, o imbróglio jurídico inerente à forma a ser adotada para o cumprimento de sentença provisório ou definitivo; bem como manteve, a *contrario sensu*, a possibilidade de escolha pelo exequente da técnica processual executiva que melhor atenda a seu interesse para a

tutela do direito aos alimentos, pelo que poderá optar, querendo, pela adoção do rito da execução pela via do rito prisional ou da expropriação patrimonial, não havendo que se falar em inadequação da via eleita.

3. Houve acréscimo quanto aos foros concorrentes previstos no artigo 516 e parágrafo único do CPC, permitindo-se a escolha, na execução de alimentos, também do juízo do domicílio do exequente.
4. O protesto do pronunciamento judicial, que via de regra no cumprimento de sentença só pode ser realizado quando tenha o título transitado em julgado; também é excepcionado na execução de alimentos, podendo ser protestada a decisão interlocutória proferida liminarmente mediante cognição sumária e em caráter provisório, bem como a sentença pendente de recurso desprovido de efeito suspensivo.
5. Foi relativizada a aplicação da Súmula 309 do STJ, de forma que a execução sob pena de prisão civil, lastreada em título judicial ou extrajudicial, pode abarcar *até* as três últimas parcelas anteriores ao início da execução. Em abrangendo mais parcelas pretéritas, será necessária a cisão do procedimento. E nada obsta a que o credor/alimentando opte pela promoção de toda a execução, pelo rito expropriatório.

6. O devedor contumaz é severamente responsabilizado pelo novo sistema, podendo vir a ser criminalmente processado pelo crime de *abandono material*. A sanção civil não exclui a criminal, e vice-versa.
7. O desconto em folha de pagamento da dívida alimentar pode alcançar 50% (cinquenta por cento) dos vencimentos líquidos do devedor, abrangendo-se, se o caso, parcelas vencidas em atraso parceladas e vincendas. O novo CPC dota o magistrado do “Poder Geral de Informação” previsto nos artigos 772 e 773 para coleta de dados e efetivação da execução, sem prejuízo da eventual caracterização de conduta atentatória à dignidade da justiça por parte do executado, sob as penas da lei. Ainda, o art. 22 e parágrafo único da Lei n. 5.478/68, possibilita responsabiliza ao empregador e ao funcionário público que se recusar a fornecer tais informações.
8. A doutrina se divide quanto à possibilidade de execução sob pena de prisão civil, nos alimentos derivados de ato ilícito. Mas crescem as opiniões favoráveis, em especial, porque estes derivam de sentença definitiva, não havendo razão para negar ao credor a maior efetividade da coerção que da medida decorre.
9. Feita a opção pelo regime expropriatório, tanto na execução lastreada em título judicial como extra-

judicial, eventual obtenção pelo devedor de efeito suspensivo à impugnação/embargos, não obsta a que o credor levante mensalmente a importância da prestação, enquanto não julgado definitivamente o feito.

10. Na execução autônoma de obrigação alimentar, não é possível o protesto do devedor, nem há previsão legal de remessa dos autos ao Ministério Público para apuração de eventual prática pelo devedor do crime de abandono material, diante de sua natureza procrastinatória.
11. Embora de natureza satisfativa, a execução de alimentos concedidos liminarmente com base na Lei n. 5.478/68, podem iniciar-se de ofício, haja vista o permissivo do artigo 19 da mesma lei específica. Excepciona-se, desta forma, a regra de que o magistrado não pode conferir de ofício, medidas de cunho satisfativo. Quanto às medidas executivas atípicas derivadas do art. 139, inciso IV do CPC (“Poder Geral de Efetivação”), decorrentes do Poder Geral de Cautela, possuem natureza cautelar e caráter subsidiário às demais medidas coercitivas da execução, só devendo ser aplicadas de forma antecedente à decretação a prisão civil, e observados os parâmetros de *adequação*, *exigibilidade* e *proporcionalidade*, sob pena de macular-se o poder de mando, desvirtuando a finalidade da norma e do procedimento.

Bibliografia

CUNHA, J.S. Fagundes. *O Direito nos Tribunais Superiores – com ênfase no novo Direito Processual Civil*. Curitiba, ed. Bonijuris: 2015, p. 63.

DELMANTO, Celso. DELMANTO, Roberto. DELMANTO JUNIOR, Roberto. DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*. São Paulo, ed. Saraiva: 2010, p. 743-748.

DIDIER JR, Fredie (Coord. Geral). EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. MAZZEI, Rodrigo (Coordenadores). *Direito Civil. Coleção Repercussões do Novo CPC – v. 14*. MATOS, Ana Carla Harmatiuk. OLIVEIRA, Lígia Ziggioni de. Artigo: *Alimentos no Novo Código de Processo Civil: execução e cumprimento de sentença*. Salvador, ed. Juspodivm: 2017, p. 841-842.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3a. ed., São Paulo, ed. Thomson Reuters Revista dos Tribunais: 2015, p. 241.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil – novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo, ed. Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015: pgs. 583-584.

TARTUCE, Fernanda. Processos Judiciais e Administrativos em direito de família. In: *Tratado de Direito das Famílias*. Org.: Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 962

_____ *Prisão Civil em Alimentos Indenizatórios: Posição favorável.* <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/prisao-civil-em-alimentos-indenizatorios-posicao-favoravel/16600>>03/06/2016. Consulta: 20/07/2017, 19:52 hrs.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR, Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil.* ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de. *Comentário: Dos Poderes dos Deveres e da Responsabilidade do Juiz.* São Paulo, ed. Thomson Reuters Revista dos Tribunais: 2015, pgs. 446-464.

A NECESSÁRIA - E JÁ TARDIA - CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Alexandre Knopfholz

Mestre em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Professor de Processo Penal no curso de graduação da Faculdade de Direito de Curitiba e nos cursos de pós-graduação da Universidade Positivo (UP) e da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST). Advogado. E-mail: alexandre@dotti.adv.br.

Resumo: Em um cenário de constitucionalização do direito, a análise constitucional do processo é de extrema importância. Tal relevância é potencializada quando se fala no processo penal, eis que se muda o modelo processual, o qual era visto como mero instrumento de persecução penal e passa a ser entendido como uma garantia do acusado. Contudo, no Brasil, essa mudança é peculiarmente difícil, eis que o Código de Processo Penal foi criado sob a égide de um regime totalitário e, infelizmente, em muitos casos é aplicado à revelia da Constituição Federal de 1988, que deve ser o paradigma a ser adotado na realidade atual.

Palavras-chave: Constitucionalização; Processo Penal Constitucional; Sistema Acusatório; Garantismo; Código de Processo Penal; Constituição Federal.

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *A constitucionalização do direito*; 3. *A tutela constitucional do processo*; 4. *A constitucionalização do processo penal*; 5. *A realidade brasileira*; 6. *Conclusão*; 7. *Referências*.

1. Introdução

Ao longo de sua história, o Processo Penal esteve muito mais próximo de sistemas de governo autoritários do que democráticos. O modelo inquisitivo imperava e os interesses sociais sobrepunham os direitos e garantias individuais. Contudo, a constitucionalização do direito, ocorrida sobretudo no final do último século, trouxe à persecução penal a necessidade de uma *revolução copérnica* de valores, eis que sua essência, outrora totalitária, teve de ser alterada para um modelo acusatório e democrático, no qual o próprio processo torna-se uma garantia ao acusado. Tal cenário, contudo, é particularmente complexo no Brasil, eis que a legislação infraconstitucional é tipicamente autoritária, fruto do regime totalitário do Estado Novo de Getúlio Vargas. A Constituição Federal de 1988, por sua vez, iluminou o Processo Penal com dezenas de garantias individuais, muitas das quais incompatíveis com o disposto no Código de Processo Penal. E, desse embate, surge a problemática analisada no presente artigo.

2. A constitucionalização do direito

Na atualidade, as Constituições permitem a “estabilização da variabilidade”¹, de forma a garantir a segurança jurídica sem abrir mão dos valores histórico-sociais. Com efeito, a aplicação efetiva da Constituição afigura-se, a um só tempo, como o *porto seguro* desejado pela segurança jurídica, e como o *grito de liberdade* contra as amarras do positivismo. A eficácia das normas constitucionais, ainda que abertas, apresenta-se como a alternativa adequada às intempéries da pós-modernidade, sem perder de vista a estrutura formal que deve existir em qualquer Estado de Direito.

De fato, é necessária a irradiação dos valores e interesses insertos na Constituição sobre toda a legislação infraconstitucional. Nunca, em toda a história do Direito, foi tão necessário retornar aos preceitos constitucionais, em um processo de “[...] *incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário.*”²

Em obra específica sobre o tema, assevera Alfonso de Julios-Campuzano³:

1 GIORGI, Rafaelle de. **Direito, democracia e risco.** Vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 159.

2 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 376.

3 JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 45.

Desse modo, a perda da função primordial da lei como fonte primária de produção normativa, sua “descentralização” como critério diretamente de validade formal e material das diversas “peças” que integram o ordenamento jurídico, provocou a consagração do valor primordial da Constituição, cujo caráter de norma suprema é agora elevado como elemento articulador da totalidade do ordenamento jurídico.

Assim, em uma sociedade maleável e surpreendente, como a pós-moderna, são necessárias as Constituições como mecanismos de estabilização e controle das mudanças sociais, como adverte Dieter Grimm⁴:

En las sociedades modernas casi todo es cambiante, pero sólo un cierto grado resulta suportable en cambios simultáneos o abruptos. Las constituciones estabilizan la relación entre continuidad y cambio a la vez que institucionalizan una mayor continuidad tanto en el plano de los principios y el procedimiento como en de su realización y concreción.

A palavra de ordem é, portanto, *constitucionalização*. É fato que, conforme observa Lênio Streck, há um salto paradigmático, evoluindo-se de um legalismo rasteiro – que reduzia o elemento central do direito a um conceito estrito de lei ou a um conceito abstrato-universalizante de norma – para uma concepção de legalidade que só se constitui sob o manto da constitucionalidade.⁵

4 GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 201.

5 STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 79.

Paolo Comanducci⁶, com autoridade, ressalta:

Se trata de un proceso al término del cual el derecho es ‘impregnado’, ‘saturado’ o ‘embebido’ por la Constitución: un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos.

Para ele, as principais condições para a constitucionalização são a rigidez da Constituição, que deve incorporar os direitos fundamentais; sua garantia jurisdicional e força vinculante, a aplicação direta das normas constitucionais e a interpretação constitucionalizante das leis.⁷

No Brasil, uma das vozes mais atuantes na defesa do *constitucionalismo* como a solução para os tempos contemporâneos é de Luis Roberto Barroso. Segundo ele⁸, o pós-positivismo “inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito.”

6 COMANDUCCI, Paolo. Constitucionalización y neoconstitucionalismo. In: _____. **Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 86-87.

7 COMANDUCCI, loc. cit.

8 BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, Ano I, Vol. 1, n.º 6, set. 2001, p. 19.

Vive-se, portanto, a era da força invasora da Constituição⁹, de um resgate da essência dos valores da sociedade e da efetividade dos direitos constitucionais. Neste sentido, o Direito só será válido e legítimo quando estiver em consonância com a Constituição e sua carga principiológica.¹⁰ Assim é que a Carta Magna deve ultrapassar a “[...] mera retórica política ditada pelos fatores reais do poder, de caráter orientador ou meramente programático”¹¹, para passar a ter uma efetiva força normativa vinculante. E tal, como é curial, influencia diretamente o trato dos processos judiciais.

3. A tutela constitucional do processo

O processo não é apenas um instrumento técnico; é, sobretudo, ético.¹² Daí porque a sua atividade neste generoso cenário de constitucionalização e consagração dos direitos e garantias fundamentais é inconteste. Assim é que, com o passar dos anos, o processo viu-se iluminado pelos

9 MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo**: a invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008, p. 48.

10 COSTA LYRA, Francisco Dias da. Direito Penal, Constituição e Hermenêutica: pela superação do positivismo jurídico e a possibilidade do acontecer do direito num ambiente de neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 19, n. 91, jul./ago. 2011, p. 37.

11 CARMO DA SILVA, Edimar. **O princípio acusatório e o devido processo legal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010, p. 56.

12 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 79.

progressos constitucionais¹³; e, de forma clara, a ideia de democracia, insculpida na Constituição, atravessa o seu ambiente estrutural, contaminando-o positivamente de diversos modos, em diferentes momentos.¹⁴

Como um mecanismo de inegável importância em um Estado Democrático de Direito, suas diretrizes foram, naturalmente, erigidas a direitos fundamentais, passando a encontrar guarida constitucional. Assim, cada vez mais, fala-se em constitucionalização do processo. É certo, pois, que a Constituição é o instrumento jurídico de que deve utilizar-se o processualista para o completo entendimento do processo e de seus princípios. De fato, “O íntimo relacionamento entre processo e Estado exige a introdução cada vez maior nos textos constitucionais de princípios e regras de direito processual.”¹⁵ Segundo Nelson Nery Junior¹⁶, o processo deve ser analisado à luz das tarefas fundamentais da Constituição – integração, organização e direção jurídica – e do caráter dirigente e diretamente aplicável dos direitos fundamentais.

13 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Panorama sobre los sistemas de enjuiciamiento penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 12, n. 50, set./out. 2004, p. 157.

14 PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 33.

15 FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 22.

16 NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 38.

José Frederico Marques afirma: “Nesse conjunto de normas e preceitos agasalhados no texto constitucional, é que a ciência processual vai haurir a seiva de que se alimentam seus postulados e regras fundamentais.”¹⁷ Com efeito, “As *regras do jogo* democrático devem ser garantidas de maneira *crítica e constitucionalizada*, até porque com ‘*Direito Fundamental*’ (e as normas processuais o são), não se transige, não se negocia, defende-se [...]”¹⁸

Sob este olhar, surge como preceito fundamental – a embasar todos os demais princípios e garantias processuais de primeira dimensão – o *devido processo legal* (CF, art. 5º, LIV), o qual “É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies.”¹⁹ Assim, entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição.²⁰

Os principais princípios constitucionais derivados da *due process* são a *isonomia* (CF, art. 5º, *caput* e I), o *juiz* e o *promotor natural* (CF, art. 5º, XXXVII e LIII), a *inafastabilidade do controle jurisdicional* (CF, art. 5º, XXXV),

17 MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Volume 1. Campinas: Bookseller, 1997, p. 80.

18 ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 71.

19 NERY JUNIOR, 2010, p. 79.

20 CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2002, p. 82.

o *contraditório* e a *ampla defesa* (CF, art. 5º, LV), a *proibição da prova ilícita* (CF, art. 5º, LVI), a *publicidade dos atos processuais* e a *motivação das decisões* (CF, art. 5º, LX e 93, IX), a *presunção de inocência* (CF, art. 5º, LVII) e a *razoável duração do processo* (CF, art. 5º, LXXVIII).

4. A constitucionalização do Processo Penal

A relação entre processo penal e Constituição é umbilical. Por isso, em consagrada passagem, Claus Roxin²¹ afirma que “*El Derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado.*” É indubitável que o Direito Processual Penal é o Direito Constitucional em movimento.²² A Constituição é “*fonte delle fonti*” do processo penal.²³ De fato, se é certo que todo o processo deve ser constitucionalizado, com muito mais razão o processo penal. É cediço que a Constituição determina muitos dos institutos básicos do processo.²⁴ Contudo, na seara processual penal o contato é ainda mais simbiótico. Assim, na persecução penal, deve-se sempre ter em conta o *telos* dos direitos fundamentais, o que Pablo Lucas Verdu²⁵ chamou de “*sentimiento constitu-*

21 ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003, p. 10.

22 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Volume 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 32.

23 SIRACUSANO, Delfino *et alii*. **Elementi di diritto processuale penale**. 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2007, p. 5.

24 BARACHO, José Alfredo de. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 122.

25 VERDU, Pablo Lucas. **El sentimiento constitucional** (aproximacion

cional.” É obrigatória, pois, uma “harmonia conteudística” entre o Código de Processo Penal e a Lei Fundamental.²⁶

A íntima relação entre a Constituição e o processo penal decorre da constatação de que, em essência, ambas lidam com a proteção de direitos fundamentais²⁷, os quais existem, dentre outros motivos, pela própria natureza política do processo.²⁸ Logo, a análise constitucional do processo penal – o qual pode ser comparado a uma “*sensibilíssima bandeira ao vento das mudanças sociais*”²⁹ – é uma exigência não só metodológica e jurídica, mas igualmente político-institucional.³⁰ No processo penal constitucional, “as normas são enfocadas a partir da matriz contida no texto magno, acabando o processo por adquirir uma feição para além da técnica, muito mais politizada e sem dúvida com outro compromisso ético.”³¹

al estudio del sentir constitucional como modo de integracion politica). Madrid: Reus S.A., 1985, p. 179.

26 ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 157.

27 PRADO, 2006, p. 41.

28 PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Artur. **A Constituição e o Processo Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 13.

29 LOUREIRO, Flávia Noversa. A (i)mutabilidade do paradigma processual penal respeitante aos direitos fundamentais em pleno século XXI. In: MONTE, Mário Ferreira *et alii*. (coord.). **Que futuro para o Direito Processual Penal?** Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 269.

30 PRADO, 2006, p. 43.

31 CHOUKR, Fauzi Hassan. A ordem constitucional e o processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 2, n. 8, out./dez. 1994, p. 57.

É possível afirmar, portanto, que o Direito Processual Penal é verdadeiramente um *Direito Constitucional aplicado*, numa dupla dimensão: os seus fundamentos são, simultaneamente, os alicerces constitucionais do Estado e conformam a regulamentação processual penal de natureza infraconstitucional.³²

Os direitos e garantias constitucionais são o alicerce para equilibrar – ou tentar equilibrar – a confrontação entre Estado e indivíduo. Ocorre que os personagens do processo penal são desiguais. Tal qual o confronto entre *Davi* e *Golias* é a batalha entre réu e Estado. De um lado, o Estado-acusador, um *Golias* possuidor de um aparato de poder, que detém – ainda que por órgãos distintos – as funções de investigar, acusar, decidir e executar penas. De outro, um réu – *Davi* – pessoa física que se defende das investidas de um gigante. Eis a importância da Constituição como garantidora de um processo capaz de tornar justa essa luta.

Conforme a lição de Luiz Antônio Câmara³³:

[...] talvez em nenhum outro ramo do Direito se vejam tantos reflexos da Constituição quanto no processo penal. A ligação estreita com a matriz constitucional é facilmente explicável: não há ou-

32 ANTUNES, Maria João. Direito Processual Penal – “Direito Constitucional aplicado”. In: MONTE, Mário Ferreira *et alii.*(coord.). **Que futuro para o Direito Processual Penal?** Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 746.

33 CÂMARA, Luiz Antônio. **Medidas cautelares pessoais: prisão e liberdade provisória.** 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 35.

tro momento da vida coletiva em que o indivíduo se coloque tão à mercê do Estado como quando é criminalmente acusado.

A relevância da Constituição para o processo penal já era anunciada, no Brasil, há mais de cinquenta anos, conforme se extrai das palavras de João Mendes de Almeida Júnior³⁴:

O processo criminal tem seus princípios, suas regras, suas leis: princípios fundamentalmente consagrados nas constituições políticas; regras cientificamente deduzidas da natureza das coisas; leis formalmente dispostas para exercer sobre os juízes um despotismo salutar, que lhes imponha, quase mecanicamente, a imparcialidade. [...] As leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo são as atualidades das garantias constitucionais.

A Constituição é, pois, o ponto de partida e de chegada do processo penal. E tal caminho não é fácil. A história do Direito Processual Penal sempre foi caracterizada por um binômio de difícil conciliação: de um lado, os direitos e liberdades individuais; de outro, o interesse público de efetividade e eficiência na intervenção penal. Busca-se, portanto, “[...] *la síntesis entre la eficacia de la intervención punitiva y la salvaguardia en grado máximo de las libertades del ciudadano.*”³⁵ Deve-se conciliar “[...] as garantias

34 ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1959, p. 13.

35 ROXIN, Claus. **Pasado, presente y futuro del derecho procesal**

necessárias à conservação da ordem na sociedade com as garantias ao mesmo tempo reclamadas pela liberdade individual.”³⁶ É indiscutível, portanto, que *“El Derecho, como sistema de garantías individuales y sociales, debe procurar armonizarlas de forma tal que persona y comunidad, como polos dialécticos de la estructura social, se co-determinen sin anularse [...]”*³⁷

Esse é o entendimento de Américo Bedê Júnior³⁸:

Verifica-se, então, o dilema existencial do processo penal: efetividade da coerção penal x direitos fundamentais, sendo que, para se obter uma maior efetividade daquela, é necessária a limitação destes. Ao revés, ampliá-los importa inviabilizar a efetividade da coerção. Procura-se, assim, desesperadamente, um ponto de equilíbrio, pois em um Estado Democrático e de Direito, como o nosso, os fins nunca justificam os meios, devendo, portanto, a eficácia da coerção penal ser buscada com ética e respeito ao conteúdo mínimo dos direitos e garantias fundamentais.

Eis, portanto, o conflito intrínseco do processo penal, *“que se revela en su doble finalidad, inevitablemente con-*

penal. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 200.

36 ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 12.

37 SEGUÍ, Ernesto. **Limites al poder punitivo, coercitivo y normativo del Estado.** Rosario: Juris, 1993, p. 64.

38 BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal.** Entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 24.

*flitiva, de realizar el derecho penal sin menosprecio de los derechos fundamentales del imputado.”*³⁹

Não se trata de tarefa fácil. A integral harmonia entre eficiência penal e direitos e garantias individuais beira o impossível.⁴⁰ Contudo, não se pode afirmar que são paradigmas incompatíveis.⁴¹ Com efeito, é possível um direito que assegure *eficiência com garantismo*.⁴²

Neste sentido:

O pressuposto básico para que se busque a construção de um modelo processual encontra-se na possibilidade de conciliar as necessidades de garantia do cidadão com as não menos necessárias funcionalidade e eficiência do sistema jurídico-penal.⁴³

A pedra de toque do processo penal ideal é a preservação dos direitos e garantias individuais. A eficiên-

39 PASTOR, Daniel. Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 13, n. 52, jan./fev. 2005, p. 205.

40 MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 14, n. 59, mar./abr. 2006, p. 249.

41 GRINOVER, Ada Pellegrini. Influência do Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América na legislação latino-americana. Convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 1, n. 1, jan./mar. 1993, p. 62.

42 FERNANDES, Antônio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 16, n. 70, jan./fev. 2008, p. 232.

43 SANTANA, Selma Pereira de. A tensão dialética entre os ideais de “garantia”, “eficiência” e “funcionalidade.” **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 13, n. 52, jan./fev. 2005, p. 268.

cia da persecução penal, por todos almejada, encontra limites nos direitos fundamentais do acusado. É possível, sim, um processo penal eficiente, desde que o seja igualmente garantista.

Conforme Antônio Scarance Fernandes⁴⁴:

Será eficiente o processo que, em tempo razoável, permitir atingir-se um resultado justo, seja possibilitando aos órgãos da persecução penal agir para fazer atuar o direito punitivo, seja assegurando ao acusado as garantias do devido processo legal.

Neste cenário de preservação incondicional dos direitos fundamentais e constitucionalização do processo penal, a palavra de ordem é *garantismo*. Com efeito, “O garantismo no processo penal representa a efetivação das garantias do devido processo legal, nos prismas subjetivo e objetivo: como garantias das partes, essencialmente ao acusado, e como garantias do justo processo.”⁴⁵ Não há dúvidas que “*La democracia demanda un sistema penal y un tipo de proceso – o unos tipos de proceso, - que la expresen y correspondan: el garantismo sería su signo característico.*”⁴⁶

Segundo o pensamento garantista, os direitos fundamentais são intangíveis e ficam na esfera do não-decidível. A visão garantista deslegitima qualquer modelo que colo-

44 FERNANDES, op. cit., p. 234.

45 FERNANDES, loc. cit.

46 GARCIA RAMÍREZ, 2004, p. 153.

ca a “defesa social” acima dos direitos e garantias individuais.⁴⁷ Por isso é que “[...] *el garantismo de los derechos fundamentales no es más que la otra cara, por decir así, del constitucionalismo.*”⁴⁸ Entende-se, pois, que o exercício legítimo do poder punitivo deve ser implementado de acordo com os princípios éticos adotados expressa ou implicitamente na Carta Constitucional.⁴⁹

Surgida na cultura jurídica italiana no final da década de 1970, a doutrina do *garantismo* originou-se como resposta teórica à legislação de emergência que, à época, reduziu, de diferentes formas, o sistema de garantias processuais.⁵⁰ Seu maior expoente, Luigi Ferrajoli, sustenta tratar-se de um parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva.⁵¹ Em uma primeira acepção, é um modelo normativo de Direito; pode ser entendido, igualmente, como uma teoria jurídica de validade e eficácia das normas; finalmente, compreende-se como uma verdadeira filosofia política imposta ao Direito.⁵²

A teoria do *garantismo* tem campo fértil tanto no Direito Penal quanto no Direito Processual Penal. Naque-

47 BUENO DE CARVALHO, Amilton; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 19.

48 FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 65.

49 PRADO, 2006, p. 1.

50 FERRAJOLI, op. cit., p. 61.

51 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. 8. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 851.

52 Ibid., p. 852-853.

le, estão insertas questões tais como os princípios da legalidade e da *ultima ratio*. No campo processual, fala-se das garantias do processo, chamadas de *orgânicas* por Luigi Ferrajoli. Assim é que “O direito penal e o processual penal passam a ser compreendidos, portanto, como lei do mais fraco, em alternativa à lei do mais forte, que vigeria na sua ausência.”⁵³

Conforme adverte José Antonio Paganella Boschi⁵⁴, é um grave equívoco afirmar-se que o *approach* garantista expressa uma opção pela impunidade. Em lúcida ponderação, observa:

Em verdade, o garantismo apenas exige que o *jus puniendi* se efetive obedientemente ao devido processo legal e a todos os princípios constitucionais e legais dele decorrentes, que veiculam os valores fundamentais do Estado Democrático de Direito, nomeadamente, o da dignidade da pessoa humana. Nada mais.

Na mesma esteira, Luis Arroyo Zapatero⁵⁵ critica aqueles que entendem estar-se vivendo num momento de certa “orgia garantista”. Conforme observa, o Estado, por melhor que pareça, é sempre Estado e tende ao excesso.

53 BUENO DE CARVALHO, 2008, p. 20.

54 BOSCHI, José Antonio Paganella. O devido processo legal: escudo de proteção do acusado e a práxis pretoriana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 14, n. 58, jan./fev. 2006, p.236-237.

55 ARROYO ZAPATERO, Luis. A harmonização internacional do Direito Penal: ideias e processos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 18, n. 84, mai./jun. 2010, p. 59.

Assim, afirma que todo esforço para “encapsular” esse poder estatal é justo e necessário.

Portanto, sob o enfoque do processo penal, o garantismo postula o acatamento irrestrito da Constituição e a aplicação efetiva de sua garantia máxima: o processo.⁵⁶ De fato, o próprio processo torna-se uma garantia. Conforme Eugênio Pacelli de Oliveira, “A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado.”⁵⁷

Aury Lopes Junior⁵⁸ observa:

O processo não pode mais ser visto como simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com a impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí porque somente se admite sua existência quando ao desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).

56 ALVARADO VELLOSO, Adolfo. **El garantismo procesal**. Rosario: Juris, 2010, p. 98.

57 PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 8.

58 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 72.

A consequência desta nova concepção de processo penal é estrutural: o acusado passa a ser *sujeito* de direitos, e não mais o mero *objeto* de uma persecução penal. O procedimento criminal deixa de ser um simples *aparato instrumental* para uma provável condenação – uma espécie de *via crucis* do acusado – para se tornar uma *garantia* do réu de se ver julgado de forma independente, imparcial, justa e com obediência a todos os princípios processuais. Alternar-se, portanto, de um processo penal *reduutivo-punitivo* para um processo penal *holístico-garantista*.⁵⁹

Novamente, é oportuna a transcrição de Claus Roxin⁶⁰:

El reconocimiento de derechos fundamentales precedentes al Estado tuvo como consecuencia que el imputado fuera reconocido como sujeto del proceso y fuera dotado de derechos autónomos, de los cuales los más importantes fueron el derecho al respeto de la dignidad humana y el derecho amplio a la defensa.

Logo, o Direito Processual Penal tem que assegurar que todos os métodos estatais usados no processo se encontrem em harmonia com uma forma processualmente válida e com respeito pelos direitos fundamentais.⁶¹ E, como base capaz de sustentar este novo modelo, está o *sistema*

59 FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 52.

60 ROXIN, 2003, p. 11.

61 VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 24.

acusatório, considerado como um verdadeiro sistema de democracia processual.⁶² Afinal, “Mais do que acusatório, o modelo tem que ser democrático.”⁶³

Com efeito, a eleição ideológica do sistema acusatório é uma consequência natural das influências do princípio democrático em relação ao direito.⁶⁴ Somente ele torna possível a efetivação do garantismo no processo penal. No infindável debate entre os sistemas inquisitivo e acusatório, é elementar que apenas este é compatível com um processo penal democrático e constitucional. Daí a conclusão de Alberto Bovino⁶⁵:

[...] la única opción posible, si pretendemos establecer un procedimiento penal que no vulnere las exigencias mínimas del Estado de derecho, consiste en la transformación de las prácticas de la justicia penal a través de la realización de los principios sustanciales derivadas del sistema acusatorio.

O sistema acusatório tem por base o princípio dialético. Suas principais características, segundo Paolo Toni-

62 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, Curitiba, n. 39, nov. 2010, p. 206.

63 MARTINS, Rui Cunha. O processo feito sistema, uma batalha da democracia brasileira na galáxia do direito. *In*: BONATO, Gilson (coord.). **Processo penal, Constituição e crítica**. Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 763.

64 PRADO, 2006, p. 34.

65 BOVINO, Alberto. **Los principios políticos del procedimiento penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 2009, p. 38.

ni⁶⁶, são a iniciativa probatória das partes, o contraditório, a oralidade, o limite de admissibilidade das provas, a presunção de inocência e o limite à custódia cautelar. Além destas, José Antônio Barreiros acrescenta a imparcialidade do julgador e a publicidade.⁶⁷ E, talvez a mais importante de todas as características é lembrada por Roberto Falcone: “[...] *la rígida separación del juez de la acusación.*”⁶⁸

Em suma:

*Es un método bilateral en cual dos sujetos naturalmente desiguales discuten pacíficamente en situación de igualdad jurídica asegurada por un tercero que actúa al efecto en carácter de autoridad, dirigiendo y regulando el debate para, llegado el caso, sentenciar la pretensión discutida.*⁶⁹

Em notável síntese, Franco Cordero⁷⁰ afirma que o referido sistema “*Es un espectáculo dialéctico, una lucha atlética, un combate abierto*”, no qual “*el proceso se presenta insensible a la sobrecarga ideológica de donde se deriva la observación inquisitorial.*” Por isso, é a estrutura acusatória – democrática e de base constitucional – que

66 TONINI, Paolo. **Lineamenti di Diritto Processuale Penale**. 5. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2007, p. 4-5.

67 BARREIROS, José Antônio. **Processo Penal**. Coimbra: Livraria Almedina, 1981, p. 12.

68 FALCONE, Roberto A. **Las garantías del imputado frente a la persecución penal estatal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, p. 53.

69 ALVARADO VELLOSO, 2010, p. 30.

70 CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo I. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 2000, p. 86.

permite um processo penal garantista, apto a tornar efetivos os direitos e garantias fundamentais.⁷¹

O Direito Processual Penal chegou ao novo século afastando-se do modelo inquisitivo de outrora. Não há mais unidade entre julgador e acusador; a prisão processual não é a regra; a publicidade do procedimento garante sua transparência e a ampla defesa e o contraditório permitem um processo justo. Vive-se, pois, a era de um processo penal democrático, iluminado pelos preceitos constitucionais e embebido do sistema acusatório. Um processo penal garantista, portanto.

5. A realidade brasileira

No Brasil, a situação é notoriamente paradoxal. O Código de Processo Penal brasileiro data de 1941, época do Estado Novo de Getúlio Vargas (1937-1945), e traz consigo uma carga de autoritarismo e inquisitorialidade, eis que baseado no ideário fascista italiano. A Constituição Federal de 1988, por sua vez, tem em seu bojo uma *redenção* dos direitos e garantias individuais, negados durante décadas à população brasileira. O processo penal brasileiro vive, assim, uma *crise de identidade*: precisa seguir o desejado rumo constitucional, garantista e acusatório, utilizando-se de um instrumento ultrapassado e ideologicamente antagônico, como o é o Código de Processo Penal.

71 GRINOVER, Ada Pellegrini. A reforma do Código de Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 8, n. 31, jul./set. 2000, p. 65-66.

Neste sentido, Fauzi Hassan Choukr⁷² assevera:

O Código de Processo Penal teria sobrevivido a todos os textos anteriores, sem embargo de sua essência, até a entrada em vigor do atual texto constitucional, fruto de um longo processo de superação (ao menos formal) da ditadura, e que culminou com a Carta de 1988, riquíssima em princípios processuais e organização judiciária e que adotou entre nós, de forma explícita, o modelo acusatório. Pode-se, então, afirmar que a situação brasileira é de marcante contradição. De um lado o texto constitucional com os valores acima mencionados; por outro lado o Código de Processo Penal, com seus resquícios inquisitivos.

O Código de Processo Penal de 1941 deita raízes notoriamente autoritárias, pois foi inspirado na legislação processual penal italiana (*Código Rocco*) que vigia nos anos de 1930, época do regime fascista liderado por Benito Mussolini. Com efeito, tal texto normativo “ [...] foi parido sob a égide de um outro momento sociopolítico e de estrutura altamente autoritária, além de mal construído tecnicamente.”⁷³ Tal constatação explica, assim, sua estrutura marcadamente inquisitória: “O sistema processual penal brasileiro atual, assentado no CPP de 41 (cópia do *Codice Rocco*, da Itália, de 1930, o fascista Vincenzo Manzini na dianteira), tem por base

72 CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal à luz da constituição**. Bauru: EDIPRO, 1999, p. 16.

73 CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 5.

– e sempre teve – a estrutura *inquisitorial*.”⁷⁴

Walter Nunes da Silva Júnior assinala⁷⁵:

Seguindo a linha do Código de Processo Penal italiano de 1930 de índole fascista, o Código de 1941, além de se apresentar mais como um *estatuto repressivo* do que como um *estatuto das liberdades*, com perfil nitidamente policialesco, concebeu um sistema processual marcadamente burocrático, com o viés inquisitivo bastante acentuado.

No mesmo sentido conclui José Frederico Marques⁷⁶, quando afirma que o atual Código de Processo Penal

[...] não deixou de sentir os influxos autoritários do Estado Novo. A exemplo do que se fizera na Itália fascista, esqueceram os nossos legisladores do papel relevante das formas procedimentais no processo penal e, sob o pretexto de pôr cobro a formalismos prejudiciais, estruturou as nulidades sob princípios não condizentes com as garantias necessárias ao acusado, além de ter feito com um lamentável confucionismo e absoluta falta de técnica.

A influência política da época foi marcante. O Estado Novo caracterizou-se como um dos períodos mais autoritários na história política do Brasil, com objetivos, entre ou-

74 COUTINHO, 2010, p. 197.

75 SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal**: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principais modificações do júri. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 1.

76 MARQUES, 1997, p. 108.

tros, de perseguição, censura e centralização do Governo. A legislação era criada como um instrumento de controle social, para garantir a ideologia da lei e da ordem. Com um *pano de fundo* nacionalista e fascista, a época era propícia para um processo penal antidemocrático e opressor.

Segundo Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho⁷⁷:

O Código de Processo Penal vigente (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941), vindo a lume em pleno Estado Novo, em que a intervenção do Estado na esfera privada foi dramaticamente ampliada, demonstrando o traço político que o marcou, não estava, como não poderia estar, livre das influências políticas da época, constitucionalizadas pela Carta de 1937.

A essência inquisitória e de desprezo aos direitos e garantias fundamentais já é notada na Exposição de Motivos. Nela, há expressa preferência à tutela social, ainda que em detrimento dos direitos do indivíduo. Vale a referência à seguinte passagem:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. [...] Urge que seja abolida a injustificável primazia do

77 CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **Processo Penal e Constituição**. Princípios constitucionais do Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1.

interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum.⁷⁸

Percebe-se, pois, que “ [...] o atual código continua com os vícios de 60 anos atrás, maculando em muitos dos seus dispositivos o sistema acusatório, não tutelando satisfatoriamente direitos e garantias fundamentais do acusado [...]”.⁷⁹ Não é preciso muito esforço para se constatar a completa antinomia de tal orientação com o ideário garantista e democrático da Constituição da República de 1988. Esta – a *constituição cidadã* – surgiu após um longo período de ditadura militar e de desprezo pelo repertório de direitos e garantias fundamentais, e é resultado de uma perspectiva democrática e “[...] da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo de proteção da dignidade da pessoa”.⁸⁰

No âmbito do processo penal, a mudança foi radical. A Constituição da República chamou para si a responsabilidade de conduzir uma *revolução copérnica* do Direito Processual Penal. É de se observar que, dos 78 (setenta e oito) incisos do art. 5º da Constituição, 40 (quarenta) dizem respeito à ciência criminal e, desses, a maioria é estrita-

78 BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Exposição de Motivos. Código Penal, Código de Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal, Constituição Federal. Organização de Luiz Flávio Gomes. 14. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

79 ANDRADE MOREIRA, Rômulo de. A reforma do Código de Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 9, n. 36, out./dez. 2001, p. 135-136.

80 MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 221.

mente de natureza processual.⁸¹ Com efeito, demonstra-se que “A Constituição de 1988 tratou a persecução penal com o zelo de quem edifica algo novo, em substituição a uma ordem positiva superada pelo desuso do figurino autoritário que a inspirou [...]”.⁸² É inegável que “[...] as principais orientações acerca do funcionamento do processo penal e do *standard* procedimental estão na Carta de 88.”⁸³ O processo penal no Brasil torna-se, então, constitucional.

Este processo é bem demonstrado por Walter Nunes da Silva Júnior⁸⁴:

No Brasil, o resgate dessa concepção do processo penal somente se fez sentir na segunda metade dos anos 80, notadamente após a promulgação da Constituição de 1988, na medida em que os direitos fundamentais ganharam *força normativa e hierarquia superior às regras jurídicas*, passando a desempenhar *função hegemônica* em nosso

81 SCANDELARI, Gustavo Britta. Os atos jurisdicionais penais e sua vinculação às garantias constitucionais. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de (org.). **O novo processo penal à luz da Constituição**: (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 183.

82 CHOUKR, Fauzi Hassan. A ordem constitucional e o processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 2, n. 8, out./dez. 1994, p. 57.

83 PRADO, Geraldo. A reforma processual penal brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 10, n. 40, out./dez. 2002, p. 147.

84 SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal**: teoria (constitucional) do processo penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 3.

sistema, e não apenas integrativa das lacunas do Direito, como era antes, circunstâncias que levam à assertiva de que seja mais apropriado falar em *teoria constitucional do processo penal* do que propriamente em teoria do processo penal.

A transformação é de essência e de paradigma. Muda-se a ideologia do processo penal. Com efeito, “[...] muita coisa mudou entre o Código de 1941 e a Constituição de 1988; a alteração foi de estrutura, foi subjacente, o que provoca uma ruptura de grande monta que deita raízes na estrutura jurídico-política.”⁸⁵ De fato:

Depois de longa e sofrida vigência de uma codificação caduca em seus pontos estruturais – o CPP de 1941 –, a Constituição de 1988 não poderia ser mais bem vinda. E, por todas as suas virtudes, na instituição de garantias individuais e no estabelecimento de uma ordem jurídica fundada na afirmação e proteção dos direitos fundamentais, há de se manter bem viva.⁸⁶

É certo que, até o presente momento, o Código de Processo Penal continua vigendo, apesar de várias modificações pontuais e apropriadas.⁸⁷ Não obstante, até mesmo

85 CASTANHO DE CARVALHO, 2009, p. 3.

86 PACELLI DE OLIVEIRA, Eugenio. **Processo e Hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1.

87 Dentre os textos legislativos posteriores a 1988 que alteraram o Código de Processo Penal vale a referência, por exemplo, à Lei 10.792/2003 (que alterou o procedimento do interrogatório), Lei 11.689/2008 (que trouxe modificações no procedimento do Júri), Lei 11.690/2008 (com alterações no regime de provas), Lei 11.719/2008 (que instituiu novas regras para os

em razão da hierarquia das normas, é necessária uma análise constitucional de todo o arcabouço de regras processuais penais. A constitucionalização do processo penal é medida que se impõe urgentemente. Com efeito, *“A ciência do processo penal brasileiro inicia o século XXI com pelo menos uma grande pretensão de certeza: a de que não é mais possível empreender qualquer pesquisa dogmática apartada do referencial constitucional.”*⁸⁸

Sobre o tema, assevera Eugênio Pacelli de Oliveira⁸⁹:

Para nós, não é mais admissível compreender e muito menos seguir aplicando o processo penal sem a filtragem constitucional. O Código de Processo Penal de 1941 não está superado apenas pelo tempo; está superado também por força da incompatibilidade normativa com o texto de 1988, em cujo bojo construiu-se um sistema de garantias individuais com abrangência suficiente para fazer evaporar diversos dispositivos do nosso CPP.

Conclui-se, pois, que “[...] o Código de Processo Penal brasileiro não pode mais ser interpretado à luz dos princípios de uma ordem jurídica superada.”⁹⁰ A lei processual penal brasileira pertence a um período de exceção, no qual as liberdades públicas eram cerceadas pelo

procedimentos ordinário e sumário) e Lei 12.403/2011 (que modificou a aplicação das medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro).

88 PACELLI DE OLIVEIRA, 2009, p. 1.

89 PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 4.

90 CASTANHO DE CARVALHO, 2009, p. 3.

regime então vigente. Se é certo que o atual Código conseguiu superar o milênio, igualmente correto que sua sobrevivência somente é possível com a harmonização aos ditames constitucionais.⁹¹

Não obstante as louváveis reformas ocorridas no ano de 2008, é fato que o Código de Processo Penal ainda tem inúmeras facetas do sistema inquisitivo. O Projeto de Lei n.º 156, do Senado Federal, atualmente tramitando na Câmara dos Deputados, tenta, corajosamente, instituindo um novo e progressista estatuto, adequar o procedimento criminal aos ditames e à essência da *lei fundamental* da República.

Contudo, tal qual malabaristas, os operadores do Direito ainda trabalham entre um texto constitucional garantista e uma norma infraconstitucional autoritária. E, infelizmente, como adverte Lenio Streck, “*há um certo fascínio pelo Direito infraconstitucional, a ponto de se ‘adaptar’ a Constituição às leis ordinárias... Enfim, continuamos a olhar o novo com os olhos do velho*”.⁹²

A significativa mudança apontada encontra, pois, alguma resistência, sobretudo hermenêutica. Isso porque, não raro, interpreta-se o texto constitucional, que é hierarquicamente superior, à luz do Código de Processo Penal:

91 RANGEL, Paulo. **O processo penal e a violência urbana**. Uma abordagem crítica construtiva à luz da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 24.

92 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 30-31.

No confronto entre realidades tão distintas, ainda se vê prevalecer, sobretudo e de modo particular no processo penal, uma interpretação ainda mais atrelada ao perfil da legislação de 1941 do que às transformações inauguradas pela nova ordem constitucional de 1988.⁹³

Isso precisa ser mudado. O erro hermenêutico é evidente. O Código de Processo Penal é hierarquicamente inferior à Constituição, ideologicamente antagônico a ela e cronologicamente anterior. Torna-se óbvio, pois, que quem deve se submeter ao regramento constitucional é a legislação infraconstitucional.

Conforme observa Aury Lopes Júnior⁹⁴:

[...] o processo penal deve ser lido à luz da Constituição e não ao contrário. Os dispositivos do Código de Processo Penal é que devem ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas na nossa atual Carta, sem que os direitos fundamentais nela insculpidos sejam interpretados de forma restritiva para se encaixar nos limites autoritários do Código de Processo Penal de 1941.

Eis, portanto, a resolução do problema apresentado: no Brasil, a prevalência da Constituição deve ser ainda mais atendida frente ao caráter inquisitivo do atual Código de Processo Penal. É este que deve adequar-se aos ditames constitucionais, e não o inverso.

93 PACELLI DE OLIVEIRA, 2010, p. 2.

94 LOPES JUNIOR, 2012, p. 73.

6. Conclusão

A Constituição é o instrumento jurídico de que deve se utilizar o processualista para o completo entendimento do processo e seus princípios. Trata-se da principal fonte do processo penal. O *sentimento constitucional* deve impregnar todos os atores, atos e diligências do processo, devendo os operadores jurídicos buscar sempre o *espírito da Constituição*. Os direitos e garantias da lei fundamental são o alicerce na busca do equilíbrio entre Estado e indivíduo. A eficácia da persecução penal encontra limites nos direitos fundamentais do acusado.

O processo penal brasileiro vive uma *crise de identidade*, pois precisa seguir o desejado rumo constitucional, mas está estabelecido em um Código ultrapassado e ideologicamente antagônico aos valores e exigências da lei fundamental. Assim, é imperioso que a interpretação do processo penal brasileiro seja feita sempre de forma sistêmica: toda e qualquer norma infraconstitucional deve passar pelo filtro constitucional. Somente assim será possível vislumbrar um processo penal democrático, acusatório e garantista.

Referências

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1959.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. **El garantismo procesal**. Rosario: Juris, 2010.

ANDRADE MOREIRA, Rômulo de. A reforma do Código de Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 9, n. 36, out./dez. 2001.

ANTUNES, Maria João. Direito Processual Penal – “Direito Constitucional aplicado”. *In*: MONTE, Mário Ferreira *et alii.*(coord.). **Que futuro para o Direito Processual Penal?** Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ARROYO ZAPATERO, Luis. A harmonização internacional do Direito Penal: ideias e processos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 18, n. 84, mai./jun. 2010.

BARACHO, José Alfredo de. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARREIROS, José Antônio. **Processo Penal**. Coimbra: Livraria Almedina, 1981.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, Ano I, Vol. 1, n.º 6, set. 2001.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal**. Entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BOSCHI, José Antonio Paganella. O devido processo legal: escudo de proteção do acusado e a práxis pretoriana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 14, n. 58, jan./fev. 2006.

BOVINO, Alberto. **Los principios políticos del procedimiento penal.** Buenos Aires: Del Puerto, 2009.

BUENO DE CARVALHO, Amilton; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CÂMARA, Luiz Antônio. **Medidas cautelares pessoais: prisão e liberdade provisória.** 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARMO DA SILVA, Edimar. **O princípio acusatório e o devido processo legal.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **Processo Penal e Constituição.** Princípios constitucionais do Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CHOUKR, Fauzi Hassan. A ordem constitucional e o processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 2, n. 8, out./dez. 1994.

_____. **Processo penal à luz da constituição.** Bauru: EDIPRO, 1999.

_____. **Garantias constitucionais na investigação criminal.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COMANDUCCI, Paolo. Constitucionalización y neoconstitucionalismo. *In: _____*. **Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo I. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 2000.

COSTA LYRA, Francisco Dias da. Direito Penal, Constituição e Hermenêutica: pela superação do positivismo jurídico e a possibilidade do acontecer do direito num ambiente de neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 19, n. 91, jul./ago. 2011.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, Curitiba, n. 39, nov. 2010.

FALCONE, Roberto A. **Las garantías del imputado frente a la persecución penal estatal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 16, n. 70, jan./fev. 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

_____. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. 8. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Panorama sobre los sistemas de enjuiciamiento penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 12, n. 50, set./out. 2004.

GIORGI, Rafaelle de. **Direito, democracia e risco**. Vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Influência do Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América na legislação latino-americana. Convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 1, n. 1, jan./mar. 1993.

_____. A reforma do Código de Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 8, n. 31, jul./set. 2000.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOUREIRO, Flávia Novera. A (i)mutabilidade do paradigma processual penal respeitante aos direitos fundamentais em pleno século XXI. *In*: MONTE, Mário Ferreira *et alii*. (coord.). **Que futuro para o Direito Processual Penal?** Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 14, n. 59, mar./abr. 2006.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Volume 1. Campinas: Bookseller, 1997.

MARTINS, Rui Cunha. O processo feito sistema, uma batalha da democracia brasileira na galáxia do direito. *In*: BONATO, Gilson (coord.). **Processo penal, Constituição e crítica**. Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Processo e Hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PASTOR, Daniel. Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 13, n. 52, jan./fev. 2005.

PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Artur. **A Constituição e o Processo Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. A reforma processual penal brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 10, n. 40, out./dez. 2002.

RANGEL, Paulo. **O processo penal e a violência urbana**. Uma abordagem crítica construtiva à luz da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal.** Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

_____. **Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal.** Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao processo penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SANTANA, Selma Pereira de. A tensão dialética entre os ideais de “garantia”, “eficiência” e “funcionalidade.” **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 13, n. 52, jan./fev. 2005.

SCANDELARI, Gustavo Britta. Os atos jurisdicionais penais e sua vinculação às garantias constitucionais. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de (org.). **O novo processo penal à luz da Constituição:** (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SEGUÍ, Ernesto. **Limites al poder punitivo, coercitivo y normativo del Estado.** Rosario: Juris, 1993.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal:** inovações aos procedimentos ordiná-

rio e sumário, com o novo regime das provas e principais modificações do júri. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SIRACUSANO, Delfino *et alii*. **Elementi di diritto processuale penale.** 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TONINI, Paolo. **Lineamenti di Diritto Processuale Penale.** 5. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** Volume 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

VERDU, Pablo Lucas. **El sentimiento constitucional** (aproximacion al estudio del sentir constitucional como modo de integracion politica). Madrid: Reus S.A., 1985.

VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal.** Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL E PROPRIEDADE INDUSTRIAL: O TESTE 360° DE CONFUSÃO DE MARCAS COMO METODOLOGIA DE ANÁLISE DE CONFLITOS

Marcelo Mazzola

Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Perito judicial. Advogado e sócio de Dannemann Siemsen Advogados.

Filipe Fonteles Cabral

Mestrando em Direito Empresarial pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Advogado e sócio de Dannemann Siemsen Advogados

Resumo: Pretende-se demonstrar a evolução da jurisprudência e a importância do Teste 360° de confusão de marcas como auxílio ao trabalho de fundamentação do juiz e como método pericial para análises técnicas em ações de propriedade industrial.

Palavras-chave: dever de fundamentação – método pericial – Teste 360° de confusão de marcas.

Sumário: 1. Introdução. 2. O princípio do contraditório. 3. Dever de fundamentação judicial. 4. O Teste 360° como metodologia pericial. 5. A base teórica do Teste 360°. 6. Aplicação prática do Teste 360°. 7. Conclusão.

1. Introdução

Dentro da perspectiva de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o novo Código de Processo Civil (CPC/15) positivou consagrados princípios constitucionais, como a inafastabilidade da jurisdição, o contraditório, a isonomia, a duração razoável do processo, a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a eficiência e publicidade, entre outros.

A vontade do legislador de aplicar verniz constitucional ao processo civil está evidenciada logo no art. 1º do novo diploma processual. Desse modo, o texto constitucional se torna, definitivamente, o centro de gravidade do sistema jurídico.

Em razão das dimensões reduzidas deste artigo, iremos analisar sucintamente o princípio do contraditório, que traz a reboque o dever de fundamentação do juiz.

Nesse particular, enfocaremos o dever de fundamentação judicial nas ações de infração e de nulidade de mar-

cas, demonstrando que a jurisprudência consagrou o Teste 360° de confusão de marcas como importante ferramenta de densificação argumentativa.

Também demonstraremos que o referido estudo pode ser utilizado como método pericial em ações dessa natureza, facilitando e otimizando o trabalho do profissional responsável pela produção da prova técnica.

2. O princípio do contraditório

A noção de contraditório pode ser extraída de diferentes passagens bíblicas.

No livro do Gênesis (3:9), por exemplo, antes de julgar Adão pelo fato de ter comido o fruto proibido oferecido por Eva, Deus indagou “Onde estás?” para, então, depois de sua explicação, mandar-lhe embora do Jardim do Éden. O mesmo proceder foi adotado por Deus ao ouvir Caim, antes de condená-lo pelo fratricídio mais famoso de todos os tempos.¹

De textos do filósofo grego Plutarco também se colhem alguns ensinamentos: “antes de causar danos à pessoa, olhar em sua face e ouvir as razões que usa” e “antes de haver ouvido um e outro, não dar sentença sobre sua lide”.²

1 Gênesis 4: 8-9 – “Disse, porém, Caim a seu irmão Abel: ‘Vamos para o campo’. Quando estavam lá, Caim atacou seu irmão Abel e o matou. Então o Senhor perguntou a Caim: ‘Onde está seu irmão Abel?’ Respondeu ele: ‘Não sei; sou eu o responsável por meu irmão?’”.

2 PICARDI, Nicola. *Audiat et altera pars*: as matrizes histórico-culturais do contraditório. In: *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 130.

Tais registros históricos desnudam a importância da participação das partes na construção do pronunciamento judicial, confirmando que a cognição não é uma atividade reduzida à racionalidade isolada do julgador, assim como o conhecimento não é algo que possa ser compreendido intelectualmente de maneira solitária, fora da intersubjetividade.³

Na verdade, o contraditório é o princípio fundamental do processo, sua força motriz e garantia suprema.⁴ Ao longo do tempo, a noção de contraditório foi se transformando e sofrendo mutações, bastando lembrar que, no período romano, os imperadores decidiam com o polegar para cima ou para baixo e sem dizer os motivos.⁵

Com a consolidação do Estado Democrático de Direito, o contraditório passou a ser compreendido não apenas como o direito de participar do procedimento, de ouvir e de ser ouvido (direito de informação-reação), mas sim de influenciar o diálogo – o direito de defender-se provando⁶ – e de influir ativamente na construção do

3 GUERRA FILHO. *Teoria processual da constituição*. 3ª ed. São Paulo: RCS, 2007, p. 196-197.

4 CALAMANDREI, Piero. *Processo e Democrazia*. Padova: Cedam, 1954, p. 148.

5 ROSA, Alexandre Morais. É preciso fugir dos dribles retóricos da decisão judicial. DISPONÍVEL EM [HTTP://WWW.CONJUR.COM.BR/2016-SET-09/LIMITE-PENAL-PRECISO-FUGIR-DRIBLES-RETORICOS-DECISAO-JUDICIAL](http://WWW.CONJUR.COM.BR/2016-SET-09/LIMITE-PENAL-PRECISO-FUGIR-DRIBLES-RETORICOS-DECISAO-JUDICIAL). ACESSO EM 27.06.2017.

6 GRECO, Leonardo. A prova no Processo Civil: do Código de 1973 até o novo Código Civil. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 374, 2004, p. 183-199.

pronunciamento judicial (*Einwirkungsmöglichkeit*).⁷ O chamado contraditório-influência.

Nessa ressignificação do princípio do contraditório – projeção processual do princípio da participação democrática –, o que se busca é um diálogo capaz de construir uma ponte sobre o abismo de comunicação que separa a atividade das partes e a atividade judicante do juiz.⁸

Consagra-se, então, a ideia do contraditório como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial – verdadeira “*cardine della ricerca dialettica*”⁹ –, e não mera regra formal para a validade da decisão.¹⁰

3. Dever de fundamentação judicial

Como dito, o CPC/15 alçou o contraditório a princípio infraconstitucional (arts. 7º, 9º e 10),¹¹ reforçando o dever

7 TROCKER, Nicolás. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 370.

8 GRECO, Leonardo. O Acesso ao Direito e à Justiça. In: *Estudos de Direito Processual*. Col. Jose do Patrocínio. Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 212.

9 PICARDI, Nicola. Audiatur et altera pars: le matrici storico-culturali del contraddittorio. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 21-22.

10 DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual civil: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 198, ago./2011, p. 219.

11 O juiz deve observar o “efetivo contraditório” (art. 7º) e não pode proferir nenhuma decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida (art. 9º). Além disso, está impedido de decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às

de fundamentação das decisões judiciais (arts. 11 e 489, § 1º, na linha do art. 93, IX, da CF).

Faz todo sentido, eis que o contraditório participativo¹² se conecta diretamente com a fundamentação das decisões judiciais, já que este é o momento em que o magistrado pode demonstrar que considerou toda a atividade argumentativa e probatória desenvolvida pelas partes capaz de influir na sua decisão.¹³

Com efeito, a fundamentação não pode ser considerada adequada se o contraditório não puder ser exercido.¹⁴

partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício (art. 10).

12 O contraditório participativo deve ser respeitado e observado em todas as fases do processo. O CPC/15, por exemplo, positivou a necessidade de o juiz intimar o embargado para se manifestar sobre os embargos de declaração, “caso seu acolhimento implique modificação da decisão embargada”. (art. 1.023, § 2º). Além disso, regulou a necessidade de citação do sujeito passivo da desconsideração da personalidade jurídica (art. 135), bem como prevê a intimação do réu para apresentar contrarrazões de apelação em caso de improcedência liminar do pedido (art. 332, § 4º). Nada obstante, prevê o contraditório prévio e efetivo para permitir a coisa julgada da questão prejudicial (art. 503, § 1º, II). Vide também outros dispositivos do CPC/15 que consagram a importância do contraditório: arts. 98, VIII, 115, 329, II, 350, 372, 432, 457, § 3º, 526, § 1º, 596, 619, 628, § 1º, 637, 638, 641, 722, 728, 754, 792, § 4º, 808, 817, parágrafo único, 818, 819, parágrafo único, 862, § 1º, 869, *caput* e § 4º, 872, § 2º, 874, 920, I, 921, § 5º, 962, § 2º, 1.009, § 2º, 1.036, § 2º e 1.037, § 11.

13 GRECO, Leonardo. Os Juizados Especiais como tutela diferenciada. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Vol. III. Janeiro a Junho de 2009.

14 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela do contraditório no novo Código de Processo Civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Vol. 17. Número 1. Janeiro a Junho de 2016, p. 170.

Nas palavras de Teresa Arruda Alvim, o nexo de ligação entre os conceitos é evidente porque “a motivação das decisões judiciais constitui o último momento de manifestação do direito ao contraditório”.¹⁵

Nesse quadrante, o artigo 369 do CPC/15 estabelece que as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e **influir eficazmente na convicção do juiz**, devendo o julgador apreciar a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e **indicar na decisão as razões da formação de seu convencimento** (art. 371).

Note-se que o CPC/15 excluiu o advérbio “livremente” que constava do art. 131 do CPC/73, corroborando a necessidade de fundamentação judicial. Assim, o livre convencimento cede espaço à convicção motivada, impedindo o juiz, por exemplo, de invocar conceitos jurídicos indeterminados “sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso” (art. 489, § 1º, II).¹⁶ Em outras palavras, não são permitidos vazios lógicos entre a premissa e a conclusão.¹⁷

15 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 389.

16 Como afirma Lenio Streck, a decisão “não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada (...) decidir não é sinônimo de escolher.” (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decidir conforme a minha consciência?* 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 106-107).

17 No mesmo sentido GRAMSTRUP, Erik Frederico; THAMAY, Rennan

Já era tempo, pois, como pondera Humberto Theodoro Jr., técnicas como da proporcionalidade e princípios como a dignidade da pessoa humana, boa-fé, supremacia do interesse público, entre outros, não podem ser vistos como uma forma moderna de se dizer “em nome de Deus”.¹⁸

Vale registrar que o dever de fundamentação está capilarizado ao longo do CPC/15 (arts. 12, § 2º, IX, 173, § 2º, 370, parágrafo único, 373, § 1º, 426, 489, §§ 1º e 2º, 647, parágrafo único, 919, § 2º, 927, § 4º, 980, parágrafo único, 1.013, § 4º, 1.021, § 4º, 1.026, § 2º e 1.067 (que deu nova redação ao artigo 215 do Código Eleitoral – vide especialmente o § 6º) e se aplica a qualquer pronunciamento judicial com carga valorativa.

Em resumo, a fundamentação é a ferramenta que revela ao público as justificativas racionais das escolhas judiciais.¹⁹ É um ato de responsabilidade, sobretudo porque o

Faria Krüger. Motivação das decisões judiciais. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 267, maio/2017, p. 116.

18 THEODORO JR., Humberto. Breves Considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 189, nov./2010, p. 9.

19 BRANDÃO, Antonio Augusto Pires. O reforço do dever de fundamentação das decisões como fator de legitimação da atividade judicial. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 258, ago./2016, p. 25. Afirma-se também que “o controle da fundamentação pela sociedade, embora seja uma ficção, é uma ficção da qual depende a legitimidade das decisões jurisdicionais (...) a decisão judicial precisa ser uma resposta àquilo que foi apresentado pelas partes, e essa resposta sequer chega a existir se o conteúdo do que é decidido for meramente uma exaltação dos motivos

juiz não pode ser o intérprete de si mesmo.

No novo diploma processual, o legislador foi além e elencou um rol de situações em que a decisão judicial não se considera fundamentada (art. 489, § 1º, I a VI). Uma espécie de roteiro a ser seguido pelos juízes, com o objetivo de dar concretude ao contraditório-influência e conferir legitimidade democrática ao pronunciamento.²⁰

Assim, não será considerada fundamentada a decisão judicial que a) se limitar a indicar determinado artigo de lei sem fazer a correlação com o caso concreto; b) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo de sua incidência no caso; c) invocar motivos que serviriam para embasar qualquer outra decisão; d) não enfrentar os argumentos deduzidos no processo capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgador; e) se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem demonstrar sua pertinência à hipótese em discussão; e f) deixar de seguir enunciado de súmula ou precedente invocado pela parte,

pelos quais a decisão foi tomada, sem menção àqueles pelos quais não foi outra a conclusão do julgador. Isso não é fundamentar, mas sim explicar a decisão”. (SCHMITZ, Leonardo Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 213-214 e 246-247).

20 Recentemente, a Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública dos Juizados Especiais/RS anulou, de ofício, sentença proferida pela magistrada de primeiro grau, que transcreveu na íntegra a sentença de outra colega, “a fim de evitar desnecessária tautologia”. (Recurso Inominado nº 71006489231, Rel. Des. Rosane Ramos de Oliveira Michels, DJe 08.02.2017). De acordo com a relatora, a sentença não continha os próprios “fundamentos” (art. 489, II, do CPC/15).

sem demonstrar a existência de distinção no caso concreto ou superação do entendimento.

Com isso, a partir de agora – embora isso já devesse ser a regra –, caso os magistrados não queiram ver suas decisões anuladas por falta de fundamentação, deverão observar o roteiro delineado no art. 489, § 1º e seus incisos, do CPC/15.

Consequentemente, não há mais espaço para decisões lacônicas (“Diante da presença dos elementos autorizadores da medida, defiro a tutela”) ou embasadas em conceitos jurídicos vagos (“Em nome da ordem pública e da dignidade da pessoa humana, condeno”), e também aquelas claramente padronizadas que serviriam para qualquer ação, sem enfrentamento das peculiaridades do caso concreto.

A alteração merece aplausos e tem o condão de impedir a prolação de decisões superficiais e com déficit de fundamentação, especialmente em ações de infração e de nulidade de marca, em que a magnitude econômica da discussão, a complexidade do tema e as consequências de eventual ordem de abstenção de uso ou de cancelamento de um registro marcário exigem prudência e uma fundamentação com maior densidade por parte dos julgadores.

Até porque, muitas vezes o maior ativo de uma empresa é a sua própria marca.

Em demandas dessa natureza, existem ferramentas capazes de auxiliar os juízes na fundamentação da respectiva decisão, minimizando a possibilidade de sua posterior anulação, por suposta inobservância a uma das hipóteses do artigo 489, § 1º, do CPC/15.

Uma dessas ferramentas é o Manual de Marcas do Instituto Nacional de Propriedade Industrial,²¹ que estabelece, dentre outras coisas, as diretrizes para a análise de registrabilidade do sinal marcário. Por se tratar de um documento expedido pela própria Autarquia responsável pela concessão de registros marcários, suas disposições, se aplicáveis, podem ser incorporadas na fundamentação das decisões judiciais.

Outra ferramenta valiosa é a metodologia proposta por GAMA CERQUEIRA, na década de 1980²², que dispõe alguns critérios para a análise da possibilidade de confusão de marcas.

Também vale mencionar as parametrizações utilizadas nos EUA – como, por exemplo, o Polaroid Factors²³

21 Disponível em http://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/Manual_de_Marcas.

22 “A possibilidade de confusão deve ser apreciada pela impressão de conjunto deixada pelas marcas, quando examinadas sucessivamente, sem apurar as suas diferenças, levando-se em conta não só o grau de atenção do consumidor comum e as circunstâncias em que normalmente se adquire o produto, como também a sua natureza e o meio em que o seu consumo é habitual”. CERQUEIRA, Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*. v. 2. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.919.

23 Polaroid Corp. v. Polarad Electronics Corp, 287 F. 2d 492 (2nd Cir.).

–, que trazem conceitos interessantes sob a perspectiva do *common law* e do sistema declaratório de direitos de marca adotado naquele país.

No Brasil, onde vige o sistema atributivo de direitos de marcas, foi criado o Teste 360° de Confusão de Marcas,²⁴ cuja aplicabilidade já foi reconhecida pelo STJ²⁵ e que estabelece 7 (sete) critérios a serem observados no momento de avaliação da possibilidade de confusão entre dois signos distintivos.

4. O Teste 360° como metodologia pericial

Além de funcionar como ferramenta para auxiliar o magistrado na fundamentação de decisões, outro terreno fértil para aplicação do Teste 360° é o da produção da prova pericial em ações de infração e de nulidade de marcas.²⁶

Isso porque, inovando em relação ao código revogado, o CPC determina expressamente que o laudo pericial deve conter, além da exposição do objeto da perícia; da análise técnica ou científica realizada pelo perito e da resposta conclusiva a todos os quesitos apresentados pelo juiz, pelas partes e pelo órgão do Ministério Público, “**a indicação do**

24 MAZZOLA, Marcelo; CABRAL, Filipe Fonteles. O Teste 360° de confusão de marcas. *Revista da EMERJ*, nº 69, junho/julho/agosto de 2015, p. 129-155.

25 STJ, AgRg no REsp nº 1.346.089/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJe 14.05.2015.

26 Em ações de concorrência desleal também é possível a aplicação do Teste 360°, sobretudo quando envolver a análise de aspectos distintivos.

método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou” (art. 473, III).

Nota-se claramente uma preocupação do legislador em regulamentar a forma e o conteúdo do laudo pericial.

Vale registrar que o perito também deve apresentar sua fundamentação em linguagem simples e com coerência lógica, indicando como alcançou suas conclusões (art. 473, § 1º).

Por sua vez, o juiz apreciará a prova pericial, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, **levando em conta o método utilizado pelo perito.**

Nesse contexto, considerando que o Teste 360º de confusão de marcas constitui “método” já chancelado pela doutrina e pela jurisprudência – como será detalhado no próximo item – não há dúvida que pode (e deve) ser utilizado em análises técnicas, permitindo que o perito siga uma lógica argumentativa calcada em elementos objetivos.

5. A base teórica do Teste 360º de confusão de marcas

O Teste 360º de confusão de marcas propõe a análise de sete critérios para que se determine a possibilidade (ou não) de convivência de dois sinais distintivos.

São eles:

- a) Grau de distintividade intrínseca das marcas;
- b) Grau de semelhança das marcas;
- c) Legitimidade ou fama do suposto infrator;
- d) Tempo de convivência das marcas no mercado;
- e) Espécie dos produtos em cotejo;
- f) Especialização do público alvo;
- g) Diluição.

Os referidos critérios foram extraídos de decisões de tribunais pátrios nos últimos 20 anos. Um ou mais desses parâmetros serviram de base para formar o convencimento de magistrados para permitir ou negar a coexistência de marcas em casos concretos.

A seguir fazemos uma sucinta explicação de cada critério, colacionando algumas decisões que motivaram a sistematização que culminou no Teste 360°:

a) **Grau de distintividade intrínseca das marcas:** como princípio basilar para a análise do escopo de proteção marcária, o primeiro passo na avaliação da confusão deve ser a análise do grau de distintividade intrínseca da marca. Quanto maior for a distintividade da marca, maior deverá ser a distância guardada em relação a marca semelhantes. Em contraposição, em princípio, marcas sugestivas devem receber proteção reduzida, suportando o ônus de convivência com sinais semelhantes. Nesse particular, vale conferir a seguinte decisão:

“O critério de apreciação da colidência das chamadas marcas fracas, dado ao seu caráter evocativo, é menos rígido do que o empregado nas hipóteses em que a anterioridade se reveste de suficiente cunho de originalidade, elemento fundamental das marcas. A semelhança material decorrente de modificações de palavras de que se originaram as marcas em confronto não pode ser erigido em colidência para impedir o registro de uma delas, sob pena de se conferir a outra a propriedade exclusiva de uma expressão de uso vulgar, evocativa dos produtos assinalados.”²⁷

b) **Grau de semelhança das marcas:** seguindo uma sequência lógica, é preciso fazer um exame comparativo dos sinais, a fim de se determinar seu grau de semelhança sob o aspecto gráfico, fonético e ideológico. Veja-se, a propósito, o acórdão abaixo:

“Anote-se, por oportuno, que em nenhum momento se cogitou de contrafação. Não se discute se recorrente e recorrida copiaram uma da outra a marca usada em seus produtos. A pretensão da recorrida, como visto, era obter a declaração de nulidade de uma marca sobre a qual, segundo entendia, tinha direito de uso exclusivo.

No entanto, faz-se aqui referência ao fato porque as marcas em disputa, apesar de utilizarem em sua composição elementos verbais idênticos (‘BELA VISTA’), têm outros elementos (desenho, cor) que

27 Tribunal Federal de Recursos, AC n° 83.540/RJ, Rel. Min. Miguel Jerônimo Ferrante, DJ 24.05.84.

as distinguem muito bem. Nesse contexto, a par de não estar caracterizada contrafação (que, repita-se, não se discute), não se evidencia probabilidade de que se venha a induzir o consumidor a erro quanto à origem dos produtos. Os elementos distintivos da marca, bem como o fato de se tratar de produtos de classes diferentes, são suficientes para que o consumidor exerça adequadamente seu direito de compra, sem se confundir. A mera circunstância de se tratar de gêneros alimentícios não é suficiente para se presumir a confusão.”²⁸

c) Legitimidade ou fama do suposto infrator: o histórico do suposto infrator também tem sido amplamente considerado pelo Judiciário como um fator relevante na balança da confusão. Sobre o tema, vale conferir as decisões abaixo:

LG x LG

“De outro lado, a inarredável notoriedade das empresas rés e de sua logomarca, constituída de uma carinha com a expressão ‘LG’, mundialmente conhecida, desconstroem, ao meu sentir, o receio do Magistrado de que os consumidores dos produtos das rés possam incorrer em erro de origem, associando tais produtos à empresa brasileira, sediada em Goiás, e que como visto na sentença só se tornou conhecida em 1999 no ramo de gerenciamento de recursos humanos.”²⁹

28 STJ, REsp 863.975/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Sidneu Beneti, DJe 16.11.2010.

29 TRF/2, AC 2006.51.01.520589-7, Segunda Turma Especializada, Rel. Des. Messod Azulay Neto, DJe 17.05.2010.

SPEEDO x SPEEDO

“Os réus têm razão na afirmação genérica de que, extinto o registro pela caducidade, o signo em princípio passa a poder ser apropriado por outra pessoa. Não se pode concluir de antemão que a nova apropriação de marca caduca seja em regra realizada com má-fé.

Entretanto, no presente caso, fica evidente que, apesar da caducidade, os réus sabiam que não houve abandono da marca em outros países, sabiam que a SPEEDO internacional continuava a produzir seus produtos e a explorar a marca ativamente em outros países. Além disso, (i) o Sr. Raul Hacker quis se apropriar da marca SPEEDO para produzir produtos previstos na classe do registro caduco, (ii) com o mesmo padrão e, o mais importante, (iii) quis passar-se ao mercado consumidor brasileiro como sendo a SPEEDO internacional. Esse é o aspecto mais marcante do comportamento do 2º Réu, desde o início e que o acompanha até hoje. A marca SPEEDO foi apropriada pelo Sr. Raul Hacker na esperança de poder crescer sob a força da imagem da Speedo Internacional.”³⁰

d) Tempo de convivência das marcas no mercado: trata-se de um comando direto da Convenção de Paris (artigo 6 *quinquies*, C, 1).³¹ Nesse ponto, são emblemáticos os seguintes arestos:

30 Processo nº 0810763-09.2010.4.02.5101, 31ª Vara Federal da Seção Judiciário do Rio de Janeiro, sentença publicada no DJe em 27.06.2014.

31 Para determinar se a marca é suscetível de proteção deverão ser levadas em consideração todas as circunstâncias de fato, particularmente a duração do uso da marca.

HERMÈS x HERMES

“Nesse ponto, inclusive, convém remarcar que as litigantes já coexistem em território nacional há muitos anos, com a mesma denominação, sem notícia de engano ou confusão do público.”³²

“PROPRIEDADE INDUSTRIAL. DIREITO DE MARCA. PRETENSÃO A EXCLUSIVIDADE. ARTS. 59 E 65.17, DA LEI 5772, DE 21.12.71.

O direito à exclusividade ao uso de marca, em decorrência de seu registro no INPI, é limitado à classe para a qual foi deferido, não abrangendo pois produtos outros, não similares, enquadrados em outras classes, excetuadas as hipóteses de marcas “notórias”.

O registro da marca “GLÓRIA”, para laticínios, em geral, classe 31.10, não impede que outra firma continue utilizando idêntica marca, **aliás desde muitos e longos anos**, para biscoitos e massas alimentícias, classe 32.10.

Recurso especial não conhecido.”³³

e) **Espécie dos produtos em cotejo**: pouco importa se os produtos e serviços se encontram na mesma classe ou em classes diferentes. Como se sabe, há classes que abrigam produtos que não possuem qualquer afinidade, assim como há inúmeras relações direitas e indiretas entre artigos de

32 STJ, AgRg no AI 850.487/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, Dje 08.02.2010.

33 STJ, REsp 14367/PR, Quarta Turma, Rel. Min. Athos Carneiro, DJ 21.09.1992.

classes distintas. Da mesma forma, não basta que o gênero seja o mesmo. A forte concorrência aliada ao perfil exigente dos consumidores levaram ao aumento exponencial do grau de especialização dos fornecedores e personalização dos canais de distribuição. Não foram poucos os casos em que o Judiciário declarou lícita a convivência de marcas semelhantes ou até idênticas que identificam produtos do mesmo gênero, como, por exemplo:

BIOMETRIX x BIOMETRIX

“Embora as empresas atuem no comércio de gêneros médicos, as classes são distintas, sendo certo que a ‘proteção limita-se às mercadorias para as quais é registrada e realmente utilizada’, não havendo que se falar em colidência, até porque não se trata de marca notória ou de alto renome, não se tendo apresentado indícios de má-fé”.³⁴

f) Grau de atenção/especialização do público alvo: produtos voltados a consumidores técnicos ou adquiridos por meio de processos de compras complexos são menos suscetíveis à confusão. Igualmente, produtos com valores de venda elevados costumam demandar ampla pesquisa e muita atenção por parte do consumidor, afastando a concorrência. Foi o que salientou o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

RIO SUMMER x RIO SUMMER

“Ademais, a atuação da Apelada se desenvolveu em seara totalmente distinta, já que a promoção

34 TJ/RJ, AC 0221546-08.2012.8.19.0001, Décima Nona Câmara Cível, Re. Des. Eduardo de Azevedo Paiva, DJ 29.11.2013.

de desfile de moda praia se limitou a divulgar estilos, em ambiente voltado para o lançamento de coleções de diversas marcas renomadas, para um público especializado, impossibilitando qualquer confusão entre os públicos-alvo das partes.”³⁵

g) **Diluição:** ao depurar o impacto que será gerado pela utilização de sinais idênticos ou semelhantes, deve-se atentar para eventuais danos ao titular anterior ou eventual aproveitamento injustificado por parte do utente posterior. Em outras palavras, é preciso aquilatar a possibilidade de corrosão da distintividade do sinal. Nesse contexto, colacionamos a seguinte decisão:

CHINA IN BOX x ASIA IN BOX

“Ao se permitir que a marca da autora (CHINA IN BOX) conviva com a marca da ré (ASIA IN BOX), se utilizando de conceito criado pela autora de “comida chinesa em caixa”, tal permissão acaba gerando redução da distintividade do signo copiado. A proximidade dos signos CHINA IN BOX e ASIA IN BOX pode ensejar confusão mercadológica, eis que o consumidor pode imaginar que a marca ASIA IN BOX seja uma ramificação da CHINA IN BOX, com o propósito de oferecer itens diferenciados de alimentação, levando o consumidor a crer que está adquirindo aquele produto/serviço já conhecido.”³⁶

35 TJ/RJ, AC 0021272-33.2009.8.19.0001, Décima Sexta Câmara Cível, Rel. Des. Mauro Mannheimer, DJ 09.11.2012.

36 TRF/2, Embargos Infringentes 2008.51.01.523618-0, Primeira Seção Especializada, Rel. Des. Marcelo Pereira da Silva, DJ 13.03.2014.

Todos os fundamentos lançados nos referidos julgados foram extraídos e organizados de forma sistemática, formando a base do Teste 360°.

Registre-se que nenhum critério deve se sobrepor aos demais, sendo certo que o resultado da avaliação de um parâmetro isoladamente não confirma nem elimina a colidência dos sinais distintivos sob exame. O grau de relevância de cada item do Teste só poderá ser sopesado pelo examinador diante do caso concreto.

6. Aplicação prática do Teste 360° de confusão de marcas

A proposta do Teste 360° como norte interpretativo no exame de conflitos de marcas tem sido bem aceita nos tribunais pátrios.

Em 2015, o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão emblemático, prestigiou e consagrou expressamente a aplicação do estudo em questão:

“FILIPE FONTELES CABRAL e MARCELO MAZZOLA, em estudo que teve como base o direito comparado, a doutrina e a jurisprudência, listaram sete critérios para a avaliação da possibilidade de confusão de marcas, por eles denominado “Teste 360°”:

- ✓ Grau de distintividade intrínseca das marcas;
- ✓ Grau de semelhança das marcas;
- ✓ Legitimidade e fama do suposto infrator;

- ✓ Tempo de convivência das marcas no mercado;
- ✓ Espécie dos produtos em cotejo;
- ✓ Especialização do público-alvo; e
- ✓ Diluição.

Segundo os autores, nenhum desses elementos deve se sobrepor aos demais, sendo certo que o resultado da avaliação de um critério isoladamente não confirma nem elimina a colidência das marcas sob exame. O grau de relevância de cada item do teste só poderá ser sopesado pelo examinador diante do caso concreto.”

(AgRg no Resp 1.346.089/RJ, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJe 14/05/2015)

Em âmbito estadual, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro vem aplicando o Teste 360° de forma sistemática.

Em ação em que se discutia eventual colidência entre duas embalagens (conflito de *trade dress*), a 1ª Câmara Cível do TJ/RJ assim se manifestou:



“Se nos utilizarmos dos sete critérios indicados no Teste 360°, podemos concluir que:

1. As marcas possuem alto grau de distintividade, tendo em vista o alto renome da marca da apelada, Neutrox, que não se diluiu no tempo mesmo após diversas cessões de uso; e, por outro lado, embora não goze do mesmo renome, a marca da apelante se encontra consolidada em algumas regiões do mercado nacional há quase quarenta anos;
2. Embora possuam semelhanças quanto ao formato e a cor, as embalagens possuem altura e largura distintas, reentrância exclusivamente na embalagem da apelante; tamanho da tampa também distinto; e, enquanto a embalagem atual da apelada é opaca e possui rótulo destacado, a da apelante é translúcida e seu rótulo impresso diretamente na embalagem;
3. Não se pode afastar a legitimidade da apelante em continuar utilizando a embalagem na forma atual, pois não se verifica ausência de boa-

- fê em quem apenas seguiu uma tendência de mercado em seu surgimento;
4. O tempo de convivência das marcas é relevante ao deslinde do presente, pois o uso concomitante de roupaagem similar ao longo das décadas revela que o consumidor está acostumado com ambas as marcas, tornando inimaginável qualquer suposta confusão, seja ela direta, indireta, por associação ou mesmo no pós-venda;
 5. Embora se trate de produtos da mesma espécie, o mercado interno é reconhecido como um dos maiores consumidores de produtos de higiene pessoal, principalmente aqueles para cuidado com os cabelos, o que permite a convivência harmônica de centenas de condicionadores em embalagens das mais variadas formas e cores, muitas similares;
 6. No quesito público alvo, não se pode negar que ambas as marcas atendem às classes C, mas a apelada não tem inserção em todo o mercado nacional, apenas em algumas de nossas regiões;
 7. Considerando que não há qualquer evidência de enriquecimento ilícito da apelante, que comercializa sua marca de condicionador de cabelo há quase quarenta anos com a mesma roupaagem, e que não há qualquer evidência de violação à unicidade ou reputação da apelada, não há falar em diluição da marca/ trade dress objeto da demanda.³⁷

37 TJ/RJ, AC 0479487-63.2011.8.19.0001, 1ª Câmara Cível, Rel. Des.

Em julgado mais recente, a 22ª Câmara Cível do TJ/RJ aplicou o Teste 360º no cotejo de duas marcas mistas cuja semelhança se apresentava majoritariamente no plano ideológico:



“Para se incorrer na violação à proteção da marca, faz-se necessário averiguar, no conjunto dos elementos visuais, a possibilidade da ocorrência de confusão ou associação entre os seus sinais componentes. Desse modo, percebe-se que não se cuida apenas de avaliar a confusão direta, ante a sua simplicidade, mas da análise de singularidades e sutilezas que possam dar guarida à crença de que o produto similar guarda a mesma confiabilidade do primeiro, ante a associação dos seus elementos, ainda que se saiba não se tratar do mesmo produto. **Para tanto, analisando a jurisprudência pátria a respeito do tema, balizada doutrina compilou critérios de julgamento num conjunto didaticamente chamado de “Teste 360º”, no qual o grau**

de relevância de cada item deve ser sopesado diante do caso em concreto.³⁸

Em outro caso interessante, envolvendo a violação de *trade dress* de duas cervejas, o Teste 360° foi invocado pelo juiz para solucionar a controvérsia e decidir o mérito. Vale registrar que o réu havia protestado pela produção da prova pericial para avaliar a semelhança de apresentação visual das cervejas, mas depois se recusou a custear o trabalho do perito, abrindo mão da prova. Diante disso, o magistrado que presidia a causa se valeu do estudo em questão para proferir sua sentença:

“Pois bem. Sem a produção de prova pericial na área de propriedade industrial, este julgador buscará outros elementos para solução da demanda. Assim, se fará breve análise da aplicação da tese doutrinária do **Teste 360° de confusão de marcas, que propõe o exame de 7 (sete) critérios para aferir a existência de confusão.**”³⁹

Como se vê, a utilização do Teste 360° como metodologia de análise de conflitos de marca já está sedimentada no âmbito do Poder Judiciário, especialmente na mais alta corte infraconstitucional do país e no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

38 TJ/RJ, AC 0485485-12.2011.8.19.0001, 22ª Câmara Cível, Rel. Des. Odete Knaack, DJe 09.03.2017.

39 Processo nº 0254911-82.2014.8.19.0001, 7ª Vara Empresarial do Estado da Capital do Rio de Janeiro, sentença publicada no DJE em 18.04.2016.

7. Conclusão

O CPC/15 densificou o contraditório, fortalecendo também o dever de fundamentação das decisões judiciais.

Nesse particular, demonstramos que, nas ações de infração e de nulidade de marcas, a jurisprudência consagrou o Teste 360° de confusão de marcas como importante ferramenta argumentativa.

Vimos também que o referido estudo pode ser utilizado como método pericial em ações dessa natureza, facilitando e otimizando o trabalho do profissional responsável pela produção da prova técnica.

Com efeito, a sistematização proposta pelo Teste 360° fornece o respaldo técnico-jurídico para que magistrados, peritos e advogados construam uma base sólida para sustentar a colidência (ou não) de dois sinais distintivos, em atenção ao dever de fundamentação.

Com isso, esperamos que as decisões judiciais em ações dessa natureza sejam cada vez mais técnicas e bem fundamentadas, com uma análise vertical e panorâmica do conflito.

Referências Bibliográficas

BRANDÃO, Antonio Augusto Pires. O reforço do dever de fundamentação das decisões como fator de legitimação da atividade judicial. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 258, ago./2016.

CALAMANDREI, Piero. *Processo e Democrazia*. Padova: Cedam, 1954.

CERQUEIRA, Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*. v. 2. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual civil: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 198, ago./2011.

GRAMSTRUP, Erik Frederico; THAMAY, Rennan Faria Krüger. Motivação das decisões judiciais. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 267, maio/2017.

GRECO, Leonardo. A prova no Processo Civil: do Código de 1973 até o novo Código Civil. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 374, 2004, p. 183-199.

GRECO, Leonardo. O Acesso ao Direito e à Justiça. In: *Estudos de Direito Processual*. Col. Jose do Patrocínio. Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. Os Juizados Especiais como tutela diferenciada. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Vol. III. Janeiro a Junho de 2009.

GUERRA FILHO. *Teoria processual da constituição*. 3ª ed. São Paulo: RCS, 2007.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela do contraditório no novo Código de Processo Civil. *Revista Ele-*

trônica de Direito Processual – REDP. Vol. 17. Número 1. Janeiro a Junho de 2016.

MAZZOLA, Marcelo; CABRAL, Filipe Fonteles. O Teste 360° de confusão de marcas. *Revista da EMERJ*, nº 69, junho/julho/agosto de 2015, p. 129-155.

PICARDI, Nicola. Audiatur et altera pars: le matrici storico-culturali del contraddittorio. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2003.

_____. *Audiatur et altera pars: as matrizes histórico-culturais do contraditório*. In: *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ROSA, Alexandre Morais. É preciso fugir dos dribles retóricos da decisão judicial. DISPONÍVEL EM [HTTP://WWW.CONJUR.COM.BR/2016-SET-09/LIMITE-PENAL-PRECISO-FUGIR-DRIBLES-RETORICOS-DECI-SAO-JUDICIAL](http://WWW.CONJUR.COM.BR/2016-SET-09/LIMITE-PENAL-PRECISO-FUGIR-DRIBLES-RETORICOS-DECI-SAO-JUDICIAL).

SCHMITZ, LEONARDO ZIESEMER. *FUNDA-MENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: A CRISE NA CONSTRUÇÃO DE RESPOSTAS NO PROCESSO CIVIL*. SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decidido conforme a minha consciência? 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

THEODORO JR., Humberto. Breves Considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência

entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 189, nov./2010.

TROCKER, Nicoló. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NAS ASSOCIAÇÕES SEM FINS ECONÔMICOS

Oksandro Gonçalves

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor titular de Direito Comercial da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Membro do Conselho Editorial da Editora Fórum. Coordenador da Revista de Direito Empresarial. Doutor em Direito Comercial - Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado.

Sumário: 1. Introdução. 2. As associações no direito brasileiro. 3. A desconsideração da personalidade jurídica. 4. A aplicação (ou não) do instituto nas associações. 4.1. Associação e sociedade empresária: uma distinção necessária. 4.2. Os limites da desconsideração da personalidade jurídica para associações: a questão dos administradores. 5. Conclusões.

1. Introdução

O presente trabalho busca enfrentar o problema da desconsideração da personalidade jurídica aplicada às associações sem fins econômicos. Embora já consolidada na doutrina e jurisprudência, o elenco de publicações acadêmicas relacionadas com o instituto revela que a abordagem do tema sob o proposto é praticamente ausente. Assim, buscando suprir ao menos em parte esta lacuna, estruturou-se o texto que ora é submetido à comunidade jurídica, compreendendo cinco tópicos.

Após esta breve introdução, o segundo tópico trata das associações no direito brasileiro, conforme regulamentadas na legislação constitucional e infraconstitucional, bem como sua configuração como o fenômeno da pessoa jurídica de direito privado.

No terceiro tópico, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é enfocada quanto a seus aspectos históricos, sua origem no direito brasileiro, a passagem do fenômeno doutrinário e pretoriano para o positivismo jurídico, seus requisitos e bases para aplicação.

No quarto tópico, discute-se a possibilidade de aplicar às associações a teoria da desconsideração, demonstrando que, apesar da personificação, é preciso sopesar o alcance da distinção entre associação e sociedade, pois foi sobre esta última que a teoria foi constituída, uma estrutura jurídica que se difere bastante da primeira. No mesmo contexto, enfrentam-se os limites da aplicação da teoria às

associações, demonstrando-se que a natureza dos vínculos e ausência de fins econômicos acaba por repercutir decisivamente sobre a sua aplicação nestas entidades.

2. As associações no direito brasileiro

A Constituição Federal de 1988 declara expressamente a liberdade de associação para fins lícitos.¹

No plano infraconstitucional, a matéria é regulada pelo Código Civil que, no seu art. 44, estabelece que as associações são pessoas jurídicas de direito privado. A regulamentação mais detalhada está prevista nos artigos 53 a 60.

O primeiro aspecto a salientar é que as associações são formadas a partir da união de pessoas vinculadas por algum elemento de interesse comum como, por exemplo, de índole cultural, esportiva ou religiosa, sem finalidade econômica. Sua constituição se opera mediante um estatuto que conterà os seguintes elementos mínimos: a denominação, os fins e a sede da associação; os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados; os direitos e deveres dos associados; as fontes de recursos para sua manutenção; o modo de constituição e de funcionamento dos órgãos deliberativos; as condições para a alteração das disposições estatutárias e para sua dissolução; e a forma de gestão

¹ Art. 5º, inciso XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; (...)

administrativa e de aprovação das respectivas contas. Fixados os limites mínimos, há em favor da associação plena liberdade para definir os demais aspectos e regras para manutenção de seus vínculos.

Rodrigo Xavier Leonardo sustenta que o ato constitutivo das associações é um negócio jurídico plurilateral, complexo e organizativo. Afirma que no caso das sociedades “não se encontra razão suficiente para deixar de explicá-las como contratos”, mas que nas associações isso não é possível. Para o autor o ato constitutivo da associação não tem natureza contratual, embora seja um negócio jurídico que teria natureza unitária “de suporte fático complexo e não um negócio jurídico composto por outros negócios jurídicos. Não se trata, portanto, de um negócio jurídico plurilateral constituído por negócios jurídicos unilaterais”. E, para arrematar a diferenciação das associações para sociedades, afirma o mesmo autor que embora haja semelhança, nas sociedades o “elemento individual mantém-se presente durante todo o desenvolvimento eficaz da sociedade”, ao passo que na associação isso não ocorre.²

2 LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 181 a 183. O autor ainda destaca que a liberdade de constituição de uma associação é diferente da liberdade para constituição de uma sociedade, pois a primeira deriva da liberdade econômica dos indivíduos, da liberdade de iniciativa, enquanto a segunda deriva da dignidade da pessoa humana, projetando-se a partir da autonomia e da autodeterminação do indivíduo. Destaca, também, que as associações estão separadas topologicamente das sociedades, embora ambas estejam na parte geral sob o título das pessoas jurídicas. Acresce, também, que o estatuto

De modo geral, as associações surgem em razão de um objetivo comum em torno do qual aquela pessoa livremente se associa por concordar com ele. O vínculo de ordem pessoal não é primordial, e sequer é levado em conta na maior parte das vezes³. Assim, por exemplo, no caso da associação de um clube recreativo qualquer pessoa pode, mediante o pagamento de uma quota de entrada, *joia* ou outra forma equivalente, adquirir o direito de usufruir das estruturas disponibilizadas pelo clube, tais como piscinas, ginásios, campos de futebol, etc.

Finalmente, o estatuto poderá estabelecer se os membros respondem ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais (art. 46, V, do Código Civil), o que confere tratamento jurídico diverso, porque a autonomia patrimonial ganha contornos mais rígidos.⁴

é uma manifestação da despatrimonialização do direito civil além das suas peculiaridades e do patrimônio da associação que não é destinado aos associados em caso de dissolução. (Ver p. 183 a 190).

3 Faz-se a ressalva, porque existem associações que limitam ou condicionam o acesso ao cumprimento de certas condições pessoais.

4 APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ASSOCIAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO CONTRA O PRESIDENTE. DESCABIMENTO. Tratando-se de sociedade sem fins lucrativos, cujo presidente é eleito por prazo determinado, descabe o redirecionamento da execução contra o mesmo, mormente porque não há qualquer previsão no estatuto da associação para a responsabilização subsidiária pelos débitos desta, além de se tratar, na hipótese, de dívida anterior à assunção na presidência. (...) (TJ-RS - AC: 70044937837 RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Data de Julgamento: 29/09/2011, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/10/2011)

Tais pontos são nucleares para o desenvolvimento do tema objeto do trabalho, como adiante se demonstra.

A partir do registro do estatuto da associação nasce uma pessoa jurídica de direito privado, autônoma e independente em relação às pessoas que a constituíram. Assim, ocorre a passagem da universalidade composta pelos associados para uma unidade,⁵ tornando-se a pessoa jurídica um sujeito de direito autônomo e independente.

Outrora presente no art. 20 do Código Civil de 1916, o princípio da autonomia patrimonial deixou de existir a partir da vigência do Código Civil de 2002, porque se trata de princípio essencial e inerente à criação da pessoa jurídica, razão pela qual entendeu o legislador ser desnecessária a positivação, até porque eventual não reconhecimento da sua existência e eficácia inviabilizaria toda a teorização acerca da pessoa jurídica.

Desse modo, a criação da pessoa jurídica permite sejam imputadas a um ente fictício formas de comportamento de caráter humano, tornando possível o desenvolvi-

5 “Toda moderna concepção de pessoa jurídica plasmou-se, por assim dizer, na confluência desses três fatores históricos: o Direito romano, o Direito germânico e o canônico. Nesse processo genético nota-se, porém, uma luta incessante entre o princípio da unidade e o da universalidade. Não se compreendia, de começo, outra coisa senão as pessoas humanas, que formavam o grupo; não se lobrigava senão a entidade na coletividade. Somente após uma evolução notável das ideias é que a coletividade se abismou para cristalizar-se na unidade, mas unidade autônoma e independente, desaparecendo, a seu turno, o valor do indivíduo, singularmente, como acontecia na universalidade”. (LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. v. 1, p. 311).

mento de relações sociais cuja complexidade se incrementa com crescente vigor no mundo atual. A principal finalidade do instituto é possibilitar o desenvolvimento econômico e social, mediante a reunião de esforços e capitais para que sejam atingidos objetivos de interesse comum, tais como, a criação de empregos, a geração de receita tributária e perspectivas de desenvolvimento social e cultural.⁶

A estes sujeitos o direito reconhece uma personalidade jurídica, tornando-os autônomos e independentes dos entes que os compõem. Neste ponto, Mota Pinto destaca a função econômico-social da personalidade jurídica:

“Os interesses respeitantes a uma pluralidade de pessoas, eventualmente a uma comunidade regional, nacional ou ao género humano, são uma realidade inegável: são os referidos interesses colectivos ou comuns. Alguns desses interesses são duradouros, excedendo a vida dos homens ou, em todo o caso, justificando a criação de uma organização estável. Para a prossecução destes interesses comuns ou colectivos e duradouros pode ser conveniente ou até imprescindível estruturar uma coordenação de bens ou de actividades pessoais dos interessados no espaço e no tempo. O tratamento jurídico desta organização de bens e pessoas como um centro autónomo de relações jurídicas permitirá alcançar com mais facilidade os interesses visados ou será mesmo a única forma de os alcançar”⁷

6 Do próprio autor, vide: GONÇALVES, Oksandro. A desconsideração da personalidade jurídica. Curitiba: Juruá, 2009 (5ª reimp), p. 29.

7 PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria geral do direito civil. Coimbra:

Da atribuição de personalidade jurídica decorre o surgimento de novo sujeito de direitos, ou seja, a constatação de que existem, além dos seres humanos, “entes susceptíveis de serem titulares de direitos e obrigações, de serem titulares de relações jurídicas”.⁸ Ao se atribuir personalidade à pessoa fictícia, estar-se-á atribuindo uma especial aptidão para a titularidade de direitos e obrigações perante a ordem jurídica, sendo que, “nas pessoas colectivas trata-se de um processo técnico de organização das relações jurídicas conexas com um dado empreendimento colectivo”,⁹ onde “todo sujeito de direito é necessariamente titular de *facto* de relações jurídicas”.¹⁰

Portanto, se uma associação é uma pessoa dotada de regular personalidade jurídica, que lhe confere autonomia patrimonial e capacidade para a titularidade de um conjunto de direitos e obrigações, tem-se a possibilidade da sua sujeição à teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

3. A desconsideração da personalidade jurídica

A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica não foi recepcionada em nosso ordenamento de forma imediata,¹¹ e tem como referência

Coimbra editora, 1996, p. 268/269.

8 *Ibidem*, p. 191.

9 *Ibidem*, p. 192.

10 *Ibidem*, *loc. cit.*

11 JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1987, p. 53.

inicial a obra de Rubens Requião,¹² que lançou o tema para toda a doutrina e jurisprudência brasileira.

O ponto inicial da sua criação é a constatação de que a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas não pode ser tomada em caráter absoluto e, por isso, o direito deveria ter um mecanismo de superação para atingir a realidade subjacente àquela apresentada pela personificação.

Desse modo, a desconsideração surge como espécie de relativização dos efeitos da autonomia patrimonial, mas restrita a casos em que houvesse a verificação de fraude ou abuso de direito em virtude da personificação. Uma de suas maiores qualidades reside na limitação dos atos desconsiderados, sem que para isso seja preciso atingir a validade dos demais atos regularmente praticados. Assim, a desconsideração é episódica¹³ e salvaguarda a personalidade, ainda que a afaste para retirar a eficácia de certos atos praticados sob o manto da personificação.

Longe de ser uma forma de desprestigiar a personalidade jurídica atribuída, ela é, antes de tudo, um mecanismo de aperfeiçoamento deste instituto ao impedir o seu uso contrário ao direito, em especial porque ela “é verdadeiro desdobramento da inafastável garantia constitucional

12 REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 410, p. 15, 1979, 12.

13 COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: RT, 1989, p. 89.

da propriedade privada¹⁴, que somente é possível se atendidos os seus pressupostos.

Por outro lado, a teoria se desenvolveu e cresceu a tal ponto que levou à confusão entre desconsideração e responsabilidade. Se de um lado é possível afirmar que a desconsideração gera a responsabilidade patrimonial de sócios e administradores, de outro lado não é possível confundir toda hipótese de responsabilidade patrimonial direta atribuída por uma norma como forma de desconsideração, como é o caso do art. 135, do Código Tributário Nacional, que trata, evidentemente, de uma hipótese de responsabilidade direta e não de desconsideração da personalidade jurídica.

Portanto, não há que confundir os dois institutos, embora estejam em alguma medida relacionados. De fato, não é o simples dano causado a credores ou terceiros que autoriza a desconsideração. Ainda que os sócios possuam patrimônio capaz de satisfazer as obrigações contraídas pela sociedade, o prejuízo causado pela sociedade que compõem não autoriza a desconsideração, sendo exigível, para tanto, estabelecer o nexo causal entre o dano e o uso fraudulento ou abusivo da pessoa jurídica. Logo, o mero inadimplemento de uma obrigação não conduz à conclusão de que seja caso de aplicação da teoria da desconsideração, pois, para tanto, é preciso verificar se o *status* de pessoa jurídica serviu para uso indevido da personalidade. Esta é condição *sine qua non* para a incidência da desconsideração.

14 *Ibidem, loc. cit.*

Como destaca Fábio Ulhoa Coelho, não é qualquer fraude ou abuso que ensejará a desconsideração, mas somente aqueles caracterizados pela utilização da autonomia subjetiva da pessoa jurídica.¹⁵

O art. 50, do Código Civil, estabelece como hipóteses de caracterização do uso abusivo da personalidade jurídica o desvio de finalidade e a confusão patrimonial. No caso de confusão patrimonial, é preciso averiguar quem foram os beneficiários dela, pois não se pode aplicar a desconsideração de forma generalizada a todos os associados. Aliás, o reconhecimento da confusão patrimonial como forma possível de abuso do direito que leva à desconsideração gerou a criação de uma teoria objetiva que parte do pressuposto de que a verificação do abuso é possível a partir da escrituração contábil, da movimentação de contas bancárias, pagamento de dívidas do sócio pela pessoa jurídica, recebimento de crédito delas, ou o inverso, o que caracteriza uma ausência de distinção capaz de separar adequadamente o todo das partes no plano patrimonial. Neste contexto, os atos mencionados como caracterizadores da confusão somente podem ser praticados pelos administradores, pois estes são os que detêm os poderes necessários conforme estabelecido no estatuto da associação.

Na hipótese de desvio de finalidade, tem-se uma situação em que a finalidade estabelecida estatutariamente não foi

15 COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 243.

observada e, por isso, é possível afastar a personalidade, todavia, deve direcionar-se apenas aos seus dirigentes, únicos responsáveis pelos atos de comando que levaram ao desvio.

Em ambas as hipóteses – desvio de finalidade e confusão – o que se tem é o uso indevido da personificação, única motivação para afastar os seus efeitos para atingir a realidade que lhe é subjacente. Neste ponto cabe uma ressalva, pois se criou em nossa doutrina a teoria maior e a teoria menor da desconsideração. No caso da teoria maior, exige-se a presença de todos os postulados tradicionais para sua aplicação. Diferentemente, a teoria menor contenta-se com o mero prejuízo para aplicar a desconsideração. Essa diferenciação decorre, basicamente, das espécies de credores envolvidos, os quais podem ser negociais ou não negociais. Os primeiros são os credores que conseguem promover tratativas e exercer a liberdade no momento da contratação das suas obrigações. Enquanto isso, os credores chamados de não negociais são aqueles em que as obrigações contratadas derivam da lei ou onde não se permite o exercício da liberdade contratual de modo pleno, citando-se, como exemplo, o caso do contrato de trabalho.

Nesse ponto, resgatam-se as bases fixadas por Rolf Serick,¹⁶ que formula as quatro proposições adiante resumidas e que, embora elaboradas na década de 50, permanecem atuais:

16 SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles: el abuso de derecho por medio de la persona jurídica*. Barcelona: Ariel, 1958, p. 242-258.

a) quando através da pessoa jurídica burla-se uma disposição legal, uma obrigação contratual ou se causa prejuízo a terceiros, existe abuso da pessoa jurídica. Somente nestes três casos é possível desconsiderar a pessoa jurídica, pois restou violado o princípio da boa fé;

b) para desconsiderar a pessoa jurídica não é suficiente alegar que esse remédio é preciso para que se cumpra a lei ou um contrato;

c) quando as normas jurídicas estabelecem situações que levam em consideração valores especificamente humanos, ou determinadas qualidades destes, então estes valores também são aplicáveis às pessoas jurídicas;

d) se a forma da pessoa jurídica é utilizada para ocultar que na realidade existe identidade entre as pessoas que intervêm em determinado ato, e para que a norma jurídica se cumpra, se requer que a identidade dos sujeitos interessados não seja puramente nominal senão efetiva, então será possível desconsiderar.

No caso da responsabilidade, esta decorre da prática de um ato ilícito ou da má administração dos negócios, o que permite concluir que, em muitos casos tratados como desconsideração, tem-se, na verdade, situações factuais de responsabilidade pessoal e direta dos gerentes e administradores que respondem pela prática de ato pessoal que conduza à responsabilização

ilimitada.¹⁷ Desse modo, o que se está sancionando é o ato do próprio administrador, embora, aparentemente, estivesse sendo praticado pela sociedade. Esta hipótese é diferente daquela em que a personalidade jurídica é utilizada de forma indevida, gerando o que se denomina de abuso de função, pois, certamente, a sua criação não se deu para a prática de atos antijurídicos.

Apesar de os administradores agirem em nome da sociedade, quando extrapolam as prerrogativas legais ou aquelas previstas no contrato ou estatuto, ferem os interesses da própria pessoa jurídica, dando margem à sua responsabilização direta. Desse modo, um dos meios para se diferenciar as hipóteses é verificar se não há outro meio legal para imputar a responsabilidade ao sócio ou administrador, quando, então, é caso de pensar na aplicação do instituto da desconsideração.

4. A aplicação (ou não) do instituto nas associações

Em uma análise perfunctória é possível defender a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica simplesmente em razão de as associações serem personificadas. Com efeito, o art. 50 do Código Civil estabelece

17 A responsabilidade pode ser penal ou patrimonial, somente interessando, ao presente estudo, esta última. Destaque-se, ainda, que a pessoa jurídica não pode ser sujeito ativo de ilícito penal, respondendo os sócios criminalmente. (ABREU, Iolanda Lopes de. *Responsabilidade patrimonial dos sócios nas sociedades comerciais de pessoas*. São Paulo, Saraiva, 1988, p. 24).

que o objetivo da desconsideração é impedir o abuso da personalidade jurídica, e as associações são figuras personificadas a partir do registro do estatuto no órgão próprio.

Todavia, a questão não é tão simples, pois existem diferenças essenciais entre as associações sem fins econômicos e as sociedades em geral, como adiante demonstrado.

4.1. Associação e sociedade empresária: uma distinção necessária

A desconsideração da personalidade jurídica foi pensada em torno das figuras das sociedades que limitam a responsabilidade dos sócios. De fato, a limitação da responsabilidade gerou o absolutismo da autonomia patrimonial que pode ser atacada através da desconsideração. Se a sociedade não limita a responsabilidade dos sócios é desnecessário pensar na desconsideração, porque o sistema de regulação da responsabilidade pelas obrigações possui regime diverso.

As associações não possuem regulação expressa no Código Civil acerca da limitação da responsabilidade limitada dos associados. Assim, o silêncio legal pode indicar tanto que respondem pelas obrigações ilimitadamente quanto o contrário. *A priori* o benefício da limitação da responsabilidade deve constar expressamente da norma, dadas as consequências importantes que produz, como, aliás, ocorre nas sociedades limitadas e anônimas. Não se nega que as associações gozam de autonomia patrimonial

em relação aos seus associados. De outro lado, contudo, como estamos na seara do direito privado, aparentemente não há óbice que o estatuto preveja expressamente a limitação, tanto que, no artigo 46, inciso V, do Código Civil, há previsão tratando da responsabilidade subsidiária.

Outro aspecto a ser salientado é o de que as sociedades empresárias, e mesmo as não empresárias (sociedades de advogados, médicos, etc.) exercem atividades econômicas que buscam obter lucro ao final de um período. Diferentemente, as associações não possuem fins econômicos, e a natureza do vínculo que une os associados está relacionada à finalidade desenvolvida por aquela. Um clube recreativo, por exemplo, tem com seus associados um vínculo em função de proporcionar àqueles um espaço para recreação que envolve todo um conjunto de instalações recreativas, esportivas, culturais, etc. Neste caso não se busca um benefício econômico, conquanto seja recomendável a busca de certo equilíbrio econômico entre as entradas e saídas de valores. Assim, pensar na aplicação da desconsideração para associações importaria admitir que a finalidade econômica, ou a sua ausência, é indiferente para sua incidência.

Entretanto, a jurisprudência dos mais variados tribunais pátrios tem se debatido acerca dessa temática, sem chegar a conclusão definitiva, conforme os julgados adiante mencionados:

- a) A favor da desconsideração da personalidade jurídica das associações sem fins lucrativos: TJ-SP - AG: 7281690300/SP, Relator: Álvaro Tor-

res Júnior, Data de Julgamento: 03/11/2008, 20ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 18/11/2008; TRT/Campinas Processo 0139700-26.2005.5.15.0049; TJ-RS - AI: 70063755300/RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Data de Julgamento: 09/03/2015, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 13/03/2015; TRT-10 - AP: 01363201102110000 DF 01363-2011-021-10-00-0 AP, Relator: Desembargadora Maria Regina Machado Guimarães, Data de Julgamento: 12/02/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: 28/02/2014 no DEJT;

b) Contrários à desconsideração da personalidade jurídica das associações sem fins lucrativos: 2ª Turma/TRT 3ª Região, AP-0001165-14.2012.5.03.0015; TRT-5 - AP: 01387009420095050221 BA 0138700-94.2009.5.05.0221, Relator: LÉA NUNES, 3ª TURMA, Data de Publicação: DJ 14/11/2014; TRT-3 - AP: 01172200310603001 0117200-90.2003.5.03.0106, Relator: Convocado Vitor Salino de Moura Eca, Quarta Turma, Data de Publicação: 10/12/2012 07/12/2012. DEJT; TRT-5 - AP: 01393001420065050030 BA 0139300-14.2006.5.05.0030, Relator: IVANA MÉRCIA NILO DE MAGALDI, 1ª TURMA, Data de Publicação: DJ 03/08/2012.

Basicamente, as decisões que afastam a desconsideração da personalidade jurídica afirmam que a ausência de finalidade lucrativa é determinante para justificar a sua não aplicação, no sentido de salvaguardar o patrimônio pessoal dos associados. Já as decisões em sentido con-

trário afirmam que o critério orientador é o da existência de personalidade jurídica, e o preenchimento dos requisitos estabelecidos na legislação de regência (por exemplo, art. 28 do CDC; art. 50 do CC, etc.), sendo indiferente o elemento lucro.

Entretanto, a questão é mais profunda. Além de inexistir a finalidade lucrativa, em caso de dissolução da associação o seu patrimônio líquido será destinado à outra entidade sem fins lucrativos que pode estar designada no estatuto, ou, em caso de omissão, ser objeto de deliberação pelos seus associados (art. 61, CC). Excepcionalmente, permite-se que os associados recebam em restituição o valor das contribuições que tenham prestado para o patrimônio da associação (art. 61, § 1º, CC). E, finalmente, caso nenhuma das duas hipóteses anteriores seja possível, o patrimônio remanescente será devolvido à Fazenda do Estado, do Distrito Federal ou da União.

Sendo assim, além da inexistência de finalidade lucrativa, há que se somar o fato de que o patrimônio porventura amealhado pela associação ao longo de sua vida não reverterá para os associados, quando muito uma restituição, ou seja, os associados não agregarão nenhum valor ao seu patrimônio particular, o que leva à reflexão de que a desconsideração da personalidade jurídica não pode ser aplicada às associações que atendam a esses comandos legais.

É preciso fazer uma distinção entre aquelas hipóteses em que a personalidade jurídica da associação é utilizada indevidamente para fins ilícitos¹⁸; daquelas em que a associação acaba por afundar-se em dívidas, fruto do desenvolvimento da sua atividade não lucrativa. Por óbvio que se a personalidade jurídica, independentemente da sua forma (associação, sociedade ou fundação), é utilizada indevidamente, então é possível aplicar a desconsideração; mas, o mesmo raciocínio não se dá quando não houver esse uso disfuncional. Referimo-nos àquelas hipóteses em que, sob o manto de uma associação, são praticados atos ilícitos com prejuízos a terceiros que não conseguem encontrar naquela o patrimônio suficiente para satisfazer seus interesses.

Logo, a ausência de fins econômicos e a natureza dos vínculos que unem os associados em torno da associação, permitem afirmar que, *a priori*, a desconsideração não atingirá o patrimônio dos associados.

18 AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA ASSOCIAÇÃO RÉ. POSSIBILIDADE. Para a aplicação do disregard doctrine é necessária a prova da presença dos pressupostos previstos no art. 50 do Código Civil. Hipótese em que restou devidamente demonstrada a **dissolução irregular da associação devedora, a qual, embora baixada junto ao cadastro nacional de pessoa jurídica, mantém suas atividades em pleno funcionamento, havendo manifesto abuso de personalidade jurídica**, impondo-se a sua desconsideração. Precedentes jurisprudenciais. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO, DE PLANO. TJ-RS - AI: 70063755300 RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Data de Julgamento: 09/03/2015, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 13/03/2015).

Assim, a partir da diferenciação entre os dois tipos de pessoas jurídicas, como regra, as associações sem fins lucrativos não podem sofrer a desconsideração da sua personalidade jurídica, desde que não tenham incidido numa das hipóteses do art. 50 do Código Civil, ou de outros dispositivos legais que tratam da matéria (art. 28, CDC; art. 4º, da Lei n. 9605/1998; art. 34, da Lei n. 12.529/2011).

Apesar de admitir-se que a desconsideração pode ser aplicada às associações sem fins econômicos, isso não significa a responsabilidade dos associados por obrigações da associação, sendo cabível analisar a questão dos administradores.

4.2. Os limites da desconsideração da personalidade jurídica para associações: a questão dos administradores.

Diferentemente dos associados, os administradores assumem papel de maior relevância na associação e, por isso, sofrem tratamento diferenciado e mais rigoroso em se tratando da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

Inicialmente, segundo o art. 54, incisos V e VII, do Código Civil, o modo de constituição e funcionamento dos órgãos deliberativos, bem como a forma de gestão administrativa e prestação de contas deverá constar do estatuto da associação.

Sendo assim, ao administrador compete utilizar o nome da associação e administrar suas atividades em prol

do objetivo para o qual foi estatuída. A jurisprudência tem se debatido em torno da responsabilidade do administrador em associação sem fins econômicos, ora admitindo, ora rejeitando a possibilidade da responsabilização.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, considerou a possibilidade da aplicação da teoria com a desconsideração da personalidade jurídica da associação sem que isso atingisse os associados, mas, tão somente, os seus dirigentes:

“As pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos ou de fins não-econômicos estão abrangidas no conceito de abuso de personalidade jurídica - Desconsideração da personalidade que não atinge seus associados, mas seus dirigentes, que a representam na forma dos estatutos”.¹⁹

De forma diferente, o Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região decidiu que, mesmo não tendo fins lucrativos, havendo relação de trabalho, é possível a desconsideração da personalidade jurídica sem ressaltar a questão dos associados.²⁰

19 TJ-SP - AG: 7281690300 SP, Relator: Álvaro Torres Júnior, Data de Julgamento: 03/11/2008, 20ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 18/11/2008.

20 AGRADO DE PETIÇÃO. ASSOCIAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. POSSIBILIDADE. Segundo a dicção do art. 50 do atual Código Civil, em caso de abuso da personalidade jurídica, pode o juiz decidir que “os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios das pessoas jurídicas”. Configurada a relação de trabalho que gerou direitos e obrigações para

Em sentido oposto, baseando-se na ausência de finalidade lucrativa, decidiu o Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região não ser possível desconsiderar a personalidade jurídica *“para responsabilizar o presidente de associação desportiva por débito trabalhista, quando resta evidenciado nos autos que se trata a agravada de uma associação sem fins econômicos, nos termos do art. 53 do Código Civil”*.²¹ O mesmo posicionamento foi aplicado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, que decidiu pela inaplicabilidade da teoria porque na associação sem fins lucrativos *“os seus sócios não auferem vantagens pecuniárias ou acréscimos econômicos ao seu patrimônio, de modo que não podem, por sua vez, suportar com os seus próprios bens o débito imputado à pessoa jurídica”*.²²

Desse modo, a jurisprudência sobre o tema pode ser assim resumida:

a) A ausência de fins lucrativos ou econômicos desautoriza a desconsideração da personalidade jurídica da associação;

ambas as partes, não pode a executada eximir-se de suas responsabilidades de cunho trabalhista ao fundamento de ser instituição sem fins lucrativos. (TRT-10 - AP: 01363201102110000 DF 01363-2011-021-10-00-0 AP, Relator: Desembargadora Maria Regina Machado Guimarães, Data de Julgamento: 12/02/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: 28/02/2014 no DEJT).

21 TRT-20 11169200200520008 SE 11169-2002-005-20-00-8, Data de Publicação: DJ/SE de 07/03/2005.

22 TRT-5 - AP: 01387009420095050221 BA 0138700-94.2009.5.05.0221, Relator: LÉA NUNES, 3ª. TURMA, Data de Publicação: DJ 14/11/2014.

b) Mesmo ausente qualquer finalidade lucrativa ou econômica é possível desconsiderar a personalidade jurídica da associação e responsabilizar os associados e dirigentes, ou, então, somente estes.

A questão da lucratividade deve ser inicialmente enfrentada, por ser o elemento fundante das hipóteses acima apresentadas. Rodrigo Xavier Leonardo destaca, neste ponto, que é preciso diferenciar finalidade lucrativa de finalidade econômica:

Mas o que seriam finalidades não econômicas?

Para responder a essa questão, em primeiro lugar, mostra-se importante diferenciar a chamada finalidade lucrativa da finalidade econômica. Note-se que o art. 53 do CC brasileiro veda às associações o desenvolvimento de escopos econômicos e não de escopos lucrativos.

A economicidade de uma entidade reflete algo maior do que a mera lucratividade. A economicidade ocorre quando há atividade voltada para a geração de riquezas que são encaminhadas à satisfação de interesses econômicos, sendo ambos passíveis de avaliação pecuniária.

Nesse campo inserem tanto as sociedades em que há apropriação dos ganhos para posterior distribuição (como ocorre na maior parte dos subtipos societários) quanto nas situações em que se busca a direta aferição desses benefícios econômicos pelos sócios (conforme ocorre nas sociedades cooperativas). Em ambos os subtipos societários

verificar-se o escopo econômico. Nas sociedades cooperativas, por exemplo, não haveria verdadeiro escopo lucrativo.

Em direito brasileiro, nada impede que a associação busque angariar lucros mediante o desenvolvimento de atividades econômicas. Muito pelo contrário. Há uma explícita tendência, sobretudo na legislação extravagante, de privilegiar as organizações associativas com potencial de autosustentação. Ademais, quando o art. 54 do CC determina que, sob pena de nulidade, o estatuto conterà as fontes de recursos para manutenção da associação indica-se, de forma implícita, a indispensabilidade de uma sustentação econômica para que os fins não econômicos possam ser atingidos. Essa fonte, não necessariamente, será limitada às contribuições dos associados.²³

Mota Pinto também trata dessa questão, ainda que de forma mais sutil:

Noutra perspectiva, porém, as associações e fundações integram uma mesma categoria, oposta às sociedades, na medida em que estas visam fins econômicos lucrativos e aquelas não.

(...)

A contrário parece resultar do artigo 157º, a possibilidade de associações com um fim de lucro econômico, embora não sujeitas ao regime dos artigos 158º e segs. Parecer, todavia, que a nota

23 LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 207/208.

referida no artigo 157º - não terem por fim o lucro econômico dos associados – realiza uma função caracterizadora do conceito de associação e não uma função limitativa. O Código Civil, sempre que nas disposições subsequentes se refere a associações “tout court”, tem em vista pessoas colectivas de fim não lucrativo.²⁴

Segundo o art. 53, do Código Civil, as associações podem se organizar para “*fins não econômicos*”, ou seja, nada menciona a respeito da lucratividade. Nas decisões mencionadas e enfrentadas não se distingue entre escopo econômico e escopo lucrativo.

Assim sendo, a expressão *para fins não econômicos* tem o sentido de ausência de economicidade, embora possa desenvolver uma atividade lucrativa que renda frutos que não serão divididos entre os associados, mas reaplicados no próprio objetivo da associação como, por exemplo, na ampliação das piscinas de uma associação recreativa.

Logo, a simples ausência da finalidade econômica ou a ausência de finalidade lucrativa não pode ser um indicador seguro para aplicação ou não da desconsideração. Por isso, Rodrigo Xavier Leonardo sustenta uma diferença entre a desconsideração de sociedades e de associações:

A legislação a respeito, frise-se bem, não traça qualquer diferenciação entre a desconsideração da personalidade jurídica de associações e socie-

24 PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria geral do direito civil. Coimbra: Coimbra editora, 1996, p. 293.

dades, ainda que ambas sejam estrutural e funcionalmente tão diferentes, conforme ressaltado ao longo deste livro.

E, nesse tema, é inevitável que novamente venha à tona a diferença entre as sociedades e associações. Isso porque, quando se desconsidera a personalidade jurídica de uma sociedade, alcança-se um contrato societário, que vincula sócios no plano obrigacional. O elemento pessoal dos sócios é marcante.

Nas associações, caso seja desconsiderada a pessoa jurídica, o que será encontrado é um negócio jurídico entre associações e associação, sem vínculos jurídicos obrigacionais entre eles, nos termos do parágrafo único ao art. 53. O elemento pessoal dos associados é disperso.

Essa diferença é fundamental.

Na sociedade o elemento pessoal dos sócios se faz e se mantém presente, antes e depois da personificação, ao contrário do que ocorre nas associações, nas quais o elemento pessoal dos associados importa pouco. (...)

Esse elemento pessoal, na desconsideração da personalidade jurídica das sociedades de pessoas transparece e se impõe na responsabilização dos sócios, na maior parte das vezes de maneira indistinta.

Nas associações, a pertinência que se estabelece com o grupo, o potencial maior número de associados e a natural dissociação entre a posição

de poder de decisão e administração da pessoa jurídica e a simples posição de pertencimento acaba por causar grandes embaraços para uma simples aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica.

A partir dessas considerações, e das decisões supra-mencionadas, é possível sustentar a possibilidade da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica nas associações, mas com ressalvas.

Um dos traços marcantes das associações é a ausência do elemento pessoal a ligar os associados entre si, pois o vínculo se dá em função dos objetivos delineados para a associação. Logo, ao contrário das sociedades (empresárias o não) em que o liame entre os sócios repercute de forma mais importante, nas associações esse vínculo é muito fraco. Carlos Roberto Gonçalves destaca esse aspecto, ao dizer que *não há, entre os membros da associação, direitos e obrigações recíprocas, nem intenção de dividir resultados*.²⁵ A ausência desses elementos vai repercutir sobre a teoria da desconsideração, pois, ainda que não se possa negar a aplicação da teoria às associações, os seus efeitos não devem recair sobre os associados, mas sobre os dirigentes que detém o efetivo comando para promover a realização de atos obrigacionais a partir do uso da personalidade jurídica.

Não há, neste ponto, que se confundir a possível existência de órgãos deliberativos e órgãos executivos. Nos

25 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: parte geral: v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 199.

primeiros, geralmente a assembleia geral, os associados tomam decisões de cunho associativo. Já os órgãos executivos buscam dar cumprimento às decisões tomadas nos órgãos deliberativos, assumindo, portanto, a responsabilidade pela repercussão das decisões tomadas e dos atos executados.

É o que se depreende do art. 47, do Código Civil, o qual estabelece que, por atos dos administradores, a pessoa jurídica se obriga, desde que exercidos nos limites dos poderes definidos estatutariamente.

Sendo assim, além da possibilidade da responsabilidade direta pela prática de atos contrários à lei, é possível também desconsiderar a personalidade jurídica e imputar aos administradores da associação a responsabilidade pelos atos praticados durante a sua gestão através do uso indevido da personificação. Não há, contudo, que se confundir um ato que gera responsabilidade direta por expressa disposição legal, daquelas hipóteses em que a responsabilidade não é manifesta e ocorre a desconsideração para imputá-la a quem praticou o ato.

Desse modo, conclui-se que é possível a aplicação da teoria da desconsideração, mas com enfoque sobre os administradores da associação.

5. Conclusões

A desconsideração da personalidade jurídica em face de ilícitos praticados por dirigentes e administradores, em proveito próprio e não da entidade, caracteri-

za autêntica lacuna na legislação, que deve ser colmatada pelos instrumentos previstos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, prevista no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Temos exemplos significativos nas associações esportivas, principalmente as ligadas a clubes de futebol, e até mesmo em fundações utilizadas como meio de lavagem de dinheiro. Sabe-se que se trata de ilícitos penais e, assim, estamos diante de duas hipóteses: (i) a aplicação estrita da lei penal; ou (ii) do instituto da desconsideração.

Quanto às fundações, compete ao Ministério Público zelar pelas mesmas, com a prerrogativa de investigar e denunciar os desvios praticados, o que atenua o caráter lacunar da legislação, ainda que não o supra plenamente. Mas quanto às associações, a lacuna é mais evidente, e assim não é possível negar a incidência da tese, porque as associações têm sua personalidade jurídica a partir do registro do seu estatuto e, portanto, estão automaticamente incluídas no rol de entidades que podem sofrer a desconsideração, a qual busca, em síntese, afastar a personalidade jurídica e atingir a realidade subjacente e protegida pelo *status* de pessoa jurídica.

Entretanto, a incidência da desconsideração pressupõe o uso disfuncional da personalidade jurídica, não se admitindo, embora existam decisões em sentido contrário, que o mero prejuízo permita sua aplicação. Assim, somente o uso abusivo ou em fraude à lei é que pode ensejar o afastamento da personalidade.

Alguns traços marcantes das associações tornam mais difícil a aplicação da tese, mas não impossível.

Primeiramente, a criação da teoria da desconsideração deu-se em função das sociedades em geral, e não das associações ou fundações. Assim, embora a premissa original seja a mesma – evitar o abuso da personalidade jurídica - e todas, sejam elas sociedades, associações ou fundações podem adquiri-la mediante o registro dos atos constitutivos, a aplicação fica prejudicada tal como inicialmente concebida.

A ausência de fins econômicos é o primeiro traço diferencial. Ao contrário das sociedades, as associações não visam lucro para os seus associados e, ainda que sejam superavitárias, o resultado será revertido em prol dos objetivos buscados pela associação e não revertida para os associados.

O segundo traço diferencial é a natureza do vínculo entre associados e associação. Não existe um elemento pessoal que ligue os associados entre si como ocorre, por exemplo, nas sociedades. Desse modo, como regra os associados não podem ser atingidos pela desconsideração da personalidade jurídica.

Entretanto, o mesmo não ocorre em relação aos dirigentes da associação. Uma vez verificadas hipóteses que configuram o abuso da personalidade jurídica, ou fraude à lei, é possível a desconsideração, mas com repercussões restritas aos dirigentes da associação e não a todos os associados indistintamente.

Portanto, conclui-se pela possibilidade da aplicação da desconsideração às associações, mas restrita aos seus dirigentes ou administradores.

Bibliografia

ABREU, Iolanda Lopes de. *Responsabilidade patrimonial dos sócios nas sociedades comerciais de pessoas*. São Paulo, Saraiva, 1988.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: RT, 1989.

COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral: v. 1*. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Oksandro. *A desconsideração da personalidade jurídica*. Curitiba: Juruá, 2009 (5ª reimp)

GONÇALVES, Oksandro. *A relativização da responsabilidade limitada dos sócios*. Belo Horizonte, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1987.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Associações sem fins econômicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 207/208.

LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. v. 1.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria geral do direito civil. Coimbra: Coimbra editora, 1996.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 410, 1979.

SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*: el abuso de derecho por medio de la persona jurídica. Barcelona: Ariel, 1958.

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

OS TRIBUNAIS SUPERIORES E A (IM)POSSIBILIDADE DE RECONHECER A INEXISTÊNCIA OU DE REVISAR ATO JURÍDICO EM DESFAVOR DO RÉU

Marion Bach

Doutoranda em Ciências Criminais pela PUC-RS, Mestre em Direito do Estado pela UFPR, Professora de Direito Penal na graduação e na pós-graduação no UNICURITIBA, na FAE e na EMAP. Advogada Criminal.

As linhas que seguem pretendem examinar julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, aos dois dias do mês de fevereiro de 2015, quando da análise do Recurso Especial n. 1.324.760/SP. A discussão é não apenas interessante, mas também polêmica – tanto assim que dividiu Ministros em votos opostos e contundentes e fez com que o Min. Rogerio Schietti Cruz expressamente registrasse que seus “longos anos de atuação no âmbito da Justiça criminal não mostraram situação tão surpreendente e preocupante quanto a ora examinada”.

O caso trata de uma revisão criminal ajuizada por familiares de condenado já falecido. Tais familiares pretendiam fosse revista a condenação prolatada pela 14ª Vara Criminal de São Paulo, que entendeu pela ocorrência do crime de ato obsceno, tipificado no art. 233 do Código Penal, em razão de ter o sentenciado “esfregado o pênis no braço de uma menina, no interior de um ônibus, em janeiro de 1957”.

Não obstante o próprio condenado já houvesse ajuizado duas revisões criminais distintas, em 1962 e 1963 – tendo sido a primeira indeferida e a segunda não conhecida -, os familiares conseguiram, posteriormente, localizar a suposta vítima, que firmou declaração no sentido de que a acusação feita à época era falsa, não tendo o ato obsceno, de fato, existido.

A revisão criminal foi conhecida e o Ministério Público opinou pela procedência do pedido. Foi, então, designado julgamento para a data de 25.10.2007. Segundo consta da certidão de julgamento, o advogado de defesa e o membro do *Parquet* sustentaram oralmente, tendo, em seguida, o Relator votado favoravelmente ao pleito, acompanhado de mais um Desembargador. Quatro outros Desembargadores, porém, votaram em sentido oposto – pela improcedência da revisão criminal, portanto -, não tendo o julgamento se encerrado naquela data em razão de pedido de adiamento por parte do Des. Pinheiro Franco.

O julgamento foi retomado em 31.01.2008, não havendo registro a respeito da presença (ou ausência) das partes.

Na certidão e no acórdão constou que “o pleito foi deferido, por unanimidade de votos”. As partes foram devidamente intimadas, mas não recorreram da decisão.

Passados quase dois anos do trânsito em julgado da decisão, um dos Desembargadores que participou da sessão de julgamento tomou conhecimento de notícias veiculadas na mídia acerca da “procedência do pleito revisional, por unanimidade de votos”. Em razão da lembrança dos votos desfavoráveis ao pedido de revisão, o Desembargador, de ofício, em 05.09.2009, suspendeu os efeitos do acórdão que (supostamente) julgara procedente a revisão criminal, obteve declaração escrita dos Desembargadores votantes, à época, no intuito de comprovar o equívoco da decisão publicada e, por fim, convocou sessão específica para retificar o julgamento, o que ocorreu em 12.11.2009.

Assim, contra essa última decisão, os familiares do condenado interpuseram Recurso Especial.

O Min. Relator no Superior Tribunal de Justiça (STJ), foi Sebastião Reis Júnior, que entendeu que os argumentos trazidos pela defesa deveriam prosperar. Importa registrar que a defesa trouxe teses subsidiárias¹, mas aqui

1 Não obstante as demais teses não sejam objeto de análise do presente estudo, são também interessantes e valem o conhecimento do leitor. Há discussão a respeito de (a) possível suspeição por parte do magistrado que se excede na linguagem e que demonstra estar, de certa maneira, emocionalmente envolvido com a causa, bem como (b) há discussão a respeito da impossibilidade do julgador condenar, quando acusação e defesa se posicionam pela absolvição, em razão dos princípios que informam o sistema processual penal acusatório.

centralizaremos a atenção no argumento principal: a possível existência de violação da coisa julgada e do princípio da segurança jurídica, em razão de uma “revisão criminal *pro societate*”.

Nesse ponto, justo que se abra parênteses para breves esclarecimentos. A revisão criminal é ação autônoma que permite que a decisão *condenatória* passada em julgado possa ser novamente questionada, seja a partir de novas provas ou novas tecnologias que possibilitam a análise de antigas provas, seja a partir da atualização do direito pelos tribunais, seja, por fim, pela possibilidade de não ter sido prestada, no julgamento anterior, a melhor jurisdição².

A revisão criminal, prevista no art. 621 do Código de Processo Penal, não conta com prazo e pode ser ajuizada a qualquer tempo, antes ou depois da extinção da pena. A principal limitação à revisão criminal, porém, é quanto às consequências para o condenado. Leia-se: a revisão pode redundar na absolvição do réu, na alteração da classificação do delito, na anulação do processo ou na diminuição da sanção. Não pode, porém, de qualquer maneira, agravar a situação anteriormente imposta.

A ação de revisão criminal, como é óbvio, não é permitida à acusação, pois o princípio da vedação da revisão *pro societate* a impediria. Absolvido o réu por sentença passada em julgado, nada mais

2 PACELLI DE OLIVEIRA, Eugenio. *Curso de Processo Penal*. 17a ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 959.

se poderá fazer em relação aos fatos então (bem ou mal) apreciados.³

E foi com fulcro nessa vedação que o Relator, Min. Sebastião Reis Júnior, votou pela procedência do recurso defensivo. Entendeu o Min. que a Corte estadual se afastou do devido processo legal, ofendendo o princípio da legalidade, da segurança jurídica, bem como violando a coisa julgada, porque, após a proclamação do resultado do julgamento e encerrada a prestação jurisdicional do Tribunal de origem, inclusive com intimação das partes sobre o acórdão que acolheu a revisão criminal, sem que qualquer delas tenha recorrido, retificou o julgamento, modificando o resultado proclamado. E o fez de modo a revogar a absolvição anteriormente proferida, constituindo numa revisão *pro societate*, inadmitida no nosso ordenamento jurídico.

Para fundamentar seu voto, o Min. trouxe à baila lições de Theotônio Negrão⁴, José Carlos Barbosa Moreira⁵, Alexandre Freitas Câmara⁶, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero⁷.

3 PACELLI DE OLIVEIRA, Eugenio. *Curso de Processo Penal*. 17a ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 959.

4 NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 41a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 478 e 800.

5 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Julgamento Colegiado – Modificação de voto após a proclamação do resultado?*. Selecções Jurídicas: jan. 2000, p. 35 e ss.

6 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Julgamento por órgão colegiado. Modificação de voto após a proclamação do resultado. Impossibilidade*. In *Escritos de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 341 e ss.

7 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo*

Aduz o referido Min., ainda, que, acaso tenha havido equívoco na máquina judiciária, devem ser apuradas as responsabilidades, mas isso não autoriza a subversão das regras do ordenamento jurídico.

Ocorre que tal voto restou vencido. O Min. Rogerio Schietti Cruz abriu divergência e prolatou decisão contundente em sentido oposto. Primeiro importa registrar que o que o Min. Sebastião Reis Júnior tratou por “equívoco”, o Min. Rogerio Schietti Cruz tratou por “fraude” – discussão na qual não adentraremos por falta de elementos para análise. Entendeu o Min. que “erros, evidentemente, justificam-se pelas raízes que têm na própria natureza humana, que é falível”, mas que não se recordava de “nenhum caso em que o acórdão de revisão criminal, na sua integralidade (resultado de julgamento, relatório e voto, tudo devidamente assinado), tenha sido manipulado de forma tão atentatória à credibilidade do Judiciário”.

Para o Min. Rogerio Schietti Cruz, a absolvição obtida mediante fraude não é realmente uma absolvição e, portanto, não merece o manto protetor da coisa julgada. Para reforçar o seu entendimento, menciona, preliminarmente, que ao sistema de invalidades processuais se aplicam todas as noções de teoria do direito acerca do plano de existência, validade e eficácia dos atos jurídicos em geral e que, por tal razão, a discussão já nasceu maculada por vício intolerável.

Civil comentado artigo por artigo. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 598.

Na sequência, traz fundamentos relacionados ao direito comparado. Aduz que a ação de revisão criminal contrária aos interesses do réu é permitida em alguns países – Alemanha, Portugal, Noruega, Suécia, Suíça, Áustria, Hungria, Rússia, Inglaterra... -, desde que reste comprovado “procedimento ilícito empregado pela defesa para obtenção do resultado favorável”. Cita, então e expressamente, o exemplo da Alemanha, “cujo § 362 da StPO (Estatuto Processual Penal) admite a revisão em prejuízo do acusado nas situações que configurem práticas ilícitas pelo réu absolvido ou por magistrado que participou do julgamento”.

Nesse ponto, considerações importantes devem ser traçadas. A primeira delas: de fato, ao sistema de invalidades processuais se aplicam todas as noções de teoria do direito acerca do plano de existência, validade e eficácia dos atos jurídicos em geral. No Brasil, através, especialmente, das lições de Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello, adota-se a *teoria da existência jurídica* traçada pelo alemão Karl Salomon Zacharie von Ligenenthal, que estabelece que

Ao sofrer a incidência de norma jurídica juridicizante, a parte relevante do suporte fático é transportada para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência. Neste plano, que é o plano do ser, entram todos os fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos. No plano da existência não se cogita de invalidade ou eficácia do fato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência. Tudo, aqui, fica circunscrito a saber se o suporte fático suficiente se compôs, dando ensejo à incidência. Naturalmente, se há falta, no suporte

fático, de elemento nuclear, mesmo completante do núcleo, o fato não tem entrada no plano da existência, donde não haver fato jurídico.⁸

Assim, é possível afirmar que um ato jurídico que se baseia *exclusivamente* em um ato falso, no sentido de que não encontra qualquer respaldo no mundo dos fatos, sequer adquire existência jurídica. Não por outra razão o Supremo Tribunal Federal (STF), em 16.05.1978, ao julgar o HC 55.901/SP, decidiu que a decisão extintiva de punibilidade transitada em julgado, baseada unicamente em certidão de óbito falsa, é juridicamente inexistente.

Nesse referido caso, o réu havia sido condenado pela prática do crime de estelionato. Houve, então, a juntada de certidão de óbito e o pedido para que se declarasse, justamente em razão da morte do agente, extinta a punibilidade. O pleito foi acolhido e foi prolatada decisão extintiva de punibilidade que, diante da ausência de recursos, transitou em julgado. Posteriormente, se descobriu a falsidade da certidão de óbito e nasceu a discussão: rescindir a coisa julgada, nessa hipótese, configuraria uma revisão criminal *pro societate*?

Decidiu o STF que não. Que, em verdade, a discussão não passava pela (im)possibilidade de revisão criminal, mas sim pelas regras gerais de existência, validade e eficácia dos atos jurídicos. Na ocasião, o Relator, Min. Cunha Peixoto trouxe passagem escrita pelo professor ita-

8 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 154.

liano Manzini, em que registra que “a improsseguibilidade da ação penal contra um defunto deriva da morte e não da autoridade da coisa julgada: a sentença nada mais faz do que tomar conhecimento do decesso e declarar-lhe as consequências”. Assim, “se a morte não ocorreu, a sentença que conheceu de um fato insubsistente e por isso mesmo juridicamente inexistente, não só porque fundado num erro de fato, como também porque não se deu a morte (...), é sentença juridicamente inexistente”⁹.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, adveio o julgamento do HC n. 84.525/MG, pelo STF, em 03.12.2004, tendo o Min. Carlos Velloso considerado que “a decisão que, com base em certidão de óbito falsa julga extinta a punibilidade do réu, pode ser revogada, dado que não gera coisa julgada em sentido estrito”.

Em 06.05.2011, quando do julgamento do HC n. 104.998/SP, pelo STF, o Relator, Min. Dias Toffoli, registrou que “aquilo que não existe no mundo dos fatos não pode existir no mundo jurídico, porque o conjunto maior é o mundo dos fatos. O mundo jurídico tem que estar dentro do mundo dos fatos. Ele não cabe fora do mundo dos fatos. Se, no mundo dos fatos, não houve o evento morte, qualquer declaração nesse sentido,

9 Some-se a isso os argumentos de ordem lógica-racional trazidos na decisão: não faz sentido o Poder Judiciário considerar o sujeito como *morto* para responder ao crime de estelionato, cuja punibilidade foi extinta pela juntada de certidão de óbito falsa, mas como *vivo* para responder ao crime de falsidade da própria certidão.

mesmo judicial, mesmo transitada em julgado, pode ser desconsiderada por qualquer um diante do que explica a teoria da existência jurídica”.

Assim, parece que o Min. Rogerio Schietti Cruz agiu com acerto ao trazer seu primeiro argumento, relacionado à *teoria da existência jurídica*. É bem verdade que a ata que registrou que os Desembargadores votaram, de modo unânime, pela procedência do pleito revisional, não retrata, em absoluto, o mundo dos fatos e nem tampouco acolhe uma possível tese defensiva: registra, em verdade, um equívoco material. Assim, a decisão que transita em julgado baseada em tal ata, de fato não gera coisa julgada em sentido estrito.

Preocupa, porém, o segundo fundamento trazido pelo Min. Rogerio Schietti Cruz, no que refere ao direito comparado. E por duas diferentes razões. Primeiro, porque, no intuito de reforçar seu entendimento, o Min. menciona ordenamentos que autorizam a revisão criminal em desfavor do réu, em determinadas situações. Não é o caso do Brasil, que *não comporta* qualquer exceção a essa vedação. Ou seja: os dispositivos estrangeiros que autorizam a revisão criminal *pro societate*, seja por qual razão for, não coadunam com a legislação brasileira¹⁰.

10 Por honestidade, necessário registrar que o Min. Rogerio Schietti Cruz registra expressamente, na sequência do voto, que “não se está a admitir uma revisão criminal *pro societate*”, mas a crítica exposta no presente estudo é que os fundamentos por ele trazidos conduzem, inevitavelmente, a essa impressão, pois trazem dispositivos estrangeiros que defendem justamente a possibilidade de revisão criminal *pro societate*.

E é por isso que os precedentes do Supremo Tribunal Federal acima mencionados, ao permitir que se desconsidere a decisão que extinguiu a punibilidade com base em certidão de óbito falsa, expressamente registraram que *não* se trata de uma exceção à vedação de revisão criminal *pro societate*: não se autorizou o desfazimento da coisa julgada em desfavor do réu, mas apenas se entendeu pela *inexistência* da coisa julgada porque baseada em fato inexistente.

Segundo, porque também na intenção de reforçar o seu voto, o Min. Rogerio Schietti Cruz conduz a sua fundamentação ao campo da “verdade” e da “moral”. Obviamente não se está aqui rejeitando que as partes possuem o dever de atuar com ética, mas se entende perigosa a assertiva do Min. de que “trata-se de um dever das partes, a quem se impõe conduta proba e reta em todas as suas intervenções no processo, pautando-se na boa-fé durante a prática de atos, vedada, por isso mesmo, a utilização de mentiras ou omissões relevantes para proveito próprio ou alheio.” Prossegue o Min. aduzindo que “logo, condutas contrárias à verdade, fraudulentas ou procrastinatórias conspurcam o objetivo publicístico e social do processo, a merecer uma resposta inibitória exemplar do Judiciário”.

É evidente que ao réu – e no presente estudo se está, desde sempre, no âmbito do direito penal –, é imposto um *limite* à ampla defesa e ao princípio da não-autoincriminação. Não é, obviamente, permitido ao réu (e ao seu defensor), por exemplo, que corrompa qualquer sujeito processual para que atue em seu favor. Do mesmo modo, não é permitido que o

réu (e seu defensor), na intenção de se defender, plante provas em desfavor de terceiros. Ainda, segundo o art. 142 do Código Penal, não se isenta o réu (e o defensor) da prática do crime de *calúnia* acaso aponte determinada pessoa como autora de delito, sabendo ser tal apontamento falso¹¹. Por fim, o STJ sumulou entendimento (Súm. 522) de que “é típica a conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial, ainda que em situação de alegada autodefesa”.

Porém, daí a querer afirmar que, para a realização da própria (ampla) defesa, qualquer fato contrário à verdade ou qualquer omissão relevante para proveito próprio, deve ser afastada e punida pelo Poder Judiciário – sugerindo que isso, inclusive, permite a desconsideração da coisa julgada (!) -, é violar perigosamente regras legais e princípios constitucionais.

Veja-se que o reconhecimento de que o direito à ampla defesa e o direito à não autoincriminação possuem *limites*, é também um reconhecimento da própria *existência* da ampla defesa e da não autoincriminação. Em outras palavras: apenas se *limita* aquilo *que se reconhece como existente*. E é fato que os direitos à ampla defesa e à não autoincriminação permitem que o réu, assim como o seu defensor, omitam fatos relevantes ou mesmo profiram declarações contrárias à verdade.

11 Estabelece o art. 142 do CP que “não constituem injúria ou difamação punível a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador”. Veja-se, assim, que a legislação deixou excluído da imunidade o crime de calúnia.

Veja-se, primeiro, que o próprio art. 142 do CP trata de imunidade conferida à parte e ao advogado (e reflete, quanto ao último, a regra constitucional disposta no art. 133 da Constituição Federal¹² e a garantia disposta no art. 7, § 2º da Lei 8.906/94¹³), e que, antes de negar a possibilidade de calúnia por parte do réu e seu defensor, *autoriza* a prática de injúria e de difamação quando a ofensa guardar relação com a causa e com o exercício profissional. A existência de tal imunidade se justifica, segundo Paulo César Busato, pelo “entendimento de que não se deve impor barreiras e constrangimentos para o exercício mais amplo das defesas das causas em juízo”¹⁴.

Interessante analisar que o próprio Min. Rogerio Schietti Cruz já entendeu, acertadamente, em voto proferido na Reclamação n. 15.574/RJ, em 15.04.2014, por afastar (inclusive) o crime de calúnia praticado por advogado no bojo de petição. Aduziu que “no que se refere aos delitos contra a honra, por meio de alegadas ofensas insertas em petições apresentadas por advogados, no exercício de suas funções, a 6ª Turma desta Corte Superior

12 Art. 133 da CF: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

13 Art. 7º, § 2º da Lei 8.906/84: “São direitos do advogado: (...) O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer”.

14 BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte especial 1*. 2a ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 271.

já decidiu no sentido de que, mesmo que o causídico se utilize de forte retórica em sua petição, é imprescindível a intenção de macular a honra”.

Veja-se, por segundo, que o réu tem o direito constitucional de permanecer calado (art. 5º, LXIII, CF). Ou seja, mesmo que o réu tenha conhecimento a respeito da existência e dos detalhes relacionados à existência de crime, é constitucionalmente autorizado a omiti-los. Por si só, a regra constitucional afasta a fundamentação exposta pelo Min. Rogério Schietti Cruz ao afirmar que “o Poder Judiciário não pode tolerar a utilização de omissões relevantes em proveito próprio”.

Mais do que direito ao silêncio, há quem defenda que, como desdobramento do princípio *nemo tenetur se detegere*, o réu tem mesmo direito à mentira.¹⁵

Nas palavras de Cordero, o acusado nada tem a temer no interrogatório. Poderá silenciar e até mentir, desde que não impute falsamente o crime a outrem. (...) Grevi refere a existência de um ‘dever moral’ do acusado de dizer a verdade, quando não exerce o direito ao silêncio, mas conclui que esse dever não é dotado de coercibilidade no plano jurídico. (...) Indaga-se, assim, se existe um direito à mentira, por parte do acusado. Na doutrina portuguesa, Manuel Lopes Maia Gonçalves salienta, a esse respeito, que a questão não tem grandes re-

15 QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 277.

percussões práticas, na medida em que, em qualquer caso, será inexigível do acusado o dever de verdade. Já Costa Andrade, embora não afirme peremptoriamente a existência do direito à mentira, traz a lume citação de Castanheira Neves, que bem define a questão: “o que ninguém exige, superadas que foram as atitudes degradantes do processo inquisitório (a recusar ao réu a qualidade de sujeito do processo e a vê-lo apenas como meio e objecto de investigação), é o heroísmo de dizer a verdade autoincriminadora.”¹⁶

Não obstante a legislação pátria não reconheça propriamente a existência do direito à mentira, não há possibilidade de impor sanção ao réu que falta com a verdade. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 68.929, em 22.10.1991, entendeu que o direito ao silêncio, constitucionalmente previsto, abrange “a prerrogativa de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal”.

Assim, é possível afirmar que o próprio STF, na contramão do que sugeriu o Min. do STJ no voto que estamos a analisar, reconhece o direito do réu em omitir informações relevantes, bem como em falsear a verdade a respeito da prática do crime.

Tal compreensão é essencial, sob pena de admitirmos – ao entender como correta a fundamentação exposta pelo

16 QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 277.

Min. Rogerio Schietti Cruz – que seja considerada inexistente a sentença que se baseia em interrogatório no qual o acusado omite informação relevante ou falseia a verdade sobre a prática delituosa (!), bem como a sentença que acolhe como verdadeiro um álibi apresentado pelo réu e que, após o trânsito em julgado, se revela inverídico (!)

Portanto, o que se pode concluir é que o Min. Rogério Schietti Cruz acerta em sua conclusão e em seu primeiro fundamento, ao aduzir que o ato jurídico (decisão) inexistente, porque baseada unicamente em fato inexistente na realidade (ata de julgamento eivada de erro material). Porém, ao reconhecer a inexistência do ato jurídico, com a conseqüente impossibilidade de formação da coisa julgada, absolutamente dispensável – e equivocada - a fundamentação apelar para o direito comparado (que traz hipóteses de revisão criminal *pro societate*, vedadas no Brasil) e para a relação entre o “compromisso com a verdade”, por parte do acusado, e a ética/moral (posto que, no Brasil, o réu possui direito ao silêncio e, limitadamente, mesmo à mentira)¹⁷.

Aliás, a incongruência na fundamentação decorre da própria teoria da existência jurídica. É que a *existência* do fato jurídico constitui premissa de que decorrem todas as demais situações que podem acontecer no mundo jurídi-

17 Isso que não adentraremos, por falta de elementos para a análise, na discussão sobre a incorreção da ata haver decorrido de mero equívoco ou de efetiva fraude.

co¹⁸. Assim, não havendo o Min. reconhecido a existência do ato jurídico, não há como discutir a sua (in)validade e (in)eficácia, por exemplo.

A discussão traçada na jurisprudência aqui escolhida como paradigmática, conduz a outras interessantes reflexões, como é o caso da abordada pelo STJ no HC 286.575/MG. Em 17.11.2014, o Min. Felix Fischer relatou decisão sobre condenado que, acusado do crime de tráfico de drogas, se atribuiu identidade falsa, de modo a esconder a existência de antecedentes criminais. A sentença, então, foi prolatada considerando a identidade falsa do réu e, assim, reconhecendo os bons antecedentes e a possibilidade de aplicação do §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Apenas a defesa recorreu da decisão.

Em sede recursal, porém, restou comprovado o ardil utilizado pelo réu, tendo sido apurada a sua real identificação, bem como demonstrada a existência de maus antecedentes. E é aí que se colocou a seguinte discussão: há como reformar a decisão em desfavor do réu – tendo em vista que a sentença se baseou em informação falsa fornecida pelo próprio acusado -, ou isso violaria a proibição de *reformatio in pejus*, já que tão somente a defesa recorreu?

O Relator, Min. Felix Fischer, para decidir a respeito desse caso, resgatou a fundamentação exposta no caso

18 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 155.

da juntada de certidão de óbito falsa. Mais especificamente, registrou que “tal circunstância, referente ao estado da pessoa, assemelha-se em tudo e por tudo com a hipótese da declaração de extinção da punibilidade fundada em certidão de óbito falsa, situação em que a jurisprudência remansosa do Pretório Excelso reconhece ser inexistente a decisão que a decreta”.

Assim, entendeu o Min. Relator que “o raciocínio a ser empregado para o caso em questão é exatamente o mesmo. O paciente utilizou-se de nome falso para ocultar seus antecedentes criminais e obter uma situação mais favorável quando da prolação da sentença. Revelado o ardil, não pode ele invocar em seu favor o princípio do *ne reformatio in pejus*, uma vez que a primeira sentença, cujos fundamentos foram estabelecidos tomando-se por base pessoa diversa do verdadeiro, é inexistente”.

Tal análise também merece reparos, ao que nos parece, o que evidencia o descuido com que os Tribunais Superiores têm tratado do tema.

Primeiro: já restou evidente que a inexistência da decisão que se baseia em certidão de óbito falsa, não guarda relação com o “ardil” utilizado pelo réu, mas sim com a absoluta inexistência da morte – fato único que gerou a decisão extintiva de punibilidade. Acaso se transfira para o “ardil” a causa do reconhecimento de inexistência, seria inexistente toda condenação baseada em álibi falso, em prova testemunhal falsa, abrindo vasta possibilidade de

revisão criminal (e rejuízoamento!) em desfavor do réu, o que é legalmente vedado.

Ademais, e eis um ponto significativo, o caso da juntada de certidão de óbito falsa versa sobre uma *causa extintiva de punibilidade*. Assim, concluindo que a causa (morte) é inexistente, se conclui que a sentença baseada exclusivamente naquela causa, é também inexistente. Resultado? Se “ignora” tal sentença (porque inexistente) e o processo pode seguir da fase em que está – seja fase de instrução, seja fase recursal -, podendo, ao final, o réu ser absolvido ou condenado do crime a ele imputado.

Veja-se que tal possibilidade decorre do fato de que o restante do processo, com exceção da decisão que extinguiu a punibilidade, é “existente” e não está contaminado.

Pode, nesse caso, ainda, o Ministério Público ofertar nova denúncia, dando ensejo a um novo e independente processo, agora pelo crime de falsidade.

Já no caso em que o acusado se atribui falsa identidade, a falsidade contamina não apenas a sentença – como fez crer o Min. Felix Fischer -, mas a própria denúncia, que fora oferecida em desfavor de pessoa que não cometeu o delito. Sim, porque o caso não versa sobre uma causa extintiva de punibilidade, mas sobre *a própria acusação narrada na denúncia*.

Veja-se que, acaso fosse descoberto – o que, aliás, é bastante comum na prática – durante a instrução, em pri-

meiro grau, que o acusado utilizou documentos de terceiros para se atribuir falsa identidade, o Ministério Público aditaria a denúncia, nos termos do art. 384 do CPP, tanto para corrigir o nome do autor do crime, quanto para imputar ao acusado a prática do art. 307 do CP. Isso porque a *denúncia* é que estava eivada de informação falsa, atribuindo a prática do delito a quem nunca o cometeu.

Como no caso do HC 286.575/MG só houve a descoberta em segunda instância, após interposição de recurso por parte (unicamente) da defesa, agiu com desacerto o Min. ao registrar que “a primeira sentença, cujos fundamentos foram estabelecidos tomando-se por base pessoa diversa do verdadeiro, é inexistente”. Ora, a falsidade que informa a sentença, informa também a denúncia. Assim, deve haver novo oferecimento de denúncia, agora correta no mérito da acusação e com o nome do efetivo autor do fato criminoso, recomeçando a instrução processual. Pode, ademais, o Ministério Público ingressar com nova ação penal, atribuindo ao réu também o delito de falsa identidade, descrito no art. 307 do CP.

Não há que se cogitar, nesse caso, de problemas relacionados ao *non bis in idem*, pois o verdadeiro autor do crime jamais fora anteriormente denunciado. Se possível problema há, diz respeito à possibilidade de ocorrência da prescrição ou fragilidade probatória decorrente do passar do tempo, problemas que não autorizam, obviamente, a deturpação de regras e princípios processuais penais.

Em outras palavras: não faz sentido reputar *inexistente* a sentença que *julgou* o sujeito X como sendo o sujeito Y, mas reputar *existente* a denúncia e a instrução que *imputou* ao sujeito X o crime pertencente ao sujeito Y, permitindo a condenação de sujeito que nem denunciado foi (!) e o aumento da sanção em segundo grau, quando apenas a defesa recorreu (!).

A intenção das linhas que foram até aqui traçadas, muito mais do que esgotar tema complexo que envolve não apenas regras processuais penais, mas também regras da teoria geral do direito, foi demonstrar a falta de acerto – e mesmo de congruência - nas decisões prolatadas pelos Tribunais Superiores. Principalmente, foi alertar o leitor quanto aos tais equívocos e instigá-lo a aprofundar a pesquisa e o estudo no tema, que repercute diretamente em casos com os quais nos deparamos, enquanto advogados, diariamente.

Espero que a intenção tenha sido alcançada.

Alexandre Freitas Câmara

Alexandre Knopfholz

André Luis de Lima Maia

Andressa Jarletti Gonçalves de Oliveira

Antônio César Bochenek

Cândido Furtado Maia Neto

Fernando Borges Mânica

Filipe Fonteles Cabral

Marcelo Mazzola

Marcos Noboru Hashimoto

Marion Bach

Oksandro Gonçalves

Vinícius Dalazoana