

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 900

(Ano XI)

(06/04/2019)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2019

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

COLONISTA DA SEMANA



03/04/2019 Adel El Tasse

» [Primeiras observações sobre as medidas anticrime propostas pelo Ministério da Justiça](#).....04

ARTIGOS

05/04/2019 Guilherme Moura Otaviano de Souza	
» A autonomia das agências reguladoras no projeto de Lei nº 6621/2016	17
05/04/2019 Joaquim Leitão Júnior	
» Breves comentários à Lei nº. 13.812/2019: Um avanço legislativo com retrocesso à atividade investigativa?	35
05/04/2019 Gustavo Munhoz do Nascimento	
» Usucapião extrajudicial de bens imóveis	49
04/04/2019 Larissa Corrêa Guarezi Zenatti	
» O cabimento da ação rescisória contra sentença homologatória de partilha amigável no Código de Processo Civil de 2015	62
04/04/2019 Thiago Castro Praxedes	
» A história das penas: da lei de Talião às ideias de Beccaria	107
04/04/2019 Júnior Barrientos Monteiro de Souza	
» Admissibilidade da condução coercitiva para realização do interrogatório	123
03/04/2019 Ivan Morais Ribeiro	
» Do Consenso ao Princípio da Consensualidade na Democracia: novo Contexto da Administração Pública	142
03/04/2019 Francisca Marcia Moura Lopes	
» Prescrição e decadência e sua aplicação no direito do consumidor com base na distinção de Agnelo Amorim Filho e da teoria do diálogo de fontes	154
03/04/2019 Osny Brito Da Costa Junior	
» Como se preparar para o júri um dia antes	183

02/04/2019 Antonio Wilton da Silva	
» Considerações sobre o direito à propriedade, da evolução interpretativa a função social da propriedade	187
02/04/2019 Paulo Byron Oliveira Soares Neto	
» História do Processo Penal	204
02/04/2019 Tainá Bruzon Oliveira	
» A colaboração premiada no processo penal brasileiro	216
01/04/2019 Francisca Marcia Moura Lopes	
» Distinção entre prescrição e decadência à luz do critério científico proposto por Agnelo Amorim Filho	233
01/04/2019 Wanduil Antonio da Silva	
» O fim da segunda instância no processo administrativo tributário	257
01/04/2019 Douglas Belanda	
» Necessidade real de cabimento de denúncia da lide em Juizados Especiais afeto a responsabilidade solidária	275

PRIMEIRAS OBSERVAÇÕES SOBRE AS MEDIDAS ANTICRIME PROPOSTAS PELO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

ADEL EL TASSE: Advogado em Curitiba (PR). Procurador Federal. Professor de Direito Penal, em cursos de graduação e pós-graduação, em diferentes instituições de ensino superior. Professor na Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Professor no Curso CERS. Mestre em Direito Penal. Coordenador no Paraná da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais. Coordenador Geral do Núcleo de Estudos Avançados em Ciências Criminais.

Cercadas de ampla publicidade, no dia 04 de fevereiro de 2018, foram apresentadas, pelo Ministério da Justiça, propostas de alteração na legislação penal e processual penal, que teriam como justificativa a concessão de maior efetividade ao sistema, objetivando o combate à criminalidade.

Com efeito, um dos temas centrais do debate eleitoral do ano 2017 foi a questão da criminalidade, sendo a apresentação pelo Ministério da Justiça, já ao início do atual mandato presidencial, de proposta de debate sobre a temática, absolutamente conexa com a pauta eleitoral apresentada à população.

A despeito desse aspecto, as propostas apresentadas devem ser analisadas com racionalidade e cautela, na medida em que dizem respeito à habilitação do poder punitivo, o que, em outra face, significa dizer que produzem redução das liberdades, temática que deve ser sempre tratada com muita responsabilidade nos Estados Republicanos e Democráticos.

Ainda que sem esgotar o tema, neste primeiro estudo, já é possível perceber que a proposta apresentada acaba por não inovar no que vem sendo o sentido geral aplicado à legislação penal deste a colonização do Brasil, ou seja, a forte aposta de que o mecanismo punitivo será eficaz para frear os conflitos na sociedade brasileira e pacificar o país.

Seria possível discorrer longamente sobre o fracasso, em qualquer parte do mundo, da aposta exclusiva nos mecanismos punitivos, porém, neste momento, como primeira incursão sobre as medidas apresentadas pelo Ministério da Justiça, importa destacar alguma delas e observar, sob enfoque empírico-racional, se está cada uma é apta a contribuir na melhora do nível de vida da população brasileira, pela redução da ocorrência delitiva.

Dando início à análise, a proposta anticrime do governo federal acrescenta no artigo 617 do Código de Processo Penal uma alínea a com a seguinte redação: *“A. Ao proferir acórdão condenatório, o tribunal determinará a execução provisória das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos ou pecuniárias, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos”*, bem como, altera o artigo 283 CPP para que seja admissível o cumprimento da pena desde a decisão por órgão colegiado.

Claramente a proposta tenta, nesse ponto, superar o profundo debate que se estabeleceu no meio jurídico, após a alteração pelo Supremo Tribunal Federal, de sua anterior orientação sobre o sentido do princípio do estado de inocência, inovando, ao ir além da própria discussão atualmente existente em torno da pena privativa de liberdade, já habilitando as demais possibilidades punitivas.

A despeito da argumentação no sentido de que o Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente afirmado a constitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, esta linha de raciocínio mascara a profundidade do debate existente sobre o tema, de um lado, sabidamente com profunda divergência no âmbito do próprio Pretório Excelso e, por outro, com debate incansável da matéria no meio acadêmico, com contínuas, expressivas e abalizadas opiniões apontando como não adequada a atual interpretação majoritária da Corte, combatendo-a com argumentos respeitáveis.

A verdade é que a própria alteração do entendimento da Corte de que seria inconstitucional a execução provisória da pena, para a recente admissão é absolutamente polêmica, pois não decorreu do surgimento de nenhuma nova pulsão na sociedade em torno da temática, de qualquer avanço no pensamento sobre o tema ou de uma releitura expressiva dos dispositivos constitucionais nos debates e escritos acadêmicos, mas de mera alteração de composição do Tribunal, o que, por si só não representa elemento suficiente a revisitar a interpretação

constitucional realizada pelo Tribunal máximo, sob pena de comprometimento da segurança jurídica.

Nesse sentido, é visível que após a revisão de entendimento pela Corte Constitucional em torno do aprisionamento já com a decisão de segundo grau, ainda não transitada em julgado, não ocorreu qualquer ganho de credibilidade do sistema jurídico brasileiro, mas, contrariamente, insegurança sobre as instituições jurídicas.

Sobre o tema, é de se ter em conta que Tribunais Superiores no Brasil exercem funções próprias a não permitir sua comparação linear com o modelo de outros países, isso porque, a não imperatividade das interpretações realizadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, faz com que sejam frequentes as decisões de primeiro e segundo grau confrontantes com as já havidas em âmbitos superiores de jurisdição, não sendo incomum haver divergência até mesmo entre proclamações da Corte Máxima e decisórios do Superior Tribunal de Justiça, o que, por certo, torna as punições penais antecipadas medidas irracionais e tendentes ao aumento da insegurança jurídica e do sistema não dotado de uniformidade, ampliando a seletividade e diminuindo a impessoalidade da imposição penal.

A propósito, a regra do proposto §1º do artigo 617-A deixa bastante evidente que com base em critérios opinativos de ordem subjetiva, pode ser suspensa a execução provisória da pena em alguns casos, o que em relação ao impulsionamento das, acima referidas, seletividade do sistema penal e geração de confronto com a impessoalidade, se constitui em expediente notável apresentado pelo projeto em análise.

Ingressando no debate constitucional e na clareza evidente do artigo 5º, inciso LVII do texto Maior, a atual problemática da interpretação majoritária da Corte Constitucional não se desfaz, ao contrário fica ainda mais contundente.

O projeto, no ponto em análise, ainda traz a desagradável constatação de que, como uma reforma no Código de Processo Penal é necessária para executar a pena, ainda não transitada em julgado, desde a condenação em segundo grau é porque esta é atualmente vedada e vem ocorrendo de forma inaplicável no Brasil, submetendo pessoas acusadas dos mais diferentes delitos, a uma punição

à margem do sistema normativo existente, o que o artigo 283 do Código de Processo Penal deixa bastante evidente, colocando o Brasil em alinhamento com o modelo autoritário de Estado.

Ademais, não pode deixar de referir, ainda que rapidamente, que o debate em torno da antecipação punitiva somente poderia iniciar, antes fossem exequível automaticamente, a partir da decisão de segundo grau, independente de caução, as decisões proferidas nos processos não criminais, ou seja, cíveis, trabalhistas, tributários etc., pois, do contrário, há insuperável contradição do sistema que admite a imposição das medidas mais gravosas e irreversíveis ainda pairando dúvida e, com relação às medidas menos gravosas e reversíveis, exige certeza jurídica.

Indo além, na questão da antecipação punitiva, o projeto do Ministério da Justiça traz à baila a questão da punição imediata caso haja condenação pelo Tribunal do Júri.

Não se desconhece que os julgamentos pelo Tribunal do Júri tem particularidades, estando estruturados, nos diferentes países do mundo que o adotam, dentro de microssistemas próprios, gozando as decisões dos jurados de dignidade ímpar, porém, em um sentido muito mais profundo que o ofertado pela proposta em análise que, mais do que ofertar dignidade à decisão dos jurados, manifesta aparente desejo de simplesmente aumentar os mecanismos punitivos, redutores da liberdades e contribuir a um processo de prisionalização em larga escala.

A dignidade das decisões do júri principia pela inatacabilidade do mérito de suas decisões absolutórias, assunto sobre qual, a bem da verdade, a Jurisprudência e mesmo a atividade legislativa brasileira, esquivam-se de tratar, sendo, portanto, desarrazoada a proposta de respeito às decisões dos jurados para punir e desrespeito para bloquear o poder punitivo. O que se tem não é nenhum prestígio da instituição do júri, mas simples e direta medida redutora de direitos, em prol do agigantamento do poder estatal.

Além disso, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, no artigo 8º item 2, letra h, ao tratar das garantias judiciais, deixa patente ser garantia decorrente da própria condição humana, a de recorrer ao menos uma vez, ou seja, a execução de uma pena, já a partir da decisão de

primeiro grau, constitui-se em verdadeiro ataque a aspecto essencial da pauta mínima dos direitos humanos, pois implica vedar por via indireta a possibilidade recursal, na medida em que retira qualquer eficácia real de eventual recurso da pessoa condenada.

Não se cogite que o cumprimento da pena a partir do primeiro grau não estaria em confronto com a Convenção Americana de Direitos Humanos por não impedir que o réu, se o desejar, recorra, pois seria mera ficção, pois um recurso do réu que desde logo inicia o cumprimento da pena é um “não recurso”, uma vez que mesmo sendo provido seus efeitos são nulos, pois o tempo de pena cumprido é irreparável, não havendo como resgatar o tempo de vida indevidamente subtraído, o sofrimento havido, os danos colaterais para familiares, eventual perda de emprego, de patrimônio pela paralisação da atividade produtiva que garantia sua manutenção, entre outras tantas consequências.

Ao referir à Convenção Americana de Direitos Humanos, também há que se afastar com bastante veemência a argumentação de que os direitos humanos são uma tutela de bandidos contra as pessoas de bem.

Essa argumentação de contornos segregacionistas e autoritários esbarra no conhecimento básico sobre o tema, pois os direitos humanos não são e nunca foram pensados e desenvolvidos, senão para proteger todos os seres humanos contra os abusos passíveis de serem praticados pela utilização do poderio punitivo descontrolado. Não por outra razão, seu momento de maior florescimento é o posterior ao Estado Nazista, quando a imagem dos massacres produzidas ainda estava viva na memória das pessoas. Natural que com o apagar dessa memória, ideias tendentes a novos massacres possam gozar de simpatia popular e, justamente para conte-las e proteger a espécie humana de sua própria irracionalidade, é que existem os direitos humanos.

No projeto anticrime do Ministério da Justiça é de se destacar a presença de regras estabelecendo a não progressão de regime ou fixando, independente da pena estabelecida, o cumprimento inicial da condenação em regime fechado.

Nesse ponto não pode passar despercebida a orientação da proposta legislativa originária no Ministério da Justiça, aparentemente apegada à insistente tentativa de resolver os conflitos sociais com agravamento de punições e

implemento de prisionalização crescente, repetindo o que se tem feito, sem qualquer eficácia, desde criação do Brasil, não manifestando qualquer preocupação com o desenvolvimento de ações não penais de pacificação social e melhoras das possibilidades de não adesão das novas gerações ao crime, em especial nas regiões mais abandonadas e já onde grupos criminosos, como milícias e facções são influentes.

Dessa forma não se pode dizer que o projeto seja propriamente contra o crime, no sentido de tentar fazer a sociedade experimentar redução na sua ocorrência, mas simplesmente implementador de maior nível de possibilidades interventivas após os delitos ocorridos, o que, repita-se, não é nada de novo, pois afora isolados experimentos como a lei nº 9.099/95 e a Lei nº 9.714/98, a propósito, alguns dos conteúdos dotados de maior credibilidade no sistema penal brasileiro, nada diferente disso se fez ao longo da história penal brasileira.

Além disso, chama a atenção que tanto a determinação legislativa de não progressividade da pena para determinadas hipóteses, quanto o necessário início de cumprimento da pena em regime fechado, já foram declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Particular que se argumente que o cumprimento da pena já a partir de segundo grau nada mais é que consolidar algo já declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal e, ao mesmo tempo, ignorar hipóteses já declaradas inconstitucionais, tentando impor elas e, na roupagem de necessárias para enfrentamento do crime, constranger a corte à mudança de posicionamento sem qualquer motivo abalizador para fazê-lo, até porque, na temática em comento, há entendimento francamente majoritário, da comunidade científica, de que o Pretório Excelso decidiu corretamente ao declarar as referidas inconstitucionalidades.

A proposta do Ministério da Justiça também inova em relação à legítima defesa, prevendo, além de delicadas situações de exclusão do excesso, como a emoção, a criação de duas hipóteses em que ele seria presumida, pela inserção de parágrafo único ao artigo 25: "*o agente policial ou de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem; e o agente policial ou de segurança*

pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes."

É evidente que, travestido de legítima defesa, está sendo criada a licença para matar, a partir de um alargamento excessivo dos conceitos dogmáticos inerentes ao instituto da legítima defesa.

Desde a sua concepção originária, a legítima defesa sempre foi inserida no campo das exceções, em especial quando se trata de agentes das forças de segurança pública, justamente por representar aceitação de abandono à solução racional dos conflitos, com a admissão de que ele seja resolvido por meio violento.

Ocorre que a hipótese de qualquer pessoa, mesmo do agente policial ou de segurança, quando em risco real já se encontra sem a menor dúvida contemplada pela avaliação conjugada dos requisitos do artigo 25 do Código Penal.

É evidente que o afastamento do excesso com base em critérios como a emoção, assim como a regra do parágrafo único proposto, apesar da cautela de impor a necessidade de observância aos requisitos do *caput*, ampliam os limites hermenêuticos, presumindo quadros de agressão injusta, bem como de sua atualidade ou iminência e mesmo de moderação e necessidade nos usos do meio defensivo, permitindo que simples arguições genéricas, de difícil discussão probatória, como risco à vítima, emoção ou risco iminente de conflito armado, sejam suficientes a habilitar assassinatos, o que é particularmente preocupante quando se fala das forças de segurança.

Basta, por exemplo, imaginar a facilidade para a promoção de mortes em massa, com acobertamento de uma legítima defesa, com a arguição de risco de conflito armado, cuja prova, no mais das vezes, somente pode ser feita pela palavra dos partícipes e, como o morto não fala, haverá total estabelecimento da afirmação da palavra do matador e de seus colaboradores, o que, em análise prospectiva, bem indica a forte tendência que passem as forças de segurança pública, via de regra, a matar como primeira medida, vez, que independente de qualquer outra questão, a posterior afirmação de que havia risco de conflito armado, já abre amplo caminho para o acolhimento da legítima defesa.

Na avaliação dessa questão alguns aspectos são muito importantes, primeiro não se pode desconhecer que as forças policiais brasileiras já são das que mais matam no mundo e também que os locais em que mais violência a elas foi habilitada, mais problemáticos se tornaram, como, por exemplo, os locais controlados por milícias.

A avaliação de temas dessa natureza deixa bastante patente que o estímulo à flexibilização da legítima defesa é fator estimulante dos conflitos e da violência, sem aptidão para reduzir a agressividade no meio social, desviando totalmente o projeto de sua afirmação retórica de que deseja se contrapor ao crime.

Há proposta ainda de instituir a barganha no processo penal. A despeito de respeitáveis e abalizadas opiniões em sentido oposto, não parece ser o mecanismo da negociação entre acusação e acusado, visando por fim ao processo, a partir do reconhecimento de culpa, por si só negativo, porém, é evidente que algumas características brasileiras devem ser consideradas, não podendo simplesmente importar modelo de outro sistema de forma linear.

A propósito, o primeiro ponto é que, ao longo da história jurídica recente, sem qualquer demérito à esta respeitável instituição, o Ministério Público foi, no Brasil, assumindo poderes excepcionais, com possibilidade de controle da investigação, ajuizamento da ação penal, manifestação como fiscal da lei, enfim, um poderia ímpar dentro de uma das instituições mais bem aparelhadas e remuneradas do país.

A questão é que cogitar de negociação tendo de um lado este poderio e de outro a defesa do acusado que, no Brasil, sequer capacidade investigativa mínima deferida pela lei possui é algo que significa, para a pessoa que não tem condições de debater em paridade de armas as consequências de eventual admissão de culpa, o estabelecimento da punição antecipada sem processo, afinal, não há como se negociar quando há um desequilíbrio de forças tão manifesto, ainda que sob aparente roupagem de normalidade jurídica, o que há nestes casos é submissão de alguém a outro que tem poder para oprimi-lo.

Assim, caso queira se tratar com o necessário comprometimento técnico, dentro de um regime democrático, da barganha, antes há de se estabelecer com clareza possibilidades investigativas à defesa, habilitando aos profissionais da advocacia meios de colheita de prova, como tomada de depoimentos, acesso à

documentos entre outros, para fazer frente ao poderio da acusação em eventual negociação.

Além disso o que se tem, é o que o ninguém desconhece que ocorreu, por exemplo, com as colaborações premiadas no Brasil, imposição de sua vontade e de seu posicionamento pelo mais forte a outro que, sem garantia de possibilidades reais de contrapor, só resta ceder, concorde ou não, seja os fatos verdadeiros ou não.

Alguns institutos, como o da barganha, não se compatibilizam sem alteração profunda do sistema, o que, no caso brasileiro, significa que realmente deve, de forma prévia, ser criado um sistema efetivamente acusatório, com possibilidades investigativas para a defesa, em igualdade de armas com a acusação e estabelecimento do juiz de garantias.

Afora isso, seja ou não o instituto bom e eficaz em outros lugares, sua corrupção no Brasil será inevitável, tornando-se apenas mais um expediente em prol de um punitivismo cego e da ampliação da seletividade, com punições mais rigorosas aos incômodos ao sistema e com baixo rigor ou até perdão aos amigos dele.

Igualmente há evidente pecadilho na criação do chamado “informante do bem” que poderá, caso sua identidade seja revelada, ser considerada prova suficiente para condenação de uma pessoa e poderá ser utilizado como prova, mesmo que sua identidade não seja revelada.

Isso fica muito evidente da alteração proposta na Lei nº 13.608/2018, em especial §2º do proposto artigo 4º-B que expressamente estabelece que *“ninguém poderá ser condenado apenas com base no depoimento prestado pelo informante, quando mantido em sigilo a sua identidade.”*

Em outras palavras, diferente do que tem sido divulgado pelos meios de comunicação de massa, não é que não se pode condenar somente com base nas palavras do informante, pois a leitura *a contrario sensu* do dispositivo deixa evidente a liberação para o magistrado condenar com base na simples palavra do informante, desde que não mantido sigilo de sua identidade, o que, com certeza é de temeridade total, pois aceita que a simples palavra de uma única pessoa, que

passa a ter interesse econômico na condenação do acusado, possa motivar a sua condenação.

E mesmo a regra que estabelece que, caso sua identidade seja mantida em sigilo, a condenação não pode se dar com base somente em suas palavras, representa confronto direto com o contraditório e a ampla defesa, pois sem a possibilidade de saber quem depõe contra determinada pessoa, não há concreta possibilidade de contraposição ao depoimento e exercício de defesa efetiva.

O viés punitivista é bastante evidente, tanto que o sigilo da identidade do depoente somente é, pelo projeto em comento, deferido às testemunhas que objetivem formar prova da culpa do autor, não se admitindo para depoentes que comprovem sua inocência, por certo, solução que acaba também por agredir a necessidade de paridade de armas entre as partes no processo.

Algumas considerações não podem deixar de ser realizadas sobre a insistente tentativa de gerar a imprescritibilidade dos crimes no Brasil, ainda que isso seja realizado de forma disfarçada pela criação contínua de causas suspensivas e interruptivas do prazo prescricional.

Nas nações desenvolvidas a prescrição tem a importante função de impedir que o Estado perenize a persecução penal, fazendo que o processamento de alguém, independe do resultado condenatório ou absolutório, se converta em punição permanente, na medida em que o processo é um meio gerador de restrições, limitações à pessoa e sofrimento emocional.

Para que se entenda, basta imaginar uma pessoa processada criminalmente, por fato que não praticou. A prescrição impõe ao Estado a obrigação de, em prazo razoável, comprovar a culpa da pessoa ou resgatar a sua situação anterior, ou seja, de plena inocência e sem qualquer constrangimento aos seus direitos, o que, por outro lado se vê de todo prejudicado quando há excessivas hipóteses de interrupção ou suspensão da prescrição, conduzindo o processo a um regime de verdadeira imprescritibilidade, por poder perdurar tempo excessivo.

Evidente que o sentido da prescrição é o de impulsionamento, tanto da acusação, quanto do judiciário ao não acomodamento, sob pena de todo o trabalho realizado ser perdido.

No caso brasileiro, os prazos prescricionais são bastante elásticos e a presença de causas suspensivas e interruptivas da prescrição, em número bastante elevado, confere à prescrição nuances muito próprios, por possibilitar processamentos criminais por prazos elevados, em alguns casos, nos prazos de maior prescrição, por quase toda a vida de uma pessoa, não sendo em nada recomendável o aumento destes prazos já excessivos, sob pena de tornar os processos criminais submetidos à uma perenização.

O projeto do governo federal tenta estabelecer suspensão da prescrição quando interpostos recursos perante as instâncias superiores.

Não se desconhece que há argumentação de que os recursos especiais e extraordinários, por vezes, tardam muito e a prescrição se dá justamente durante o trâmite deles.

A avaliação de que o problema estaria resolvido com a criação de hipóteses suspensivas da prescrição é, porém, de certa bizarrice, pois a responsabilidade pela prestação jurisdicional em adequado prazo não é do cidadão, mesmo que processado criminalmente, sendo que o projeto lhe atribui esta responsabilidade ao submetê-lo a possibilidade de processamento por toda vida, pelo aumento de um já dilatado prazo prescricional, quando a solução deveria ser em sentido absolutamente distinto.

Seria muito importante que o Ministério da Justiça realmente inovasse e debatesse o excesso de litigiosidade do poder público, sabidamente a maior causa de obstrução nos Tribunais Superiores, tratando com profundidade da necessidade de que o poder público atribua caráter normativo às decisões já emanadas por estes Tribunais, ainda que em ações com efeitos *inter partes*. Poderia inovar estimulando a conciliação nos âmbitos Tributário e Previdenciário, com a finalidade de aliviar a carga excessiva de demandas judiciais desta natureza. Seria muito positivo propusesse mecanismos de fortalecimento do valor do precedente, tornando teses jurídicas já acatadas em instâncias superiores de aplicação linear nos diferentes graus jurisdicionais, desestimulando as ações meramente protelatórias, entre outras medidas possíveis.

Apesar das várias possibilidades de discussão sobre o sistema de justiça brasileiro, com abordagem dos reais motivos da demora excessiva no término dos

processos, com enfrentamento deles, a opção foi a de sempre, deixar os problemas como estão e simplesmente tornar mais difícil a situação dos cidadãos comuns, fragilizando-os ainda mais, em face ao poderio estatal.

Também chama a atenção a aparente tentativa de, além de aumentar as capacidades acusatórias no processo, dificultar o trabalho de defesa pela criação de regras limitando prerrogativas profissionais dos advogados, como a necessidade de prévio peticionamento para requerer atendimento com pessoa presa, peticionamento que deve ser deferido, estabelecendo horário certo para o atendimento, o que seguramente pode se constituir em problema prático insuperável quando da necessidade de atendimentos de emergência ou atendimentos prolongados em véspera de audiências ou julgamentos, por exemplo, considerando ainda que na medida em que não há mais o direito ao automático diálogo entre advogado e cliente, em tese pode haver indeferimento, alegando ausência de espaço físico para tal, muitos requerimentos anteriores já agendados ou até problemas de segurança, o que, outra coisa não é que a criação pela lei de mecanismo para cercear a defesa, conforme as conveniências de quem acusa.

A preocupação com a preservação da defesa e a sua possibilidade de paridade no processo realmente não foi presente no projeto anticrime, que chega ao ponto de admitir que a acusação possa apresentar até mesmo testemunhas sigilosas, porém, ao mesmo tempo, que as conversas do advogado com seu cliente devem ser gravadas.

Enfim, não há propriamente inovações no projeto apresentado, na medida em que segue a linha geral do pensamento punitivista brasileiro, ancorado na supersticiosa ideia, que vem sendo experimentada há mais de quinhentos anos, de que o maior cerceamento de direitos e aumento da punição conseguirá fazer as pessoas se tornarem mais pacíficas e diminuirá os conflitos, atuando nas causas primárias dos delitos.

Lamentavelmente nada foi tratado sobre temas como a justiça restaurativa, a separação entre delitos com emprego de violência e grave ameaça à pessoa e os outros crimes, o avanço da instituição do júri para maior democratização do sistema, o enfrentamento dos problemas carcerários, a concessão de maior eficácia ao decidido pelos Tribunais Superiores, com poder normativo em relação

ao poder público, visando a real celeridade; políticas de desenvolvimento de cultura da paz, respeito à vida e ao outro.

Enfim, na onda da sociedade em que todos querem portar armas; na qual a noção do diferente como inimigo se amplia; onde as rivalidades se convertem em causas suficientes para o ódio e a violência e a estrutura oligárquica é fomentada, há coerência em que, na roupagem do combate ao crime, sejam propostos mais cerceamentos ao exercício da defesa e agigantamento das capacidades de intervenção do poder punitivo sobre a liberdade individual.

A questão é que justamente quando movimentos como esse se estabelecem, mais necessária se faz a cautela e a racionalidade, protegendo todos do agigantar do poder estatal que conduz ao arbítrio, mantendo intocadas as estruturas republicanas e democráticas já conquistadas, pois devem elas sempre avançar, jamais sofrer ruptura ou retrocessos.

A AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO PROJETO DE LEI Nº 6621/2016

GUILHERME MOURA OTAVIANO DE SOUZA:

Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - (UNICAP), Advogado - OAB/PE 46591

RESUMO: Este trabalho discute a autonomia das Agências Reguladoras no Projeto de Lei nº 6621/2016, que visa ser o marco regulatório para o desenvolvimento técnico e eficaz dessas Agências. Com o Plano Diretor da Reforma do Aparelho Estatal em 1995, foi estabelecida a criação das Agências Reguladoras na figura de “agências autônomas”, autarquias independentes dotadas de função fiscalizatória da atividade pública exercida pelas empresas privadas, de forma que alcance um serviço eficiente. Esta obra analisou, por meio de revistas, artigos e livros, as consequências da aplicação do Projeto de Lei para a relação da Administração Pública com o consumidor e com a empresa concessionária, bem como se o projeto de lei respeitou a autonomia das Agências Reguladoras.

PALAVRAS-CHAVE: Agências Reguladoras. Autarquias. Projeto de Lei nº 6621/2016.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Autonomia das Agências Reguladoras e o Controle da Administração Pública - 3. Aplicabilidade do Projeto de Lei nº 6621/2016 e sua eficácia – 3.1 Principais Inovações do Projeto de Lei nº 6621/2016 – 3.2 A Autonomia das Agências frente ao poder público – 3.3 Da Análise de Impacto Regulatório e sua viabilidade na prática – 3.4 Da prestação de contas para o Congresso Nacional e para o TCU – 3.5 O Plano Estratégico, de Gestão Anual e Agenda Regulatória – 3.6 A Ouvidoria como mecanismo de solução para o usuário do serviço – 3.7 A interação das agências reguladoras entre si e com outros órgãos e entidades da Administração Pública – 3.8 O Risco da influência política na indicação dos dirigentes das agências - 4. Considerações finais - 5. Referências - 5.1. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho irá se ater em analisar o papel das Agências Reguladoras como fonte de saída para a fiscalização das atividades públicas realizadas por particulares, bem como a aplicabilidade na prática do Projeto de Lei

nº 6621/2016, que versa sobre os ditames procedimentais das Agências e sua devida autonomia.

O texto prevê medidas para evitar a influência do setor privado nas avaliações das Agências, direcionando autonomia, independência e segurança jurídica para a realização das fiscalizações.

Ao padronizar as atividades das Agências Reguladoras no âmbito federal, torna-se uniforme a relação das Agências com diversos setores da sociedade, sempre com a função de estabelecer a qualidade do serviço público para a coletividade.

Então, pode-se afirmar que o referido estudo defende o combate a esse cenário e procura demonstrar soluções para combater a dependência das Agências frente ao Poder Público, através o Projeto de Lei nº 6621/2016.

2. A AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E O

CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

As Agências Reguladoras são órgãos dotados de características inerentes às autarquias em regime especial, ou seja, elas desenvolvem papel independente na realização da fiscalização dos particulares na prestação do serviço público, autonomia legislativa para expedir atos normativos, direcionando aos particulares a tarefa de realizarem um serviço que seja adequado ao interesse social com tarifas justas.

Além disso, possuem autonomia para emitir normas relativas ao serviço regulado, bem como realizar julgamento referente ao desempenho dos particulares prestadores de serviço, ou seja, as agências reguladoras possuem a capacidade de aplicar multas aos particulares, caso comprove que não estão realizando o serviço nas diretrizes da resolução. Nesse sentido, para garantir a presença de um Estado regulador, é necessário que se produzam normas para fiscalizar os prestadores do serviço público.

Importante destacar que houve um conflito na doutrina administrativista se, realmente, as Agências Reguladoras teriam a autonomia normativa ou se essa capacidade normativa violaria o princípio da separação dos poderes, ou seja, a capacidade da Agência Reguladora em editar norma sobre matéria genérica violaria a atividade típica do Poder Legislativo.

Ocorre que, a própria Constituição Federal, por meio do princípio da legalidade, estabelece a competência das Agências Reguladoras em legislar sobre matéria relacionada à sua atividade, isto é, como deve ser a postura das empresas

prestadoras do serviço público para alcançar o interesse coletivo com a eficiência do serviço.

A atribuição normativa das Agências Reguladoras está correta, pois é essencial que se tenha a característica de legislar sobre determinado tema como elemento para realizar, de forma eficiente, a regulação do serviço público, em consonância com o princípio da legalidade (JUSTEN FILHO, 2002).

No mesmo sentido, o artigo 5º, II da Constituição Federal afirma que ninguém será obrigado a fazer algo ou deixar de fazer senão por meio de lei, caracterizando o princípio constitucional da legalidade. Com base nessa teoria, a Constituição Federal dispõe, de forma indireta, a atribuição normativa da Administração Pública, conseqüentemente das Agências Reguladoras.

Em contrapartida, Carlos Ari Sundfeld defende a impossibilidade das Agências Reguladoras, órgãos e qualquer entidade da Administração Pública editarem normas gerais de regulação (SUNDFELD, 2002).

Isto é, a função normativa das Agências não deriva de autorização pela Constituição Federal, ou seja, o poder de editar normas estaria previsto em virtude de lei específica e não de norma geral. Sendo uma atribuição limitada para aquele âmbito regulatório. Nesse contexto a própria lei, através do princípio da legalidade, atribui função normativa para as Agências Reguladoras, devendo realizar a regulamentação das políticas públicas planejadas pelo legislador. Pois, o legislador não possui capacidade técnica específica para tratar do tema afeto às Agências Reguladoras, acarretando em um tratamento científico que vise a obtenção de resultado eficiente e que objetive a prestação do serviço adequadamente (SOUTO, 2006).

Além da autonomia normativa, as Agências Reguladoras exercem um papel fiscalizatório em relação aos particulares prestadores do serviço, ou seja, possuem autonomia para penalizar as empresas que não cumprem sua resolução. A partir do momento em que a empresa prestadora do serviço não cumpre com a resolução, acarretando na má prestação do serviço público, a Agência Reguladora poderá aplicar multas como forma de punição pelo ocorrido. O procedimento inicia com o particular, usuário do serviço, realizando a denúncia do problema através da ouvidoria da Agência que será tratada com mais afinco no próximo capítulo, questionando a irregularidade para a Agência que regula o determinado serviço. Após o serviço de atendimento ao cliente, a Agência Reguladora, por meio do setor competente, gera um auto de infração e conseqüentemente, respeitando

os princípios do contraditório e ampla defesa, decide qual a sanção que deverá aplicar à empresa.

Nesse sentido, a função reguladora se estende para dirimir conflitos entre o usuário do serviço e a empresa prestadora. Isto é, existe uma relação entre três interesses, com o particular usuário do serviço, a empresa prestadora e a Agência representando o Estado, com o papel de mediar o problema e chegar a um acordo que seja bom para ambas as partes e, principalmente, que alcance o interesse coletivo.

Portanto, a autonomia funcional é estabelecida no desenvolvimento da atividade técnica e fiscalizadora inerente às agências reguladoras com o exercício de suas funções específicas, ou seja, ela exerce a autonomia para disciplinar e normatizar as condutas dos prestadores do serviço, através do relacionamento com os demais órgãos e entidades da Administração Pública, emitindo resoluções que devem estabelecer o parâmetro para a prestação do serviço, visando a e a supremacia do interesse público.

Com base na Lei nº 9986/00, foi estabelecida a organização estrutural das Agências Reguladoras no âmbito federal, conseqüentemente delineou o regime jurídico das mesmas. Direcionando o tratamento especial que as Agências Reguladoras devem ter com os demais órgãos públicos, ou seja, seus dirigentes possuem prazo fixo para permanência no cargo, devendo ser nomeado pelo chefe do executivo, com aprovação do legislativo, conforme preceitua o artigo 5º da Lei nº 9986/00, vejamos:

Artigo 5º: O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

Nesse sentido, o ato para escolha dos dirigentes das Agências Reguladoras é discricionário e complexo, ou seja, a lei prevê a margem de escolha que a autoridade competente terá para emitir o ato, bem como deve haver a manifestação de mais de um órgão para a efetivação do ato de nomeação. Por ato complexo, serão definidos os dirigentes da Agência Reguladora, formando seu colegiado.

Portanto, possuem uma segurança no cargo, estabelecida pela lei, de que poderão realizar o trabalho técnico com tranquilidade. Nesse caso, os dirigentes só perderão o mandato nas hipóteses previstas no artigo 9º. Vejamos:

Artigo 9º: Os Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.

No mesmo tema, Clarissa Teixeira Paiva afirma que nos casos das Agências Federais, caberá ao Presidente da República escolher os dirigentes e encaminhá-los ao Senado Federal para participar de sabatina e aprovação. Devendo ser respeitado o prazo fixo de investidura no cargo, bem como a exoneração não poderá ser feita "ad nutum", ou seja, não poderão ser exonerados sem motivo que o determine (PAIVA, 2002).

Portanto, entende-se que a segurança dos mandatos fixos dos dirigentes é uma forma de garantia da autonomia. Consequentemente, deverá ser afastada a influência política sobre os dirigentes, objetivando a supremacia do interesse público de forma eficiente e técnica.

Ademais, a Lei nº 9986/00 estabelece outra autonomia estrutural que deve ser obedecida, consiste no chamado período de quarentena. Isto é, após a saída do cargo, o dirigente, passará por um período, estipulado por cada Agência, em que não poderá atuar e nem prestar serviço em nenhuma empresa regulada pela Agência que ele desempenhava o cargo de dirigente. Nesse período chamado de quarentena, o ex-dirigente receberá uma remuneração integral do cargo de jurisdição.

Em contrapartida, quando passa da teoria para a prática não existe o cumprimento total e eficaz da legislação a qual está vinculada a Agência Reguladora, ou seja, as autoridades competentes, agentes públicos, prestadoras de serviço público não atendem aos requisitos legais. Levando a uma má prestação do serviço público, pois os entes deixam de lado o interesse coletivo, que reflete nas relações e tratativas com a população. A autonomia das Agências Reguladoras pode entrar em conflito com o interesse político da Administração Pública, ou seja, o poder público vislumbra, por meio das Agências Reguladoras, uma ferramenta que objetivará a conquista de interesse em determinado serviço a qual a Agência esteja regulando, em detrimento da realização do serviço público eficiente.

Isto é, a autonomia das agências de terem seus dirigentes nomeados pelo chefe do executivo, com aprovação do legislativo evidencia que o Poder Executivo pode utilizar-se de mecanismo para diminuir o desenvolvimento da função técnica inerente às agências reguladoras, decorrente da indicação política dos seus dirigentes. De modo que as interferências do Poder Executivo colocam em xeque a real função das Agências Reguladoras, para que os dirigentes atuem conforme seus interesses. Como afirma Marília Carla Gomes de Andrade (2012, p. 93), vejamos:

Já a captura política trata-se da influência governamental perniciosa sobre as atividades das agências. Nessa perspectiva, nota-se que há possibilidade de manipulação política nas atividades das agências sob os mais diversos expedientes, tais como a incompletude do quadro de diretores, o que inviabiliza a tomada de decisões regulatórias importantes, o contingenciamento de recursos e a nomeação de dirigentes sem qualquer técnica para o cargo que ocupam.

É importante destacar que as empresas privadas prestadoras de serviço público visam a obtenção do lucro, nesse sentido tentarão conseguir influência no meio público, para que a Agência Reguladora tome decisões que favoreçam o setor regulado. Como afirma Francisco Queiroz Bezerra Cavalcanti, vejamos:

A atividade de regulação e, especificamente, a atuação das agências reguladoras, têm se pautado, na contramão, mais por pendores de natureza econômica, olvidando o aspecto social que lhes é imanente. Ocorre a captura do ente regulador, quando grandes grupos de interesses ou empresas passam a influenciar as decisões e atuação do regulador, levando assim a agência a atender mais aos interesses das empresas (de onde vieram seus membros) do que os dos usuários do serviço, isto é, do que os interesses públicos. (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível nº 342739/PE. Litigantes: União e Ministério Público Federal. Relator: Desembargador Francisco Cavalcanti. 1º de dez. 2004).

Nesse sentido, fica fácil perceber a influência que os dirigentes realizam nas decisões do colegiado da Agência, garantindo o interesse privado das empresas

reguladas em detrimento de uma decisão técnica que visaria o interesse público. Por isso, ocorre o confronto com o princípio constitucional da impessoalidade, ou seja, o órgão colegiado deve emitir uma decisão imparcial e técnica que não privilegie as empresas reguladas. Realizando uma decisão técnica e que objetive o interesse da coletividade.

Com base no artigo 37, “caput” da Constituição Federal, é estabelecido o dever da Administração Pública em observar, dentre outros, o princípio da impessoalidade na emissão dos seus atos. Isto é, as Agências Reguladoras, como órgãos da Administração pública indireta, não devem observar quais as empresas prestadoras que serão influenciadas pelos seus atos, em consonância com o princípio da impessoalidade, mas devendo agir de forma técnica e unilateral, em conformidade com a autonomia que é estabelecida por lei.

No mesmo sentido, o projeto de Lei nº 6621/2016, que será analisado detalhadamente no próximo capítulo, estabelece a obrigatoriedade da Agência Reguladora emitir relatórios anuais e encaminhá-los para apreciação da autoridade competente para tal, estabelecendo maior transparência às atividades das Agências.

Ademais, Gesner Oliveira afirma que as Agências Reguladoras devem estabelecer o limite de sua competência, ou seja, precisam enquadrar sua autonomia normativa, através de resoluções. As Agências devem, prioritariamente, defender sua autonomia financeira e gerencial, sempre visando sua função, essencialmente, técnica e reguladora para o desenvolvimento de um serviço público adequado e eficiente para a sociedade (FOLHA DE SÃO PAULO, 2001).

Por fim como preceitua Alexandre Santos Aragão, para se atender à função principal das Agências Reguladoras, é importante que os dirigentes, que formam o colegiado, se conscientizem dos benefícios sociais que poderão ser atendidos com o desenvolvimento da regulação do serviço público. Isto é, a Agência exercendo de forma técnica e imparcial a fiscalização do serviço, sempre respeitando os princípios da Administração Pública, estará em consonância com o Estado Democrático de Direito (ARAGÃO, 2013).

Nesse sentido, ficou claro que se ocorrer a blindagem por parte dos dirigentes da Agência, em não ceder a decisões políticas, respeitando a competência legal da atividade fiscalizatória, ocorrerá o desenvolvimento correto da atividade reguladora.

3. APLICABILIDADE DO PROJETO DE LEI Nº 6621/2016 E SUA EFICÁCIA

3.1 PRINCIPAIS INOVAÇÕES DO PROJETO DE LEI Nº 6621/2016

No ano de 2013, iniciou no Senado Federal o processo de elaboração do Projeto de Lei nº 52/2013 de autoria do Senador Eunício Oliveira e relatoria da Senadora Simone Tebet, sendo aprovado pelo Senado no final de 2016, seguindo para análise da Câmara dos Deputados. Ganhando o número 6621/2016, que será bastante mencionado no presente trabalho. O Projeto de lei é denominado de “Marco Regulatório das Agências Reguladoras”, que unifica os regramentos básicos para o desenvolvimento das Agências Reguladoras federais perante outros entes da Administração direta, indireta, bem como propõe a forma de se tratar com o particular prestador do serviço.

Atualmente, na esfera federal, existem dez Agências Reguladoras, quais sejam: Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Águas (Ana), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Agência Nacional do Cinema (ANCINE), Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). Com base no artigo 2º do Projeto de Lei em estudo, todas as Agências mencionadas anteriormente serão regulamentadas pela legislação que está em tramitação, bem como pelas leis existentes de cada uma.

Podemos perceber que, diante dos aspectos inovadores do Projeto de Lei, se destacam a autonomia financeira que é estabelecida como forma independente das Agências regularem seu próprio orçamento, bem como a denominada: Análise do Impacto Regulatório (AIR), ou seja, serão formulados pela Agência quais serão os impactos financeiros que serão celebrados no futuro. A função principal dessa ferramenta é estabelecer os pontos que fogem da curva do equilíbrio financeiro. Além disso, serão analisados, individualmente, os aspectos mais importantes do Projeto de Lei, que visa tornar as Agências Reguladoras em entes dotados de independência funcional, mas acima de tudo com autonomia perante a Administração Pública.

3.2 A AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS FRENTE AO PODER PÚBLICO

Com base no artigo 3º do Projeto de Lei, é garantida às Agências Reguladoras a autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira, bem como a vedação de subordinação hierárquica para órgãos superiores.

Diante disso, é estabelecida a independência funcional das Agências frente ao Poder Executivo, ganhando liberdade para atuar em conformidade com os seus

interesses. Por exemplo, a Agência poderá solicitar ao Ministério em que estiver vinculada, a realização de concursos públicos, bem como a contratação para o quadro de pessoal, respeitando o limite orçamentário, conforme o artigo 3º § 2º do Projeto de Lei.

Portanto, fica evidente que a Agência Reguladora terá liberdade para exercer sua atividade em conformidade com seus interesses e sem ter influência de agentes externos ao seu campo de atuação, ou seja, poderá celebrar contratos administrativos, bem como estabelecer sua renovação, sem ficar subordinada ao interesse do Poder Executivo. Em conformidade com o mencionado acima, Vitor Amuri Antunes (2016) complementa que o Projeto de Lei em estudo é uma ferramenta que poderá auxiliar as Agências para que não fiquem sujeitas aos contingenciamentos realizados pelo Poder Executivo. Logo, irá trazer mais tranquilidade e segurança para as Agências atuarem em conformidade com o interesse público, em prol de um serviço eficiente.

Ao longo desse capítulo são analisados todos os fatores que levam a Agência Reguladora ao caminho da independência frente aos Poderes da Administração. Dentre os aspectos mais importantes, está a hipótese em que a Agência poderá ter seu orçamento próprio, independente de influência do Ministério ao qual é vinculada, garantindo tranquilidade para desempenhar seu papel fiscalizatório. Essa e outras características serão analisadas a partir de agora.

3.3 DA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO E SUA VIABILIDADE NA PRÁTICA

Como mencionado no segundo capítulo, as Agências Reguladoras são dotadas de autonomia normativa, ou seja, possuem a liberdade para expedir atos normativos que objetivam regular o bom funcionamento do serviço público prestado pela concessionária, sempre procurando alcançar o interesse coletivo. Atualmente, cada Agência Reguladora possui, unilateralmente, o papel de realizar a Análise de Impacto Regulatório na sua esfera de atuação. Isto é, não ocorre uma uniformidade em todas as Agências, ou seja, algumas fazem a Análise e outras não, sem nenhuma regra mínima que estabeleça a forma das Agências tomarem suas decisões, de forma técnica, com embasamento teórico.

Nesse sentido, o artigo 6º do Projeto de Lei visa unificar as regras para todas as Agência em realizarem a chamada: Análise de Impacto Regulatório. Isto é, será unificado o modelo de elaboração da Análise de Impacto Regulatório, devendo ocorrer a exposição dos pontos positivos e negativos de possível vinculação da norma. Além disso, importante destacar quais serão os benefícios e as possíveis

despesas que a futura norma a ser emitida pela Agência venha possuir, bem como até que ponto influenciará na prática o consumidor e o particular fornecedor do serviço, devendo sempre ser observado a sua viabilidade na prática.

Podemos perceber, então, que as Agências possuem o dever de emitir um relatório com a viabilidade do ato normativo, bem como sua aplicabilidade para a coletividade, seja para o consumidor final do serviço público, seja para os agentes que prestam o serviço. Isto é, deverá ser possibilitado que a população participe do processo de elaboração da Análise, através de consulta pública ou audiência pública, para indicar melhorias no serviço.

Importante destacar que deve ser respeitado o equilíbrio econômico-financeiro do Estado, nas hipóteses de elaboração de contratos administrativos com as empresas prestadoras do serviço ou em casos de alteração contratual pelas Agências. O projeto de lei em estudo informa a possibilidade caso a determinada Agência não realize a elaboração da Análise de Impacto Regulatório, poderá ser emitido uma nota técnica que substitua a AIR, bem como justifique a sua decisão acerca do tema, pois o regimento interno de cada agência poderá dispor sobre como se procederá com a AIR, conforme dispõe o §2º e §5º do artigo 6º do Projeto de Lei.

3.4 DA PRESTAÇÃO DE CONTAS PARA O CONGRESSO NACIONAL E PARA O TCU

O segundo capítulo do Projeto de Lei informa o dever das Agências Reguladoras, por meio dos seus dirigentes, de prestarem contas de suas atividades aos órgãos da Administração Pública. Em outras palavras, fica evidenciada a realização do controle externo pelo Tribunal de Contas da União e pelo Congresso Nacional, devendo ser analisado se a determinada Agência Reguladora responde a transparência ao qual está vinculada. Em consonância com o princípio constitucional da publicidade, o artigo 15 §3º do Projeto de Lei estabelece o dever dos dirigentes das Agências Reguladoras de encaminharem para o Senado Federal uma prestação de contas especificando suas atividades, demonstrando os gastos realizados, bem como os investimentos feitos. Vejamos:

Artigo 15 §3º: Os dirigentes máximos das agências reguladoras comparecerão ao Senado Federal, em periodicidade anual, observado o disposto no regimento interno dessa Casa do Congresso Nacional, para prestar contas sobre o exercício de suas atribuições e o desempenho

da agência, bem como para apresentar avaliação das políticas públicas no âmbito de suas competências.

Nesse sentido, é tarefa do dirigente superior da Agência em se deslocar até o Senado Federal para informar se os dados, que fazem parte da prestação de contas, estão em consonância com o estabelecido no início. Caso contrário, deve adequar os valores ao controle externo exercido pelo Poder Legislativo. Importante destacar que, o Controle Externo exercido pelo Tribunal de Contas da União e pelo Senado Federal, ao solicitar para as Agências Reguladoras a produção de relatórios anuais como forma de demonstrar sua transparência, possui função de acabar com a ideia de que, por serem Autarquias em regime especial, possuem prerrogativas acerca do controle financeiro exercido pelo Congresso Nacional e pelo Tribunal de Contas. Como afirma Vitor Amuri Antunes (2016), vejamos:

Buscando acabar com divergência existente desde a criação das primeiras Agências – no sentido de que, em razão de sua natureza de autarquia “especial”, estariam “blindadas” de fiscalização externa por parte do Congresso e do TCU –, o PL estabelece que, anualmente, as Agências deverão elaborar relatórios que serão apresentados ao Poder Executivo, Poder Legislativo e Tribunal de Contas, para demonstração do cumprimento de suas meta.

Com isso, as Agências Reguladoras não estão isentas do controle externo pelo Tribunal de Contas e Congresso Nacional, devendo ser obrigação de cada uma fornecer os gastos da Agência, discriminando cada investimento, os gastos para as atividades.

3.5 O PLANO ESTRATÉGICO, DE GESTÃO ANUAL E AGENDA REGULATÓRIA

O Projeto de Lei em seu artigo 17 estabelece a tarefa da Agência Reguladora em realizar o chamado: Plano Estratégico. Isto é, deve ser realizado, no período de quatro meses, um estudo contendo os objetivos, as metas, bem como os resultados esperados para o período em questão. Além disso, deverá conter pontos que poderão influenciar, de forma positiva ou negativa, o estabelecimento do plano.

Além do Plano Estratégico, é informado que a Agência Reguladora deve formular um Plano de Gestão Anual que esteja alinhado com o Plano Estratégico, bem como viabilize o planejamento anual da respectiva Agência Reguladora. Em

outras palavras, o Plano de Gestão Anual estabelecerá o dever da Agência em divulgar suas metas anuais, resultados e ações vinculados à sua gestão atual.

Estabelecendo, assim, uma obrigação que a diretoria da Agência terá em estabelecer esses relatórios, sempre estando em conformidade com o planejado. Importante destacar que, o Poder Legislativo deve receber o Plano Anual que foi aprovado pela diretoria da Agência, contendo as metas que serão atingidas no período estabelecido, sempre estando em conformidade com o Plano Estratégico traçado.

Por fim, a seção II do Projeto de Lei analisado no artigo 22 disponibiliza uma ferramenta que as Agências Reguladoras poderão utilizar-se para juntar os assuntos que serão priorizados na gestão. Consistindo na chamada: Agenda Regulatória, ou seja, deverão ser aprovados pela diretoria colegiada os assuntos prioritários para a fiscalização da Agência na determinada gestão, limitando o campo de atuação da Agência para se dedicar exclusivamente aos temas listados na Agenda Regulatória.

Estabelecendo uma uniformidade nos aspectos relativos aos planos delineados pela Agência, fato que com o projeto de lei em vigor tornará específico a forma das Agências estabelecerem seus projetos.

3.6 A OUVIDORIA COMO MECANISMO DE SOLUÇÃO PARA O USUÁRIO DO SERVIÇO

Para a Arpe – Agência de Regulação do Estado de Pernambuco, a ouvidoria é o meio, através do qual o consumidor poderá emitir opiniões, positivas ou negativas, acerca da qualidade do serviço prestado pelas empresas concessionárias.

Nesse sentido, a ouvidoria torna a ligação mais firme entre o consumidor do serviço e a Agência Reguladora, ocorrendo uma acessibilidade desse mecanismo de interação com a população, bem como o ouvidor possui uma característica importante de atuar unilateralmente, realizando denúncias, bem como recebendo melhorias pelo consumidor, independente de influência do corpo diretivo da Agência. É sabido que algumas Agências possuem ouvidores fixos que exercem sua função, mas isso não é uma característica uniforme em todas elas. Pois, cada Agência é regida pela sua lei específica, dando margem para a adoção ou não de um ouvidor. Por isso, o Projeto de Lei 6621 definiu alguns critérios para formação de uma ouvidoria na Agência que fiscalize o serviço exercido pelas empresas concessionárias, quais sejam: o ouvidor não possuirá subordinação com nenhum órgão ligado à Agência, ou seja, terá liberdade para

atuar em conformidade com suas atribuições, bem como será proibido ao servidor ter alguma forma de relação com as empresas concessionárias fiscalizadas pela Agência em questão.

Ademais, o Projeto de lei, no artigo 25 §1º, garante ao ouvidor um mandato fixo no período de três anos, sendo vedada sua recondução. Logo, será garantindo ao servidor, um período certo e determinado para exercer sua atividade com tranquilidade e segurança de que só sairá do cargo de ouvidor nos casos previstos em lei. Vejamos:

Artigo 25 §1º: O ouvidor terá mandato de 3 (três) anos, vedada a recondução, no curso do qual somente perderá o cargo em caso de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou condenação em processo administrativo disciplinar.

Demonstrando, assim, que a ouvidoria estará atuando em respeito ao princípio constitucional da impessoalidade, exercendo uma fiscalização imparcial, sempre na tentativa de alcançar o interesse público. Isto é, a atividade exercida pela Agência deve estar em consonância com suas características básicas, ou seja, derivando em uma regulação técnica e que obtenha o resultado de um serviço público eficaz.

3.7 A INTERAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS ENTRE SI E COM OUTROS ÓRGÃOS E ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Projeto de Lei em estudo finaliza os regramentos para as Agências Reguladoras estabelecendo, do artigo 27 ao artigo 37, a existência de uma maior relação entre Agências Reguladoras de setores de regulação distintos, bem como será alinhada a relação com diversos entes da Administração Pública que possuem interesse na atividade fiscalizatória da Agência, tais como: órgãos em defesa do consumidor, defesa do meio ambiente e em defesa da livre concorrência.

As Agências Reguladoras estarão autorizadas, através de sua competência normativa, a se juntarem para criar normas que visem alcançar tema que discipline empresas de setores regulatórios diferentes. Por exemplo: uma empresa que forneça serviço de energia e outra empresa que preste serviço de água, as Agências Reguladoras respectivas se juntarão para editar norma que gerencie ambos os serviços. É o que disciplina o artigo 31 do Projeto de Lei. Já o artigo 29 estabelece uma forma de como a Agência Reguladora poderá utilizar-se de sua autonomia para denunciar ao órgão de defesa econômica alguma forma de

infração cometida pelas empresas concessionárias que seja verificada no âmbito de regulação.

Podemos perceber que, a Agência Reguladora possuirá autonomia para denunciar ao CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica qualquer fato ou ato que configure uma infração que atente à defesa da livre concorrência. Essa garantia, concedida às Agências, é de extrema importância, pois buscará combater as empresas prestadoras de serviço que visam o lucro máximo dos resultados, objetivando o saneamento de tal prática para alcançar a eficiência do serviço público.

Importante afirmar que, com os dispositivos mencionados, haverá uma interação entre órgãos de diferentes setores, como: a defesa do consumidor, devendo a Agência, nesse caso, atuar em conformidade com a legislação de proteção ao cliente consumidor. Além disso, o Projeto de Lei informa que também deverá existir uma relação com os órgãos de defesa do meio ambiente, sempre na busca para que a Agência Reguladora atue em conformidade com as normas ambientais, por exemplo: a correta retirada de uma licença ambiental.

3.8 O RISCO DA INFLUÊNCIA POLÍTICA NA INDICAÇÃO DOS DIRIGENTES DAS AGÊNCIAS

Por fim, gostaria de destacar os critérios para escolha dos dirigentes das Agências Reguladoras, destacando o risco de ocorrência da indicação política, em detrimento de uma escolha técnica e imparcial. O Projeto de Lei nas suas disposições finais unifica a forma de nomeação da diretoria colegiada de cada Agência Reguladora no âmbito federal.

Como informado no capítulo anterior, as Agências possuem autonomia funcional para escolha e permanência dos seus dirigentes com prazo fixo. Apesar disso, ocorre a problemática da influência política na escolha dos dirigentes, pois cabe ao Presidente da república nomear os dirigentes da determinada Agência. Esta forma de escolha é um dos principais pontos de crítica da doutrina administrativista, a supremacia da relação política na escolha dos dirigentes, em detrimento de uma escolha técnica e imparcial.

Com o futuro advento da nova legislação, será uniformizado a estruturação da diretoria colegiada de cada Agência. Isto é, o diretor geral e seus diretores serão escolhidos pelo chefe do executivo, o Presidente da República, para o mandato fixo de cinco anos, sendo proibida sua recondução. É importante destacar, que a nomeação dos diretores deverá passar pelo crivo do Senado Federal, como dispõe o artigo 52, inciso III, alínea "f" da Constituição Federal.

Nesse sentido, fica evidente que a fórmula de indicação dos futuros dirigentes de uma Agência Reguladora deixa brechas para a indicação política, prática bastante conhecida no Brasil quando o assunto são as Organizações Administrativas. Essa forma de indicação demonstra o real interesse da classe política em influenciar as decisões do conselho diretor da Agência, por meio das indicações. Sendo deixada de lado a real função da Agência Reguladora, pois para se ter uma agência técnica, que produza decisões imparciais objetivando o desenvolvimento do serviço público, é preciso ter uma equipe com diretores técnicos e especializados no determinado serviço regulado.

O artigo 44 do Projeto de Lei 6621 modifica o artigo 5º da lei 9986/00, disciplinando o rol taxativo em que o Presidente da República deverá obedecer para a indicação do futuro Diretor-Presidente e da Diretoria Colegiada. Vejamos:

Art. 5º: O Presidente, Diretor-Presidente ou Diretor-Geral (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada (CD II) serão brasileiros, indicados pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea "f" do inciso III do art. 52 da Constituição Federal, entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento no campo de sua especialidade, devendo ser atendidos 1 (um) dos requisitos das alíneas "a", "b" e "c" do inciso I e, cumulativamente, o inciso II:

I – ter experiência profissional de, no mínimo:

a) 10 (dez) anos, no setor público ou privado, no campo de atividade da agência reguladora ou em área a ela conexas, em função de direção superior; ou

b) 4 (quatro) anos ocupando pelo menos um dos seguintes cargos:

1. cargo de direção ou de chefia superior em empresa no campo de atividade da agência reguladora, entendendo-se como cargo de chefia superior aquele situado nos 2 (dois) níveis hierárquicos não estatutários mais altos da empresa;

2. cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS-4 ou superior, no setor público;

3. cargo de docente ou de pesquisador no campo de atividade da agência reguladora ou em área conexa; ou

c) 10 (dez) anos de experiência como profissional liberal no campo de atividade da agência reguladora ou em área conexa; e

II – ter formação acadêmica compatível com o cargo para o qual foi indicado

Podemos perceber que existe uma lista de cargos em que o Presidente da República deverá observar se o candidato corresponde ou não aos critérios estabelecidos. Nesse mesmo tema, Vitor Amuri Antunes (2016) informa que a indicação dos diretores será formulada através de uma lista tríplex, sendo indicado um dos candidatos para ser o Diretor-Geral da Agência Reguladora. Após a escolha, o indivíduo passará por aprovação do Senado Federal.

Portanto, cabe enxergar que esse rol estabelecido pelo Projeto em estudo irá gerar uma falsa segurança jurídica na indicação dos diretores da Agência Reguladora. Isto é, será realizado um processo seletivo que demonstrará os indivíduos que já estão no mesmo âmbito de atuação profissional que a Agência Reguladora. No mesmo sentido, restará comprovado que o novo critério, de escolha para os futuros dirigentes, irá limitar as opções de candidatos aos cargos de dirigentes, ou seja, foi estabelecido um rol taxativo de hipóteses em que os candidatos deverão se encaixar.

Garantindo a defesa do princípio da impessoalidade, pois a seleção será pública e realizada por uma Comissão imparcial, que analisará a experiência de cada um, sendo escolhido dentre vários candidatos, os três que melhor se encaixem nas características listadas pelo Projeto de Lei. Com isso, a Diretoria-Colegiada da Agência Reguladora possuirá um caráter mais técnico e específico no âmbito de sua regulação, para atuar em conformidade com a defesa do consumidor usuário e que garanta a livre concorrência das empresas concessionárias e permissionárias de serviço.

4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa demonstrou que por meio do Projeto de Lei Nº 6621/2016 o papel de fiscalização deve ser exercido com autonomia e efetividade no desenvolvimento do serviço público realizado pelas empresas concessionárias e permissionárias, devendo ser exigido o máximo respeito de todos os entes da relação fiscalizatória à autonomia das Agências tipificada pela lei.

Fica claro perceber que o Projeto de Lei estudado irá estabelecer a função das Agências Reguladoras, com a devida liberdade para legislar, fiscalizar, possuir orçamento independente e próprio, bem como até para decidir questões administrativas sem influência de nenhum ente que possa alterar sua função, sempre buscando o interesse público sobre o privado.

Desse modo, conclui-se que a Lei das Agências Reguladoras irá ditar o funcionalismo da relação dos consumidores do serviço público com as empresas prestadoras do serviço. Isto é, evidencia-se a autonomia funcional, administrativa e financeira das Agências perante o Poder Executivo, devendo ser objetivado o desenvolvimento da regulação do serviço público. Serão estabelecidos quais os parâmetros a serem alcançados pelas empresas privadas prestadoras do serviço, com uma decisão técnica e específica sobre a determinada regulação. Evitando a busca incessante pelo lucro por parte da empresa, tornando o serviço público uma ferramenta de desenvolvimento social do Estado.

Portanto, com a nova legislação acerca do tema, é possível vislumbrar a autonomia que as Agências terão no domínio do sistema regulatório brasileiro, sempre em prol do serviço público de qualidade e eficiente.

5 – REFERÊNCIAS

5.1 - Bibliografia

ANDRADE, Marília Carla Gomes de. **A Autonomia das Agências Reguladoras brasileiras**: uma análise da possível captura desses entes pelo poder público. 2012. 136 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012.

ANTUNES, Vitor Amuri. **Nova lei das Agências Reguladoras - o que está por vir**. 2016. Disponível em: <<http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-nova-lei-das-agencias-reguladoras-o-que-esta-por-vir>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Lei das Agências Reguladoras é aprovada em Comissão**. 2016. Disponível em:

<<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/11/23/lei-das-agencias-reguladoras-e-aprovada-em-comissao>>. Acesso em: 17 fev. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei nº 6621/2016**. 2016. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2120019>>. Acesso em: 17 fev. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

OLIVEIRA, Gesner. **Características de uma boa agência reguladora**. Folha de São Paulo. São Paulo, p. 2-2. 29 set. 2001.

PAIVA, Clarissa Teixeira. **Agências Reguladoras**. Revista Direito e Descoberta, Recife, v. 2, n. 2, p.19-36, out. 2002.

PERNAMBUCO. Agência de Regulação do Estado de Pernambuco. Agência de Regulação do Estado de Pernambuco. **Sobre a Ouvidoria**. Disponível em: <<http://www.arpe.pe.gov.br/ouvidoria.php>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **As Agências reguladoras e os princípios constitucionais**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, Rio de Janeiro, v. 15, n. 58, p.220-234, mar. 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

5.2 – Legislação e Jurisprudência

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 15. ed. São Paulo: Vade Mecum Saraiva, 2016.

BRASIL. **Lei de Gestão de Recursos Humanos das Agências Reguladoras**. 15. ed. São Paulo: Vade Mecum Saraiva, 18 jul. 2000.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 5º Região. Trf-5 - **Apelação Cível nº AC 342739 PE 2002.83.00.009457-0**. Relator: Desembargador Francisco Cavalcanti. Recife, PE, 30 de novembro de 2004. Diário de Justiça. Recife, 01 dez. 2004.

BREVES COMENTÁRIOS À LEI Nº. 13.812/2019: UM AVANÇO LEGISLATIVO COM RETROCESSO À ATIVIDADE INVESTIGATIVA?

JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR: Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso, atualmente lotado como delegado adjunto da Delegacia Especializada de Roubos e Furtos de Barra do Garças. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso - UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil. Curso de Extensão pela Universidade de São Paulo (USP) de Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obra jurídica e autor de artigos jurídicos. Atualmente também é professor de cursos preparatórios para concursos públicos.

MARCEL GOMES DE OLIVEIRA 
Coautor

1. INTRODUÇÃO

Entrou em vigor no dia 16 de março de 2019 a Lei nº. 13.812, que terminou por instituir a Política Nacional de Busca de Pessoas Desaparecidas, criou o Cadastro Nacional de Pessoas Desaparecidas e alterou a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

A política Nacional de Busca de Pessoas Desaparecidas é constituída por planejamentos abstratos, onde se concretizam por exemplo, através do cadastro nacional de pessoas desaparecidas.

A título de esclarecimentos faremos uma breve análise do conteúdo da lei, e, ao final dissertaremos de forma crítica acerca do art. 10 da referida lei, ao nosso ver, representa um retrocesso à atividade investigativa, em especial, à carreira da Autoridade Policial.

2. DA POLÍTICA NACIONAL DE BUSCA DE PESSOAS DESAPARECIDAS

Como dito a Lei nº. 13.812/2019 institui a Política Nacional de Busca de Pessoas Desaparecidas e criou o Cadastro Nacional de Pessoas Desaparecidas. Abrangendo sua aplicação aos Estados e a órgãos estaduais e aplicando-se também ao Distrito Federal e aos Territórios. Observe que neste aspecto os municípios estariam de fora.

O aludido diploma legal nos fornece ainda diversos conceitos, assim, para efeitos da Lei, considera-se:

- a) **pessoa desaparecida:** todo ser humano cujo paradeiro é desconhecido, não importando a causa de seu desaparecimento, até que sua recuperação e identificação tenham sido confirmadas por vias físicas ou científicas;
- b) **criança ou adolescente desaparecido:** toda pessoa desaparecida menor de 18 (dezoito) anos^[2];
- c) **autoridade central federal:** órgão responsável pela consolidação das informações em nível nacional, pela definição das diretrizes da investigação de pessoas desaparecidas e pela coordenação das ações de cooperação operacional entre os órgãos de segurança pública;
- d) **autoridade central estadual:** órgão responsável pela consolidação das informações em nível estadual, pela definição das diretrizes da investigação de pessoas desaparecidas em âmbito estadual e pela coordenação das ações de cooperação operacional entre os órgãos de segurança pública;
- e) **cooperação operacional:** compartilhamento de informações e integração de sistemas de informação entre órgãos estaduais e federais com a finalidade de unificar e aperfeiçoar o sistema nacional de localização de pessoas desaparecidas, coordenado pelos órgãos de segurança pública, com a intervenção de outras entidades, quando necessário.

A busca e a localização de pessoas desaparecidas são consideradas prioridade com caráter de urgência pelo poder público e devem ser realizadas preferencialmente por órgãos investigativos especializados, sendo obrigatória a cooperação operacional por meio de cadastro nacional, incluídos órgãos de segurança pública e outras entidades que venham a intervir nesses casos (art. 3º).

Com o objetivo de dar efetivo cumprimento às prioridades acima dispostas, o legislador estabeleceu 06 (seis) diretrizes, a saberem (no art. 4º da mencionada lei):

- 1) desenvolvimento de programas de inteligência e articulação entre órgãos de segurança pública e demais órgãos públicos na investigação das circunstâncias do desaparecimento, até a localização da pessoa desaparecida;
- 2) apoio e empenho do poder público à pesquisa e ao desenvolvimento científico e tecnológico voltados às análises que auxiliem e contribuam para a elucidação dos casos de desaparecimento, até a localização da pessoa desaparecida;
- 3) participação dos órgãos públicos e da sociedade civil na formulação, na definição e no controle das ações da política de que trata esta Lei^[3];
- 4) desenvolvimento de sistema de informações, transferência de dados e comunicação em rede entre os diversos órgãos envolvidos, principalmente os de segurança pública, de modo a agilizar a divulgação dos desaparecimentos e a contribuir com as investigações, a busca e a localização de pessoas desaparecidas;
- 5) disponibilização e divulgação, na internet, nos diversos meios de comunicação e em outros meios, de informações que contenham dados básicos das pessoas desaparecidas;
- 6) capacitação permanente dos agentes públicos responsáveis pela investigação dos casos de desaparecimento e pela identificação das pessoas desaparecidas.

3. DO CADASTRO NACIONAL DE PESSOAS DESAPARECIDAS

Do até então exposto, observa-se que a Lei nº. 13.812 até o presente momento demonstrou suas diretrizes, conceitos, panoramas, ou seja, tratou da política nacional de busca de pessoas desaparecidas – os rumos que se deverão adotar. Mas a lei trouxe ainda as disposições acerca do Cadastro Nacional de Pessoas Desaparecidas, que tem por objetivo implementar e dar suporte à política nacional de busca de pessoas desaparecidas, sendo o mesmo composto de (art. 5º):

- 1) banco de **informações públicas**, de livre acesso por meio da internet, com informações acerca das características físicas das pessoas desaparecidas, fotos e outras informações úteis para sua identificação sempre que não houver risco para a vida da pessoa desaparecida;

A título de exemplo, as polícias judiciárias de diversos estados, bem como as Secretarias de Segurança Pública possuem em seus sítios virtuais,

links exclusivos para direcionar internautas às listas de pessoas desaparecidas, listas estas contendo fotografias, nome e data do desaparecimento.

- 2) banco de **informações sigilosas**, destinado aos órgãos de segurança pública, com registros padronizados de cada ocorrência e com o número do boletim de ocorrência, que deverá ser o mesmo do inquérito policial, bem como informações acerca das características físicas das pessoas desaparecidas, fotos, contatos dos familiares ou responsáveis pela inclusão dos dados da pessoa desaparecida no cadastro e qualquer outra informação relevante para sua pronta localização;
- 3) banco de **informações sigilosas**, destinado aos órgãos de segurança pública, que conterà informações genéticas e não genéticas das pessoas desaparecidas e de seus familiares, destinado exclusivamente a encontrar e a identificar a pessoa desaparecida.

A análise de DNA – exame genético para fins de identificação de pessoas desaparecidas é uma realidade nos dias atuais, por ser dotado de uma precisão quase que absoluta e poder ser realizado tanto em vida quanto em morte.

Por sua vez o órgão competente implantará, coordenará e atualizará o Cadastro Nacional de Pessoas Desaparecidas em cooperação operacional e técnica com os Estados e demais entes federados. Sendo que no âmbito federal, o órgão competente será a Polícia Federal, por meio do agente de investigação, a interlocução de casos de competência internacional, inclusive a coordenação com a Interpol e demais órgãos internacionais.

Ademais, as informações do cadastro serão inseridas, atualizadas e validadas exclusivamente pelas autoridades de segurança pública competentes para a investigação. Ou seja, ficarão a cargo do Delegado de Polícia. Por fim, em caso de não inserção, de não atualização ou de não validação dos dados do Cadastro Nacional de Pessoas Desaparecidas implicará o impedimento de transferências voluntárias da União.

3.1 Dúvidas acerca da identidade do desaparecido

Em caso de dúvida acerca da identidade de cadáver, promover-se-á a coleta de informações físicas e genéticas, que serão inseridas no cadastro nacional de pessoas desaparecidas dentro do banco de informações sigilosas (art. 6º).

3.2 Elaboração de relatório anual

A autoridade central federal e as autoridades centrais estaduais elaborarão relatório anual, com as estatísticas acerca dos desaparecimentos, do qual deverão constar: o número total de pessoas desaparecidas; o número de crianças e adolescentes desaparecidos; a quantidade de casos solucionados; e as causas dos desaparecimentos solucionados (art. 7º).

3.3 Medidas iniciais a serem adotadas

Ao ser comunicada sobre o desaparecimento de uma pessoa, a autoridade do órgão de segurança pública, em observância às diretrizes elaboradas pela autoridade central, adotará todas as providências visando à sua localização, comunicará o fato às demais autoridades competentes e incluirá as informações no cadastro nacional de pessoas desaparecidas (art. 8º).

Para tanto a notificação do desaparecimento será imediatamente registrada no Cadastro Nacional de Pessoas Desaparecidas e na Rede de Integração Nacional de Informações de Segurança Pública, Justiça e Fiscalização (REDE SINESP/INFOSEG) ou sistema similar de notificação adotado pelo Poder Executivo.

Nos casos em que a autoridade policial verificar a existência de qualquer indício de vulnerabilidade da pessoa desaparecida, no caso, a investigação do desaparecimento de **crianças ou adolescentes** será realizada imediatamente após notificação aos órgãos competentes, que deverão comunicar o fato aos portos, aeroportos, Polícia Rodoviária e companhias de transporte interestaduais e internacionais, fornecendo-lhes todos os dados necessários à identificação do desaparecido.

Nota-se que aquele prazo costumeiro de 24 (vinte e quatro) horas não existe de fato, conforme se criou na rotina policial.

Além do mais o desaparecimento de criança ou adolescente deverá ser comunicado ao Conselho Tutelar. A autoridade alertará o comunicante do desaparecimento acerca da necessidade de informar o reaparecimento ou retorno

da pessoa desaparecida. Isso se dá pelo fato do poder de mobilização disposto pela Autoridade para fins de buscas ao desaparecido. Evita-se assim, com o simples ato de comunicar o reaparecimento, esforços desnecessários dos órgãos policiais.

3.4 Princípio da investigação perene

As investigações sobre o desaparecimento serão realizadas até a efetiva localização da pessoa (art. 9º). Em resumo, não existe a possibilidade de arquivamento das investigações policiais acerca de pessoas desaparecidas por expressa previsão legal.

Com isso, o objetivo final será sempre a localização da pessoa, não importando se em vida ou em morte.

Assim, a resposta do paradeiro do desaparecido à família é aspecto central da Lei, não podendo o Estado-pólicia se dar por satisfeito, enquanto não se ter uma resposta da localização da pessoa.

Parece com todo respeito, mais uma ignorância da realidade pelo legislador pátrio, porquanto por mais nobre que seja o intuito da *"mens legis"*, sabe-se que no crime de homicídio (extremamente grave) não se tem essa exigência legal (investigação perene), agora criar uma exigência dessa envergadura em um desaparecimento seria proporcional?

Não estamos a dizer que o desaparecimento seja um caso banal da literatura policial, mas é que guardadas às proporções devidas de um e o outro, temos dificuldades em sustentar não existir perenidade de investigação em crime de homicídio, e existir de outro lado, perenidade de investigação num desaparecimento, conquanto tenhamos lei para tanto.

3.5 O retrocesso à atividade investigativa

O legislador ordinário previu no art. 10 da Lei nº. 8.212/2019 que:

Art. 10. *As autoridades de segurança pública, mediante autorização judicial, poderão obter dados sobre a localização de aparelho de telefonia móvel sempre que houver indícios de risco à vida ou à integridade física da pessoa desaparecida.*

Entendemos que ao condicionar a necessidade prévia de obter autorização judicial para obtenção de dados e localização de aparelho, o legislador retrocedeu nessa matéria, pelo menos no que toca ao dado de Estação Rádio Base (ERB) quando se compara com a **jurisprudência**^[4].

Em nosso sentir, a Lei nº. 13.812 trouxe uma possibilidade de quebra de Estação Rádio Base (ERB) para fins civis e não criminais; pois em muitos casos o desaparecimento de pessoa não está relacionado a crime. Observe ainda que o legislador não permitiu à interceptação telefônicas, mas apenas a localização do celular, em resumo: “A Estação Rádio Base (ERB)”.

Não nos parece razoável essa vedação abstrata trazida pelo legislador, porque acaba reduzindo o espectro de ferramentas necessárias para localizar pessoa desaparecida, sem uma motivação plausível e razoável e ainda pode causar embaraço em evoluções investigativas.

Nessa linha, suponhamos que por detrás desse “desaparecimento”, exista uma organização criminosa incumbida de realizar homicídios que ocasionaram os “desaparecimentos”.

Com essa vedação abstrata, certamente, poderá obstruir que num primeiro momento situação tidas por mero “desaparecimento” seja impedida de lançar mão desse mecanismo de interceptação telefônica.

E mais, poderá causar discussões, se eventual interceptação porventura deferida, possa ser acoimada ou não de ilícita, pois se constatada que estávamos num “desaparecimento” e depois evoluindo para constatação de homicídio, no mínimo dará azo para brados defensivos querendo impingir ilegalidade das provas ou elementos informativos obtidas pela interceptação.

3.6 O dever de informar às autoridades públicas sobre o ingresso ou o cadastro de pessoas sem a devida identificação nas dependências de hospitais, as clínicas e os albergues, públicos ou privados

O art. 11, da Lei em análise traz um dever, qual seja, os hospitais, as clínicas e os albergues, públicos ou privados, deverão informar às autoridades públicas sobre o ingresso ou o cadastro de pessoas sem a devida identificação em suas dependências.

A propósito, é essa a redação do propalado dispositivo legal *“in verbis”*:

Art. 11. *Os hospitais, as clínicas e os albergues, públicos ou privados, deverão informar às autoridades públicas sobre o ingresso ou o cadastro de pessoas sem a devida identificação em suas dependências.*

3.7 Transmissão em rádio e televisão sobre desaparecimentos

O poder público envidará esforços para celebrar convênios com emissoras de *rádio e televisão* para a transmissão de alertas urgentes sobre o desaparecimento de crianças e adolescentes (art. 12). Tais convênios poderão ainda ser celebrados com empresas de transporte e organizações não governamentais.

Por sua vez, nesta divulgação – rádio e televisão - deverão ser observados os seguintes critérios:

- a) confirmação do desaparecimento pelo órgão de segurança pública competente;
- b) evidência de que a vida ou a integridade física da criança ou do adolescente desaparecido está em risco;
- c) descrição detalhada da criança ou do adolescente desaparecido, bem como do suspeito ou do veículo envolvido no ato.

A transmissão de alertas restringir-se-á aos casos em que houver informações suficientes para a identificação e a localização da criança ou do adolescente desaparecido ou do suspeito.

Por sua vez, o alerta não será utilizado quando a difusão da mensagem puder implicar aumento do risco para a criança ou o adolescente desaparecido ou comprometer as investigações em curso.

De mais a mais, a autoridade central federal e as autoridades centrais estaduais definirão os agentes responsáveis pela emissão do alerta.

Salienta-se ainda que o poder público também poderá promover, mediante convênio com órgãos de comunicação social e outros entes privados, a divulgação de informações e imagens de pessoas desaparecidas ainda que não haja evidência de risco à vida ou à integridade física dessas pessoas (art. 13).

Ou seja, além do rádio e da televisão dispostos no art. 12, este artigo 13 inseriu, a título de exemplo, os meios de comunicação virtual, que nos últimos anos tem ganhado espaço, como são os casos de sites de internet, canais no *youtube*, páginas de propaganda no *Instagram*, *Facebook*, *Twitter* etc. Sendo que, neste caso, a divulgação de informações e imagens será feita mediante prévia autorização dos pais ou do responsável, no caso de crianças ou adolescentes desaparecidos, e, no caso de adultos desaparecidos, quando houver indícios da prática de infração penal.

3.8 Mudanças no Estatuto da Criança e do Adolescente

O art. 83 da [Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990](#) (Estatuto da Criança e do Adolescente), passa a vigorar com as seguintes alterações (art. 14):

Art. 83. *Nenhuma criança ou adolescente menor de 16 (dezesesseis) anos poderá viajar para fora da comarca onde reside desacompanhado dos pais ou dos responsáveis sem expressa autorização judicial.*

§ 1º *A autorização não será exigida quando:*

a) *tratar-se de comarca contígua à da residência da criança ou do adolescente menor de 16 (dezesesseis) anos, se na mesma unidade da Federação, ou incluída na mesma região metropolitana;*

b) *a criança ou o adolescente menor de 16 (dezesesseis) anos estiver acompanhado;*

A regra trazida pelo dispositivo legal traz que nenhuma criança ou adolescente menor de 16 (dezesesseis) anos poderá viajar para fora da comarca onde reside desacompanhado dos pais ou dos responsáveis sem expressa autorização judicial.

Entretanto, essa autorização não será exigida quando:

a) *tratar-se de comarca contígua à da residência da criança ou do adolescente menor de 16 (dezesesseis) anos, se na mesma unidade da Federação, ou incluída na mesma região metropolitana;*

b) *a criança ou o adolescente menor de 16 (dezesesseis) anos estiver acompanhado.*

Nos valendo do quadro trazido pelo site Dizer o Direito, podemos elencar o resumo dos arts. 83 a 85 do ECA:

Viagem NACIONAL	
Situação	É necessária autorização?
Criança e adolescente menor de 16 anos viajar com o pai e a mãe.	NÃO
Criança e adolescente menor de 16 anos viajar só com o pai ou só com a mãe.	NÃO
Criança e adolescente menor de 16 anos viajar com algum ascendente (avô, bisavô).	NÃO (nem dos pais nem do juiz)
Criança e adolescente menor de 16 anos viajar com algum colateral, maior de idade, até 3º grau (irmão, tio e sobrinho).	NÃO (nem dos pais nem do juiz)
Criança e adolescente menor de 16 anos viajar acompanhada de uma pessoa maior de idade, mas que não seja nenhum dos parentes acima listados (ex: amigo da família, chefe de excursão, treinador de time).	SIM Será necessária uma autorização expressa do pai, mãe ou responsável (ex: tutor) pela criança.
Criança e adolescente menor de 16 anos viajar sem estar acompanhada por uma pessoa maior de idade.	SIM Será necessária uma autorização do juiz da infância e juventude.
Criança e adolescente menor de 16 anos viajar desacompanhada de parentes para comarca vizinha, localizada dentro do mesmo Estado, ou para comarca que pertença à mesma região metropolitana.	NÃO (nem dos pais nem do juiz)

<p>Adolescente maior de 16 anos viajar desacompanhado de pais, responsável, parente ou qualquer outra pessoa.</p>	<p>NÃO</p> <p>Adolescentes maiores de 16 anos podem viajar pelo Brasil sem autorização.</p>
---	---

Fonte: Dizer o Direito

<p>Viagem ao EXTERIOR</p>	
<p>Situação</p>	<p>Necessária autorização?</p>
<p>Criança ou adolescente (ou seja, qualquer pessoa menor de 18 anos) viajar acompanhado do pai e da mãe.</p>	<p>NÃO</p>
<p>Criança ou adolescente (pessoa menor de 18 anos) viajar com o seu responsável (ex: guardião, tutor ou curador).</p>	<p>NÃO</p>
<p>Criança ou adolescente (pessoa menor de 18 anos) viajar só com o pai ou só com a mãe.</p>	<p>SIM</p> <p>Nesse caso, será necessária:</p> <p>1) autorização judicial; OU</p> <p>2) autorização expressa do pai ou mãe que não for viajar, através de documento com firma reconhecida.</p> <p>Obs: não será necessária autorização com firma reconhecida se os pais estiverem presentes no embarque.</p>
<p>Criança ou adolescente (pessoa menor de 18 anos) viajar desacompanhado</p>	<p>SIM</p> <p>Nesse caso, será necessária:</p>

<p>Criança ou adolescente (pessoa menor de 18 anos) viajar em companhia de terceiros maiores e capazes, designados pelos genitores.</p>	<p>1) autorização judicial; OU</p> <p>2) autorização expressa do pai e da mãe, com firma reconhecida.</p>
<p>Em todos os outros casos (ex: avô, tio, irmão, chefe de excursão, treinador de time etc.).</p>	<p>Obs: não será necessária autorização com firma reconhecida se os pais estiverem presentes no embarque.</p>
<p>Criança ou adolescente (pessoa menor de 18 anos) nascido no Brasil viajar em companhia de residente ou domiciliado no exterior.</p>	<p>SIM</p> <p>Necessária prévia e expressa autorização judicial.</p>

Fonte: Dizer o Direito

A transgressão das regras acima ensejará a prática da infração administrativa enumerada no art. 251, do ECA:

Art. 251. *Transportar criança ou adolescente, por qualquer meio, com inobservância do disposto nos arts. 83, 84 e 85 desta Lei:*

Pena – multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

3.9 Implementação de ajuda psicossocial à família de pessoas desaparecidas

O poder público implementará programas de atendimento psicossocial à família de pessoas desaparecidas (art. 15). O desiderato do legislador foi dar o suporte necessário na esfera psicológica e social à família que teve o ente desaparecido.

3.10 O fim da cisão entre banco de dados de pessoas desaparecidas

A Lei nº. 12.127 havia criado no ano de 2009 o Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes desaparecidos, porém, agora com o advento da Lei nº. 13.812 de 2019, o legislador está unificando todos os bancos de dados em um único: o

Cadastro Nacional de Pessoas Desaparecidas (englobando adultos, crianças e adolescentes) – inteligência do art. 16.

3.11 Disque 100 e disque pessoas desaparecidas

Dando sequência, aos nossos comentários, a legislação em comento criou o “**disque 100 e o disque pessoas desaparecidas**”. Vejamos a redação do art. 17 da Lei nº. 13.812/2019 e seu parágrafo único:

***Art. 17.** O órgão competente do Poder Executivo providenciará número telefônico gratuito, de âmbito nacional, para fornecimento e recebimento de informações relacionadas ao cadastro de que trata esta Lei.*

***Parágrafo único.** O Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Desaparecidos manterá o Disque 100 para recebimento de denúncias de desaparecimento de crianças e adolescentes.*

Pensamos que faltou tato ao legislador ao redigir tal artigo, pois, poderia em um único número telefônico (Disque 100) englobar por completo o fornecimento e recebimento de informações, não necessitando um número novo ou expectativa para tanto.

O “Disque 100” já é amplamente conhecido. Além do mais, a criação de um novo número demandará novos esforços de divulgação e com toda certeza, causará confusão para aqueles que mais fornecem informações: a população!

CONCLUSÃO

Por derradeiro, concluímos que a Lei em comento mais uma vez dá mais passos para retroceder do que para avançar, substancialmente, em matéria de diligências e investigações para localizar pessoas desaparecidas, negligenciando nos sagrados bens jurídicos que são a vida e a pessoa humana.

A experiência mostra que inúmeros casos de desaparecimento reclamam medidas urgentes, e uma vez o legislador trazendo burocracias – como na nova lei – para essas buscas, acaba por travar e retardar medidas eficazes por parte da Polícia Judiciária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Lei 13.812/2019: Política Nacional de Busca de Pessoas Desaparecidas.** Publicado em 20 de março de 2019. Disponível em: <<<https://www.dizerodireito.com.br/2019/03/ola-amigos-do-dizer-o-direito-foi.html>>>. Disponível em 24 de março de 2018.

[1] Delegado de Polícia no Estado do Mato Grosso, atualmente lotado na Delegacia Especializada de Homicídio e Proteção à Pessoa - DHPP. Especialista em Direito do Estado. Especialista em Metodologia do Ensino Superior. Atualmente é professor de cursos preparatórios para concursos públicos e professor da Academia de Polícia Judiciária Civil do Estado do Mato Grosso - ACADEPOL/MT.

[2] Em conformidade com o art. 2º, do ECA.

[3] Em resumo: os órgãos de segurança pública (todos aqueles descritos no art. 144 da CF: polícia militar, polícia civil, polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal); os de órgãos de direitos humanos e de defesa da cidadania; os institutos de identificação, de medicina legal e de criminalística; o Ministério Público; a Defensoria Pública; a Assistência Social; os conselhos de direitos com foco em segmentos populacionais vulneráveis; os Conselhos Tutelares.

[4] Admite-se a quebra de sigilo de dados da ERB (estação rádio base) sem a necessidade de autorização judicial (STJ, HC 247.331).

USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL DE BENS IMÓVEIS

GUSTAVO MUNHOZ DO NASCIMENTO:

Acadêmico do curso de Direito da Universidade de Fernandópolis - SP.

Dr. AILTON NOSSA MENDONÇA
(Orientador)

RESUMO: Há alguns anos presenciamos um fenômeno chamado de desjudicialização. Que representa o encaminhamento de demandas que antes só poderiam ser discutidas na via judicial, e passam então a tramitar na extrajudicial (cartórios), como o divórcio e o inventário e partilha de bens. Das atribuições referidas, venho retratar a usucapião, em específico a extrajudicial como reza acima. Uma forma que ao atingir os requisitos legais, tende a se tornar mais célere que a via judicial, sendo assim mais benéfico tanto para o Estado quanto para as partes envolvidas. Isso tudo devido à nova legislação que veio junto ao Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015), que permitiu esse feito ao introduzir a Lei dos Registros Públicos (Lei 6.015/73) o artigo 216-A. Como metodologia, foram feitas pesquisas bibliográficas, principalmente o código de processo civil de 2015 e utilizada à internet para a procura conteúdo relativo e semelhante ao exposto.

Palavra chaves: Usucapião. Extrajudicial, Desjudicializar.

ABSTRACT: A few years ago we witnessed a phenomenon called disjudicialization. It represents the referral of lawsuits that previously could only be discussed in the judicial process, and then proceed to deal in extrajudicial (registry), such as divorce and inventory and sharing of assets. From the above attributions, I come to portray the usucapion, specifically extrajudicial as above. A form that, when reaching the legal requirements, tends to become faster than the judicial route, thus being more beneficial both for the State and for the parties involved. This is all due to the new legislation that came together with the Civil Procedure Code of 2015 (Law 13.105 / 2015), which allowed this to happen by introducing the Public Registers Law (Law 6.015 / 73), Article 216-A. As a methodology, bibliographical research was done, mainly the civil process code of 2015 and used to the internet to search for relative content and similar to the above.

Key words: Usucapião. Extrajudicial, Disjudicialize.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. O QUE É USUCAPIÃO 3. MODALIDADES DE USUCAPIÃO 4. COMPETÊNCIA: 5. PRESENÇA DE ADVOGADO (A) 6. REQUERIMENTO. 7. DOCUMENTOS APRESENTADOS. 8. PRENOTAÇÃO. 9. DA AUTUAÇÃO E QUALIFICAÇÃO. 10. CONCLUSÃO. 15. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Existem formas variadas de usucapir um bem, porém trata-se aqui da forma administrativa, não prevista no Código Civil e sim no Código de Processo Civil de 2015 que acrescentou novo texto na Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73).

A Lei 13.105/15 (Código de Processo Civil), expressa no seu artigo 1.071, o procedimento administrativo extrajudicial para realização da usucapião de bens imóveis.

Com base no artigo 1.071 supracitado, a L.R.P. (Lei de Registros Públicos) teve o artigo 216-A incorporado a si para regular o procedimento da usucapião extrajudicial, que será requerido ao oficial de registro de imóveis.

Esse acréscimo à lei vem da chamada desjudicialização ou extrajudicialização, que tem como preceito a outorga de competências do poder judiciário para órgãos extrajudiciais (cartórios), especificadamente as serventias notariais e registrais, onde serão lavrados e registrados estes atos.

Fica claro que o legislador conhece a capacidade dos tabeliães e oficiais registradores para realizar questões onde não ocorre lide, em que há consenso e disponibilidade de direitos envolvidos, que necessitam de análise para aplicar o direito ao fato concreto, também, colaborando com o objetivo de agilizar a atividade jurisdicional (celeridade).

Ora, dotados de fé pública e devidamente qualificados para realização de seus atos, prestam serviços públicos voltados a garantir a

publicidade, autenticidade, segurança e eficácia de atos jurídicos. Os artigos seguintes comprovam a funcionalidade e eficácia do mesmo, artigo 236 da C.F./1988 (Constituição Federal, de 1988) *"in verbis"*:

"Art. 236 - Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público". (BRASIL, 1998).

E também a Lei 8.935/1994 (Lei dos Cartórios), do seus artigos 1º ao 4º, que vem regulamentando o artigo constitucional acima:

Art. 1º Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

Art. 2º [\(Vetado\)](#).

Art. 3º Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.

Art. 4º Os serviços notariais e de registro serão prestados, de modo eficiente e adequado, em dias e horários estabelecidos pelo juízo competente, atendidas as peculiaridades locais, em local de fácil acesso ao público e que ofereça segurança para o arquivamento de livros e documentos.

(BRASIL, 1994).

Com fulcro nos artigos citados acima, é explícita a competência para o exercício deste encargo. Sendo assim, atingido os requisitos previstos em lei, fica livre ao interessado a procura de qualquer serviço notarial para dar início este processo.

2. O QUE É USUCAPIÃO:

Segundo Gonçalves (2017, p. 253):

O fundamento da usucapião esta? assentado, assim, no princípio da utilidade social, na conveniência de se dar segurança e estabilidade a? propriedade, bem como de se consolidar as aquisições e facilitar a prova do domínio. Tal instituto, segundo consagrada doutrina, repousa na paz social e estabelece a firmeza da propriedade, libertando-a de reivindicações inesperadas, corta pela raiz um grande número de pleitos, planta a paz e a tranquilidade na vida social: tem a aprovação dos séculos e o consenso unânime dos povos antigos e modernos.

Usucapião é uma forma de aquisição originária do direito de propriedade que decorre da posse mansa, pacífica (ou seja, sem conflitos) e com intensão de dono ao longo do tempo (exceção à regra geral adotada pelo código civil, a teoria subjetiva da posse), é possível que para esse fim o possuidor atual some sua posse com a do anterior, com tanto que todas sejam contínuas e pacíficas. Também é conhecida como prescrição extintiva, pois o curso do tempo somado aos demais requisitos legais faz com que o proprietário perca a propriedade e o possuidor adquira a mesma. Essa aquisição também se utiliza do princípio da função social do bem (posse trabalho), ou seja, ela terá um fim, não ficando em abandono o imóvel.

3. MODALIDADES DE USUCAPIÃO:

O ordenamento jurídico brasileiro no Código Civil de 2002 apresenta nove (9) modalidades de se usucapir um bem, elas são:

- I. Ordinária (Art. 1.242 C.C.).
- II. Ordinária por posse trabalho (Art. 1.242, § único, C.C.).
- III. Extraordinária (Art. 1.238, C.C.).
- IV. Extraordinária por posse trabalho (Art. 1.238, § único, C.C.).

V.Constitucional ou especial rural (Art. 191, C.F./88 Art. 1.239, C.C. e Lei 6.969/1.981).

VI.Constitucional ou especial urbano "Pro misero" (Art. 183, C.F./88 Art. 1.240, C.C, e art. 9º 10.257/2001).

VII.Especial Urbana por Abandono do Lar (Art. 1.240-A, C.C.).

VIII.Especial Urbana por Abandono do Lar (Art. 1.240-A, C.C.).

IX.Especial Urbana Coletiva (Art. 10, Lei 10.257/2.001).

Diante dessas surge à modalidade Administrativa proveniente do artigo 1.071 do Código de Processo Civil de 2015, dando poder ao extrajudiciário (os cartórios) de realizar as modalidades supramencionadas.

4. COMPETÊNCIA:

Vem expresso na Lei 8.935, Lei dos Cartórios em seu artigo 12 (doze), sobre as competências:

"Aos oficiais de registro de imóveis, de títulos e documentos e civis das pessoas jurídicas, civis das pessoas naturais e de interdições e tutelas compete a prática dos atos relacionados na legislação pertinente aos registros públicos, de que são incumbidos, independentemente de prévia distribuição, mas sujeitos **os oficiais de registro de imóveis e civis das pessoas naturais às normas que definirem as circunscrições geográficas.**" (Grifo)

A usucapião extrajudicial deve ser processada em qualquer Cartório de Notas, e encaminhada ao Registro de Imóveis da comarca imobiliária em que se situa o imóvel, ainda que o seu registro esteja em outra comarca, ou então, estando em mais de uma comarca, poderá o usucapiente escolher qual deles proceder com o mesmo e após o término, apresentar a matrícula com o registro ao demais. Assim como disciplina no artigo 1.071 do Código de Processo Civil de 2015.

Ressalte-se que a publicidade e a validade real são corroboradas pelo fato do registro do título no livro do registro de imóveis, obrigatório, na circunscrição imobiliária onde se situa o imóvel.

5. PRESEÇA DE ADVOGADO (A):

Cita BRANDELLI (2016, p. 74):

Todavia, excepcionalmente, em matéria de processo extrajudicial de usucapião, pelo procedimento comum previsto no art. 216-A da LRP, haverá? a necessidade de a parte postulante ser representada por advogado, por expressa disposição legal, como reminiscência do processo jurisdicional, cuja necessidade, na esfera registral, e?, no mínimo, discutível tecnicamente, uma vez que não ha? litigio instaurado.

É necessário que esteja o requerente na presença de seu advogado, ou então, representar-se (auto composição); os co-requerentes, inclusive o cônjuge, deverão estar munidos por procuração advocatícia.

6. REQUERIMENTO:

O requerimento deve ser feito por uma petição subscrita por um advogado (a), contendo:

I- Os fatos que fundamentam o pedido início da posse, modo de aquisição, cessões de direitos possessórios, qualificação dos cedentes e data da cessão (em caso de sucessão, qualificar o possuidor anterior e a data da abertura de sucessão "*Sucessio possessoris*"), está relacionado com o princípio da continuidade da posse de outra pessoa, se a posse é viciada vai continuar viciada, só que nesse caso não vamos ter a soma das posses;

II- Devendo ser observado o TEMPO DA POSSE, confirmação da POSSE JUSTA (ou presumir a boa fé do possuidor), confirmação da POSSE MANSA e caso requerido redução de prazo, confirmar se os fatos são justificáveis.

III- Fundamentar juridicamente o pedido, mencionar a lei que permite a aquisição da propriedade.

IV- Requerer a notificação dos interessados no prazo de 15 dias; cientificar a Fazenda Pública para que se manifestem sobre o pedido; o deferimento do pedido; e por fim o registro da aquisição na matrícula do imóvel ou abertura de nova.

7. DOCUMENTOS APRESENTADOS:

Como reza o artigo 216-A, da Lei 6.015/73, será necessária apresentação de documentos, seguindo o rito dos incisos do mesmo:

I. Ata notarial (art. 384 do CPC/2015), documento público, lavrada por tabelião de notas, de forma imparcial, que constará a qualificação completa do requerente (nome, nacionalidade, estado civil e regime de bens, RG (ou similar), CPF, endereço). Bem como fatos presenciados por ele, até mesmo em diligência, observada sua circunscrição, identificando o tempo de posse, tanto do requerente quanto dos antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias.

Presume-se verdadeiro os fatos nela contidos, tornando-se assim um importante meio de prova.

II. Planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapindo e na matrícula dos imóveis confinantes.

A planta e o respectivo memorial descritivo são documentos que detalham todos os projetos realizados no imóvel, construções, benfeitorias, medidas, confrontações, passagens, vias, entre outros, é de suma importância para descrição do imóvel pertinente a matrícula que ficará registrada no CRI (Cartório de Registro de Imóveis).

III. Certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente.

Assim poderá ser apurado se sobre imóvel existe alguma dívida, débito, a ser quitado.

IV. Justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel.

Facilitando assim a demonstração da manutenção correta do imóvel requisitado, e dando melhor proveito.

Juntado esses documentos, basta leva-los ao registro de imóveis competente e requisitar a protocolação.

8. PRENOTAÇÃO

Define-se prenotação como "uma anotação prévia e provisória no protocolo, feita por oficial de registro público de um título apresentado para registro". (Dicionário inFormal - SP, 2013)

O requerimento deverá ser prenotado na apresentação, salvo se tiverem sido requeridos expressamente apenas exame e cálculo.

Seguindo o artigo 216-A, § 1º, Lei 6.015/73, o pedido será autuado pelo registrador, e ficará prorrogado até a análise do pedido. Sendo procedente o pedido, registrando-se a usucapião, caso contrário será devolvido à documentação com os requisitos transcritos.

9. DA AUTUAÇÃO E QUALIFICAÇÃO

Aqui viemos com a formação dos autos no processo que, uma vez prenotado, o requerimento e os documentos que acompanham o procedimento da usucapião extrajudicial deverão ser autuados, ou seja, juntados no processo,

numerados e assinados pelo Oficial ou pelo escrevente responsável, para qualificação.

Na qualificação, verificar-se-á entre outros cuidados:

- a) Se estão presentes todos os documentos necessários;
- b) Se a ata notarial contempla a forma legal;
- c) Se é possível identificar a espécie de usucapião; o tempo e posse contínua; a certeza de que a mesma é justa e, quando exigível, de boa-fé, exercida com "*animus domini*", intenção de obter o domínio da coisa;
- d) Se foram identificados e qualificados todos os proprietários, titulares de direitos reais, em relação ao imóvel usucapindo, bem como os confinantes;
- e) Se não ha existência de ação contra o requerente ou seus antecessores, que tenha por mérito a posse deste imóvel;
- f) Se o imóvel é realmente o que consta na matrícula ou transcrição indicada no requerimento;
- g) Se os confinantes são realmente confinantes e se são os únicos;
- h) Se a descrição do imóvel cumpre as exigências legais, inclusive em relação a eventual necessidade de georreferenciamento, conforme planta(s) e memorial(is) descritivo(s);
- i) Se o memorial descritivo está de acordo com a planta e vice-versa;
- j) Se as certidões apresentadas estão atualizadas;
- k) Se foram indicados os verdadeiros proprietários e titulares de direitos reais em relação ao objeto desta;

Havendo alguma irregularidade, o Oficial poderá conceder prazo para apresentação ou retificação dos documentos, como mostra o § 2º (15 dias).

Após a análise de todo o procedimento, o pedido poderá ser deferido ou não. Se deferido, parte-se ao registro, onde o oficial: a) registrará em nome do requerente a usucapião, na matrícula do imóvel; ou b) abrirá matrícula com base no memorial descritivo e registrará a usucapião em nome do requerente; c) no caso de abrir matrícula nova, averbará na matrícula anterior o encerramento em virtude da usucapião registrada na outra, que será identificada por novo número, registro e respectivas averbações.

Todavia, é de importância citar o artigo 216-A, parágrafo 9º que diz:

"§ 9º A rejeição do pedido extrajudicial não impede o ajuizamento de ação de usucapião".

Sendo assim poderá correr normalmente na via judiciária e, da mesma forma, caso haja lide presente.

Devidamente expresso na lei, se qualquer interessado impugnar o pedido, o registrador fará remessa dos autos ao juízo competente, para apreciação dos fatos (§ 10º do artigo 216-A da respectiva lei). Nesse caso, caberá emenda da inicial, para ajustá-la às exigências do procedimento judicial.

Caso a documentação apresentada seja declarada insuficiente para o registro e o requerente não se conformar com as alegações, pode ainda requerer suscitação de dúvida, um processo qual se requer em juízo competente a requalificação dos documentos, com a impugnação do requerente dizendo o porque deverá ser feito o registro e as razões do oficial em não fazê-lo, assim como expressa o § 7º e artigo 198 da lei de registros públicos, para que o juiz decida, no âmbito administrativo.

10. CONCLUSÃO

De forma clara, reza no próprio caput do artigo 1.071, que este ato não implicará em prejuízo a via jurisdicional, assim o legislador revela-nos que este ato busca prosperidade e viabilidade no nosso ordenamento jurídico.

Serão partes possíveis de requerimento as pessoas físicas e jurídicas, vedado a postulação pelo espólio.

Outro ponto muito importante da regulamentação normativa é que se não houver manifestação, tanto dos confinantes ou titulares de direitos reais, não será presumida sua anuência. Esta forma adotada aqui se opõe à presente, em que o silêncio do notificado implica concordância tácita (Lei de Registros Públicos, artigo 213, parágrafo 5º).

"Artigo 213, § 5º, Lei 6.015/73, Findo o prazo sem impugnação, o oficial averbará a retificação requerida; se houver impugnação fundamentada por parte de algum confrontante, o oficial intimará o requerente e o profissional que houver assinado a planta e o memorial a fim de que, no prazo de cinco dias, se manifestem sobre a impugnação."

(BRASIL, 1973)

Não obstante, o CPC, traz ainda a divulgação deste ato para que não haja prejuízo de terceiros, com ciência à Fazenda Pública, União, Estado, Distrito Federal e Município; e o oficial deverá promover a publicação de edital, em jornal de grande circulação, para cientificar a ocorrência do mesmo com publicidade e chamamento de interessados para se manifestarem no prazo de 15 (quinze) dias. Isso tudo nos § 3º e 4º, do referido artigo.

Com a cautela legislativa, a segurança jurídica foi privilegiada em detrimento da efetividade.

Bem como uma ação negada não inibe a entrada com outra modalidade se assim preenchidos os requisitos legais.

Ressalta-se aqui que não é possível a usucapião de bens públicos, estes, cobertos pelo manto da impossibilidade de aquisição por esta forma.

Vide aqui que a usucapião extrajudicial é uma forma rápida e prática que o legislador encontrou de desafogar o poder judiciário, tendo seus requisitos preenchidos conforme exige a lei. De tal forma que o oficial de notas e registros tem plena capacidade para executar esta, entre várias atribuições, a função de aplicar o direito e dar publicidade de seus atos.

Sendo assim, atendendo os requisitos supramencionados será validado o processo, e realizada a aquisição dos direitos reais imobiliários pelo extrajudicial, ou administrativamente, perante o Registro Imobiliário, sem necessidade de um processo judicial, assim mais célere e ampliando a jurisdição.

11. REFERÊNCIAS

BRANDELLI, LEONARDO. **Usucapião Administrativa**, de acordo com o novo Código de Processo Civil, São Paulo: Editora Saraiva 2016.

GONÇALVES, CARLOS ROBERTO. **Direito Civil Brasileiro**: volume 5 – Direito das Coisas, 12ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva 2017.

BRASIL. **Código Civil**, decreto nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 31/03/2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil**, decreto nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 31/03/2019.

BRASIL. **Constituição Federal**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 31/03/2019.

BRASIL. **Lei dos Registros Públicos**, Decreto nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 31/03/2019.

ANOREG/SP, **Passo a passo da Usucapião Extrajudicial**. Disponível em: <<https://www.anoregsp.org.br/noticias/24278/passo-a-passo-da-usucapiao-extrajudicial/>>. Acessado em: 31/03/2019.

Dicionário Informal, **Prenotação** Disponível em: <<https://www.dicionarioinformal.com.br/prenota%C3%A7%C3%A3o/>>. Acessado em 31/03/2019.

Oficial Eletrônico, **Usucapião Extrajudicial**, Disponível em: <https://www.oficioeletronico.com.br/downloads/cartilha_usucapiaoadm.pdf/>. Acessado em 31/03/2019.

O CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA CONTRA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE PARTILHA AMIGÁVEL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

LARISSA CORRÊA GUAREZI ZENATTI:

Servidora Pública no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC. Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

Resumo: Objetiva-se solucionar a polêmica celeuma que permeia o debate processualista civil no Direito Brasileiro há tempos: o instrumento cabível contra decisão homologatória de partilha amigável. Boa parte dos precedentes jurisprudenciais nos quais baseiam-se decisões e análises jurídicas menos aprofundadas estão adstritos às conclusões do Código Buzaid, em grande parte obsoletas pela superveniência do CPC/2015. Assim, utilizando-se do método dedutivo e análise bibliográfica (doutrinária, legislativa, jurisprudencial), faz-se estruturação normativo-dogmática cronológica, buscando conclusão para o imbróglio e atualização da compreensão jurídica. Inicia-se com conceituação de partilha, com enfoque na amigável. Ato contínuo, analisam-se questões ligadas umbilicalmente à conclusão pelo remédio cabível: coisa julgada, mérito, jurisdição – sempre sob prisma da partilha amigável homologada judicialmente. Analisa-se pela realidade jurídica prévia e posterior à reforma processualista, contemplando os embates doutrinários. Depois, aborda-se a reiteração do Novo *Codex* quanto à natureza meritória das decisões homologatórias, inclusive de autocomposição, e da desnecessidade de avaliação quanto à jurisdição e mérito das sentenças para cabimento de rescisória. Finalmente, conclui cabível a rescisória contra decisão que homologa autocomposição no CPC/2015, inclusive com precedentes paradigmáticos do STJ, culminando no cabimento no que tange à de partilha amigável, afastando antinomia com art. 966, §4º – sendo a única hermenêutica a evitar quaisquer antinomias.

Palavras-chaves: Direito Processual Civil, CPC/1973, CPC/2015, ação rescisória, ação anulatória, coisa julgada, decisão de mérito, decisão homologatória de partilha amigável.

Abstract: The present paper aim to solve the controversy that has mobilized the Civil Procedure debate in Brazilian Law for some time: the appropriate suit against the homologous decision of friendly apportionment of assets. Much of the jurisprudential precedents on which less in-depth legal decisions and analysis are based on the conclusions of the Buzaid Code, largely obsolete by the CPC/2015 supervenience. Accordingly, using the deductive method and bibliographic analysis (doctrine, law, jurisprudence), a normative-dogmatic chronological study is created, seeking to solve the problem and update the constructions. It starts with a conceptualization of apportionment of assets, focusing on the friendly one. Subsequently, issues related to the conclusion of the appropriate suit are studied: res judicata, merit, jurisdiction – always under the prism of judicial homologation of friendly apportionment of assets. It is analyzed by the legal reality before and after the procedural law reform, contemplating the doctrinal conflicts. After, it addresses the reiteration of the New Code as to the meritorious nature of the homologatory decisions, including plea bargain, and unnecessary dealing with jurisdiction and merit of the court decisions for the acceptance of termination action. Finally, it concludes that the termination action is accepted in light of plea bargain homologatory decisions in CPC/2015, including paradigmatic precedents of the STJ, and in light of decision of friendly apportionment of assets, keeping apart antinomy with article 966, §4º - being the only hermeneutics to avoid any antinomies.

Keywords: Civil Procedural Law, CPC/1973, CPC/2015, termination action, annulment action, res judicata, merit decision, homologatory decision of friendly apportionment of assets.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 CPC DE 1973 E AS DECISÕES HOMOLOGATÓRIAS. 1.1 DECISÃO HOMOLOGATÓRIA EM PARTILHA AMIGÁVEL 1.2 DECISÃO HOMOLOGATÓRIA – MÉRITO E COISA JULGADA MATERIAL 1.3 A POLÊMICA QUANTO À AÇÃO CABÍVEL CONTRA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA NO CPC DE 1973. 2 REMÉDIO CABÍVEL NO CPC DE 2015: AÇÃO RESCISÓRIA OU ANULATÓRIA. 2.1 A CONFIRMAÇÃO DA NATUREZA DE RESOLUÇÃO DE MÉRITO E A DESNECESSIDADE DE DISCUSSÃO QUANTO À JURISDIÇÃO E A COISA JULGADA. 2.2 A RESCINDIBILIDADE DA DECISÃO QUE HOMOLOGA AUTOCOMPOSIÇÃO NO CPC DE 2015. 2.3 O CABIMENTO DE RESCISÓRIA CONTRA DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DE PARTILHA AMIGÁVEL. 2.4 A NÃO APLICABILIDADE DA

AÇÃO ANULATÓRIA DO §4º DO ART. 966 DO CPC DE 2015. CONCLUSÃO.
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Desde o regramento estipulado pelo Código Buzaid, de 1973, um polêmico embate entre os processualistas civis mobilizou o Direito Brasileiro, em situação que continua indefinida inclusive após a superveniência da reforma que atingiu a matéria em 2015, alterando dispositivos legais: qual o instrumento jurídico cabível contra decisão homologatória de partilha amigável transitada em julgado.

Neste lapso, muito a doutrina debateu acerca das estruturas dogmáticas, legais e até jurisprudenciais. Entendimentos foram assentados, precedentes foram firmados. Ocorre que, após anos de maturação do tema, o Código de Processo Civil de 2015 alterou as bases para a discussão jurídica, o que impõe nova análise cuidadosa tendo como alicerce novo repertório dogmático tecido, haja vista as particularidades que o deixam bem distintos do anterior.

Ocorre que, esse raciocínio tem sido ignorado devido à forte resistência oriunda da comodidade que gerou aos juristas a trabalhosa fixação do entendimento nas Cortes Superiores quanto ao não cabimento da ação rescisória em face de decisão homologatória de autocomposição, em especial, partilha amigável.

O presente artigo tem por escopo justamente realizar uma atualização, sem amarras de entendimentos que poderiam se encontrar obsoletos pelo novo diploma processual civil. Todavia, beber-se-á de cada um dos ensinamentos bem-vindos da melhor doutrina para melhor formar o convencimento e entender todas as questões ligadas umbilicalmente à conclusão pelo remédio cabível: coisa julgada (formal e material), existência ou não de decisão de mérito e jurisdição (voluntária ou contenciosa). A abordagem será realizada com base na realidade jurídica prévia e posterior à vigência do Novo Código de Processo Civil, contemplando os embates doutrinários.

Há discussão na doutrina se seria caso de jurisdição voluntária ou contenciosa, e, ainda, se a respectiva decisão judicial homologatória seria ou não

de mérito, e, portanto, capaz de ser protegida pela coisa julgada material. Tudo isso terá de ser devidamente abordado para melhor compreensão do tema – e do porquê da fixação de entendimento pelo STJ na vigência do Código Buzaid.

Com esses pilares para a compreensão do tema, especialmente expondo os motivos para as conclusões divergentes doutrinárias e mais consensuais na Jurisprudência, seguirá para o exame da nova realidade normativa do Código de Processo Civil de 2015. O que mudou? Houve algo substancial? As incorreções na redação legal, que tinham de ser corrigidas por meio da hermenêutica para escapar das antinomias, foram suprimidas/corrigidas?

Com efeito, a partilha, procedimento necessário para que ocorra a divisão do acervo de bens do *de cujos* no caso de existir multiplicidade de herdeiros, pode se dar amigavelmente, pela via judicial ou extrajudicial. E, especificamente quanto às decisões judiciais que a homologam, analisar-se-á também a existência da previsão específica no art. 2.027 do Código Civil de 2002, o que contribuiu para aumentar a sobredita celeuma. Isso porque, o referido artigo preconizava, originalmente, que caberia somente ação anulatória contra o aludido pronunciamento judicial no caso da existência de vícios de consentimento.

Ato contínuo, trata-se da alteração promovida pelo Código de Processo Civil de 2015, que modificou o art. 2.027 do Código Civil, corroborando e fortalecendo o entendimento no sentido de que a sentença homologatória de partilha, tratando-se de decisão de mérito e com força de coisa julgada, pode ser desconstituída mediante a utilização da ação rescisória.

Por fim, é feita uma abordagem acerca do parágrafo 4º do art. 966 do CPC/15, para avaliar se a respectiva redação seria capaz ou não de impedir a propositura da ação rescisória em face de sentenças homologatórias.

Com todo esse estudo, aspira-se a que possa o presente artigo ser útil para todos os juristas, proporcionando modernização da compreensão quanto a tão complexo e polêmico tema, atualizando os precedentes, reforçando ideias antigas ainda atuais e superando eventuais teses obsoletas pelo decorrer do tempo e das alterações legislativas.

1. CPC DE 1973 E AS DECISÕES HOMOLOGATÓRIAS

1.1 DECISÃO HOMOLOGATÓRIA EM PARTILHA AMIGÁVEL

O inventário é verdadeiro estágio inicial de enumeração, arrolamento e descrição de patrimônio do autor da herança, com a abertura da sucessão decorrente do falecimento.

Assim, corresponde à atividade processual direcionada ao detalhamento de todos os bens contidos em tal rol, objetivando individualizar todos os bens móveis e imóveis que constituem o patrimônio do falecido, inclusive as dívidas ativas e passivas e outros direitos de natureza patrimonial. Já quanto ao segundo o estágio, o da partilha, na lição de Humberto Theodoro Júnior^[1]:

A partilha é o segundo estágio do procedimento e vem a ser a atividade desenvolvida para ultimar a divisão do acervo entre os diversos sucessores, estabelecendo e adjudicando a cada um deles um quinhão certo e definido sobre os bens deixados pelo morto.

Havendo multiplicidade de herdeiros, a partilha é o procedimento necessário para solucionar tal problemática sucessória. Existem partilhas amigáveis, judiciais e em vida. A amigável, objeto deste artigo, é a realizada por intermédio de acordo de vontade entre todos os detentores de direitos hereditários, sendo precípua a capacidade do exercício dos interessados em verdadeiro acordo unânime e plurilateral – "*Pode tomar a forma de escritura pública ou de termo nos autos do inventário, ou, ainda, de escrito particular homologado pelo juiz. Tem cabimento tanto no caso de inventário completo como no de arrolamento*"^[2].

Em bosquejo, a partilha amigável é aquela em que as partes que irão compor a herança acordam, exprimindo sua vontade de como será feita a divisão da mesma, de forma igualitária para que nenhum venha a ser prejudicado. Para tal, imprescindível que as partes sejam plenamente capazes.

A partilha amigável poderá ser concretizada por escritura pública quando todos os herdeiros forem maiores, capazes e acordaram integralmente quanto à divisão do patrimônio do *de cujus*. Mesmo no caso de inventário judicial, as partes poderão eleger a partilha amigável por escritura pública, termo nos autos do

inventário ou escrito particular, homologado pelo juiz, conforme ordena o art. 2.015, do Código Civil de 2002[3].

O plano de partilha é consequência de um ato solene, no qual se exige, a depender das circunstâncias fáticas (como a existência de um sucessor incapaz), a homologação judicial para que possa ter validade – a intervenção do juiz somente ocorre por exigência legal e na hipótese de escrito particular. Para Humberto Theodoro Júnior[4], a homologação é mero ato integrativo de eficácia, sem intervenção do juiz no mérito do negócio celebrado de forma consensual entre as partes.

Em conclusão, segue completa explicação de Cássio Benvenuto de Castro acerca da partilha amigável judicial, com suas características, componentes, atores, conclusão e natureza[5]:

Em contrapartida, a partilha amigável pode ser formalizada por termo nos autos ou por escrito particular, desde que homologado pelo juiz. Justamente, as referidas modalidades de internalização de um ato ou negócio jurídico das partes ao processo civil. A partilha amigável indica um acordo plurilateral de vontades, no qual os herdeiros se tornam credores e devedores de direitos e obrigações recíprocas. A convenção se formaliza com a participação dos interessados que, necessariamente, são pessoas capazes. A estrutura, a finalidade e a fonte da partilha amigável corresponde à regulação do ato processualizado: o direito material pauta o negócio jurídico + a institucionalização subsequente (ou concomitante, no caso do termo). A celebração é trazida ao processo para produzir efeitos com a homologação judicial. O padrão do ato processualizado é respeitado na integralidade.

Finalmente, quanto à qualificação jurisdicional da partilha em si, há certa celeuma. Topograficamente, tanto a partilha quanto o inventário foram alocados no segmento do antigo *Codex* que compartimenta os processos de jurisdição contenciosa, caracterizados pela existência de litígio entre as partes e prolação de sentença meritória. No entanto, para Misael Montenegro Filho[6], trata-se de procedimento de jurisdição voluntária, não existindo polos antagônicos, mas

parcialidade em iguais situações, derivando decisão não traumática, mas apenas ratificando a vontade legislativa e do autor da herança.

Todo esse alicerce realizado, especialmente as polêmicas inerentes, terá grande repercussão quanto ao âmago deste artigo, consoante explicitar-se-á adiante.

1.2 DECISÃO HOMOLOGATÓRIA – MÉRITO E COISA JULGADA

MATERIAL

Enquanto a coisa julgada formal traz imutabilidade dentro do processo que a ensejou, devido à preclusão máxima[7] - a perda de uma faculdade processual devido ao transcurso de prazo para seu exercício – a coisa julgada material forma a impossibilidade de alteração da decisão não apenas nos autos em que foi proferida, mas também em quaisquer outros. Destarte, promove a preclusão de todas as alegações a respeito do *decisum*, abrangendo a coisa julgada formal, que é seu pressuposto.

Para Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco[8], ambas são qualidades da sentença e de seus feitos. Enquanto a coisa julgada formal torna imutável dentro do processo o ato processual sentença, a coisa julgada material assim torna os efeitos produzidos por ela, os externalizando. Por conseguinte, os célebres doutrinadores asseveram que somente as sentenças de mérito, que decidem a lide acolhendo ou negando a pretensão do polo ativo, têm a característica de coisa julgada material; não tendo essa autoridade as que não representam a solução do conflito de interesses em juízo.

Da doutrina de Chiovenda[9], extrai-se que o provimento de jurisdição voluntária, como ato de pura administração, não produz por si coisa julgada. O raciocínio chiovendiano é de que só existe jurisdição onde há provimento capaz de produzir coisa julgada material. Em sentido oposto, pronuncia-se o processualista Alexandre Câmara: “a lide não é elemento essencial ao exercício da jurisdição, mas sim elemento acidental”; “o que se quer aqui afirmar é que pode haver exercício da jurisdição mesmo que não haja nenhuma lide a ser composta”[10].

Marinoni[11] vai ao encontro de tal conclusão de Câmara, mostrando não ser mais moderna a tratativa anterior, ao lembrar das sentenças de jurisdição voluntária que, “embora não sujeitas à coisa julgada material”, possuem estabilidade e fazem coisa julgada formal:

Uma coisa é se afirmar que a coisa julgada é imprescindível para dar estabilidade às decisões que julgam os litígios; outra, completamente diferente, é se concluir que não existe jurisdição sem coisa julgada material. A jurisdição não é indissociável da coisa julgada material. O que é essencial para a decisão jurisdicional e a sua potencialidade a estabilidade. E não há como negar que as decisões da “jurisdição voluntária”, embora não sujeitas à coisa julgada material, são dotadas dessa potencialidade. Basta lembrar que a parte não satisfeita com a decisão de jurisdição voluntária transitada em julgado, embora não adstrita aos limites da ação rescisória, está submetida à ação de desconstituição, incidindo o art. 486 do CPC.

Humberto Theodoro Júnior^[12] considera que a sentença de mérito prescinde do uso específico dos termos “procedência” ou “improcedência” do pedido do autor. Na realidade, toda vez que existir exame e solução da pretensão do polo ativo pelo magistrado, ou seja, a solução propriamente dita da *lide*, favorável ou não, a decisão será de mérito.

Todavia, o art. 269, III^[13], do CPC/1973, é hialino ao prever a resolução de mérito quando houver transação entre as partes. Daí, o supradito autor^[14] conclui que nas hipóteses previstas no referido dispositivo legal, nem sempre o magistrado dará solução própria à *quaestio*, mas prolatará sentença definitiva, com composição de mérito da causa, inclusive naquelas em que se limita ao reconhecimento judicial da autocomposição.

Cândido Dinamarco^[15] trata as sentenças homologatórias como verdadeiras sentenças de mérito, afinal, nessas circunstâncias o magistrado não aprecia as pretensões da causa, nomeando-as “falsas sentenças de mérito”, apesar da norma processual atribuir inquestionável natureza de imutável devido a serem de mérito, protegidas pela coisa julgada.

Neste diapasão, Rogério Lauria Tucci^[16], com apoio em Pontes de Miranda e Luiz Eulálio Bueno Vidigal, finaliza, acercando-se precisamente nas decisões homologatórias: “Homologatória ou não, a decisão que tem por objeto o *meritum causae* corresponde à prestação integral da tutela jurisdicional, com todos os seus efeitos e consequências”.

Com fundamento nisso, não é toda a decisão transitada em julgado que enseja a ação rescisória, mas apenas aquela de mérito, capaz de ser protegida pela coisa julgada. Por tal motivo, precípua a análise da existência ou não de mérito e,

consequentemente, de coisa julgada material. Nelson Nery Junior^[17] ensina que se *"uma decisão de mérito veio a lume, quer por intermédio de decisão interlocutória, sentença ou acórdão, não importa: se sobre aquela se formou autoridade de coisa julgada; é rescindível pela ação autônoma de impugnação regulada no CPC 485"*.

A maior parte da doutrina, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, tratava a sentença homologatória em geral como uma decisão com apreciação do mérito, em consonância com a previsão expressa do antigo *Codex*, em seu art. 269, III.

A norma processual civil brasileira considera as hipóteses enumeradas nos incisos II a V do art. 269 (*II - quando o réu reconhecer a procedência do pedido; III - quando as partes transigirem; IV - quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição; V - quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação*) como de sentenças de mérito. Ocorre que, nelas, o juiz não examina a pretensão do autor propriamente dita, todavia sua sentença fica acobertada pelo império da coisa julgada material, o que evita que igual demanda seja reproposta, como explicado alhures. Para Marcus Vinicius Rios Gonçalves^[18], embora as decisões elencadas não sejam "verdadeiras sentenças de mérito", produzem efeitos como se o fossem.

Por sua vez, Galeno Lacerda^[19] fez estudo valoroso sobre a temática, concluindo como verdadeira incorreção da legislação tal inclusão da transação entre as hipóteses de julgamento de mérito, partindo do pressuposto que o acordo das partes seria o responsável pela extinção do litígio, decorrendo da decisão do magistrado apenas e tão somente a verificação dos pressupostos de correção da formalidade do ato, sem abordar o mérito.

Montenegro Filho^[20] salientava haver outros meios de impugnação à decisão judicial transitada em julgada além da rescisória, podendo o prejudicado pelos termos do pronunciamento judicial propor ação anulatória para desconstituir a *"sentença meramente homologatória"*. Partindo dessa conclusão, traçava verdadeiros pressupostos para o aforamento da demanda rescisória, sendo eles:

- (a) a confirmação de que a sentença combatida resolveu o mérito (enquadrando-se em qualquer das hipóteses previstas no art. 269); (b) a confirmação de que o pronunciamento transitou em julgado, não comportando ataque através de instrumento endoprocessual (recurso).

De sua parte, Nelson Nery Junior[21] expunha que quando as partes celebrassem transação, dá-se a extinção do processo com resolução de mérito, fazendo, por conseguinte, coisa julgada – *"ainda que a sentença apenas homologue a transação"*.

Nesse sentido, Misael Montenegro Filho[22] aduz que, em caso de transação, a sentença, *"embora de mérito, apenas ratifica o acordo celebrado entre as partes"*, concluindo por esta natureza do ato decisório homologatório: de mérito e com característica de coisa julgada material. Ademais, lembra que não há pronunciamento de criação exclusiva do juiz, sendo mera consequência da composição.

Em consonância, Fredie Didier Jr.[23] ensina que a decisão homologatória de autocomposição é de mérito, tratando-se, portanto, de sentença acobertada pela coisa julgada. Vai além: *"é preciso superar o dogma da ausência de coisa julgada na jurisdição voluntária"*.

Portanto, vê-se notória celeuma no arcabouço doutrinário. Mas, na constância do antigo código, há coisa julgada material para a Jurisprudência? Para o Superior Tribunal de Justiça[24], não. É pacífica sua compreensão no sentido de que a decisão judicial meramente homologatória de acordo não causa coisa julgada material, podendo ser anulada por demanda que não a rescisória.

1.3 A POLÊMICA QUANTO À AÇÃO CABÍVEL CONTRA SENTENÇA

HOMOLOGATÓRIA NO CPC DE 1973

Considerando todo o imbróglio da melhor doutrina, a conclusão jurisprudencial ainda esbarrava na interpretação literal de cabimento de ação rescisória contra sentenças meramente homologatórias, como a da partilha amigável judicial. É o que se extrai do texto expresso do art. 486 da mesma carta legal, afastando, em tese, a demanda anulatória:

Art. 486. Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.

Ora, como *"podem ser rescindidos"*, deveria caber a demanda rescisória. Todavia, a expressão, entendia-se à época, deveria ser lida como "podem ser anulados". Não só isso. A referência à *"lei civil"* era considerada desarrazoadamente restritiva, compreendendo-se os motivos de anulabilidade

como os previstos em quaisquer normas de direito material. Já por "*atos judiciais*", referir-se-ia a atos de partes realizados em juízo.

Nesse sentido, Nelson Nery Junior^[25] asseverava que o art. 486 do Código Buzaid teria por objeto anular os atos processuais praticados pelas partes e as sentenças judiciais homologatórias, por meio da ação anulatória, por mais que conste "*rescindidos*" na letra normativa – seria uma imprecisão terminológica da redação. Ainda, aduzia que essa se distingue da rescisória por não visar "*apagar do mundo jurídico decisão judicial acobertada pela coisa julgada material*". Volta a polêmica.

Por sua vez, o art. 485, VIII^[26] previa, novamente em sentido literal, o mesmo remédio jurídico rescisório como adequado para invalidar a transação em que se baseou a sentença ("*pode ser rescindida*"). A saída hermenêutica, para o mesmo autor, foi argumentar que, para o cabimento da rescisória em caso de sentença homologatória, o "*vício deve estar na própria sentença*" (no ato estatal) e não no ato que impescindia de homologação (ato de disposição do direito material).

Outrossim, o art. 486 seria ação constitutiva negativa, invalidando, concomitantemente, o ato processual e o ato integrativo de direito material nele inserido – a decisão homologatória em si e o acordo propriamente dito. Para Lerrer^[27], quanto à homologação de transação, não haveria incompatibilidade entre o supracitado dispositivo e o art. 485, VIII do CPC de 1973, "por se tratarem de hipóteses diversas":

Será cabível a ação anulatória nos casos em que o juiz apenas homologar o ato processual de encerramento do processo quando as partes transacionarem, pois, em tais hipóteses, o que poderá ser objeto de rescisão não é a sentença homologatória, mas sim o ato jurídico que ela formalizou em juízo e que, preexistindo-lhe, existiria mesmo sem ela. Já a ação rescisória será adequada, se proposta com base no inciso VIII do artigo 485 do CPC, quando o Poder Judiciário tiver de adentrar ao cerne da transação que já preexistia à demanda que surgir da inadimplência de uma das partes, pois a sentença não será "meramente homologatória", diante da necessidade de enfrentamento do mérito da transação preexistente para dizer de sua validade ou não.

Para o jurista, enquanto em um caso ataca-se apenas e tão somente o ato jurídico da transação em específico, que existe com ou sem a atuação do juízo – dando ensejo a ação anulatória, art. 486; no outro o Poder Judiciário tem de adentrar ao cerne do acordo preexistente em si, enfrentando o mérito da transação para tratar da validade – incorrendo no cabimento de rescisória, art. 485, VIII.

Por isso, a interpretação que se fazia do art. 485, VIII, era no sentido de que caberia ação rescisória em caso de reconhecimento jurídico do pedido (*confissão*), renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação (*desistência*) e transação emanadas de erro, dolo ou coação, ou qualquer outra causa de invalidação, quando o processo em que se deu ainda estivesse em curso; tendo já havido o trânsito em julgado, e desde que a sentença tivesse por fundamento, senão único, mas determinante, a confissão viciada, cabível seria a ação rescisória[28].

Montenegro Filho[29] arremata que a sentença de partilha amigável apresentada pelas partes por meio do esboço não representa ato de criação do magistrado, mas mormente procedimento homologatório, afastando, por conseguinte, a aplicação do art. 486 do CPC de 1973. Destarte, contra tal ato jurisdicional seria cabível a ação anulatória, fundamentada no vício do ato jurídico, como erro, dolo, fraude, coação, simulação.

Para o Supremo Tribunal Federal[30], no tocante ao ordenamento jurídico prévio à reforma processual civil (CPC/1973), a norma do art. 485, VIII não compreendia a sentença meramente homologatória de transação, a qual ensejaria a ação rescisória – essa endereçar-se-ia apenas à desconstituição da decisão de mérito cujas conclusões se baseiam em transação. Em caso de não resolução de mérito da causa pelo Judiciário, mas sim pelas partes em autocomposição, a ação anulatória, prevista no art. 486 do CPC de 1973[31], seria a sede adequada para a discussão acerca de eventuais vícios na transição homologada judicialmente.

Na mesma senda, para o Superior Tribunal de Justiça[32] [33], a ação prevista no art. 486 do Código de Processo Civil também é a ação anulatória, apesar do termo “*rescindidos*” da letra legal.

Quanto ao caso particular de sentença de partilha, o CPC de 1973 trazia norma própria demonstrando o cabimento de rescisória contra partilha julgada por sentença (Art. 1030[34]), mas também o de ação anulatória tendo como objeto partilha amigável (Art. 1029[35]). Os pressupostos de cabimento dessa estavam contidos naquela. A mesma não clarificava o imbróglio, apenas previa a

possibilidade de ambos os remédios jurídicos para o episódio, especificando a anulatória apenas para o caso de ser amigável.

Analisando tais artigos da antiga carta legal, Nelson Nery^[36] teceu que, caso sejam julgadas controvérsias judiciais no processo de inventário, quanto ao capítulo em si caberia rescisória, repercutindo o art. 485; se simplesmente homologatória, não haveria necessidade de usar tal remédio jurídico, sendo anulável pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os negócios jurídicos. E mais: não olvidou a possibilidade de ajuizamento de petição de herança, ação de nulidade (*querela nullitatis*), por herdeiro desconsiderado no ato de partilha – por evidente, questão distinta da aqui abordada.

Esse entendimento quanto ao cabimento era majoritário nas Cortes Superiores. No entanto, havia muitas dissonâncias na doutrina. Barbosa Moreira^[37] e Cândido Dinamarco^[38] defendem que, no ordenamento jurídico prévio à reforma processual civil de 2015, haja vista a autoridade da coisa julgada, as sentenças meramente homologatórias seriam atacáveis por intermédio de ação rescisória. Contudo, haveria dois atos judiciais distintos: a sentença homologatória, rescindível e o ato de acordo das partes, somente podendo ser desconstituídos como atos jurídicos em geral, de acordo com a lei civil, por vias ordinárias^[39].

Por sua vez, Thereza Alvim^[40] e Fabiano Carvalho^[41] coadunam com a conclusão de ser rescindível a decisão que homologa transação, reconhecimento da procedência do pedido e renúncia ao direito sobre o que se funda a ação.

Também divergindo, nesta passagem quanto à natureza não meritória da decisão em jurisdição voluntária, Flavio Yarshell^[42] considera que há, sim, atividade jurisdicional, contraditório, apreciação do cerne da demanda e até mérito, tendo, por consequência, natureza de coisa julgada *lato sensu* – proporcionando efeitos extraprocessuais e maior estabilidade. Ademais, iguala as sentenças homologatórias às de jurisdição voluntária, refutando qualquer eventual distinção entre elas. De tal modo, estariam sujeitas à ação rescisórias.

Por fim, ninguém menos que Pontes de Miranda^[43] fez voz dissonante. Em sua doutrina, o célebre jurista defendia o cabimento da Ação Rescisória (art. 485 do CPC/73) em caso de sentença homologante, haja vista a natureza jurídica da decisão:

Se a partilha amigável foi feita por instrumento particular homologado pelo juiz, pode ela ser anulada por dolo, erro essencial ou incapacidade relativa, ou ter decretação de

nulidade, por incapacidade absoluta do figurante. Mas há sentença homologante e essa, como sentença, que é, está sujeita às regras jurídicas do art. 485, I-IX.

2. REMÉDIO CABÍVEL NO CPC DE 2015: AÇÃO RESCISÓRIA OU ANULATÓRIA

2.1 A CONFIRMAÇÃO DA NATUREZA DE RESOLUÇÃO DE MÉRITO E A DESNECESSIDADE DE DISCUSSÃO QUANTO À JURISDIÇÃO E A COISA JULGADA

Resolveu o Poder Legislativo, por intermédio do Código de Processo Civil de 2015, reafirmar a polêmica previsão do *Codex* anterior de que a sentença homologatória extingue a causa com resolução de mérito, nos termos cristalinos da alínea "b" do inciso III do Art. 487.

Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

[...]

III – homologar:

[...]

a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;

b) a transação;

c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

[...]

Poderia, muito bem, a reforma processual alterar a previsão legal, haja vista o debate doutrinário acerca do tema, bem exposto alhures. Mas, pelo contrário, resolveu sedimentar de uma vez por todas esse debate, mostrando não ser má redação, mas sim a real vontade do legislador, o que deve ser aceito pela doutrina vencida. Sim, a sentença meramente homologatória de transação, reconhecimento da procedência do pedido ou a renúncia é de mérito. E, assim sendo, faz coisa julgada material.

Nesta senda, o Art. 966 do Novo CPC deixa hialino o cabimento da demanda rescisória contra decisão de mérito transitada em julgado. Entretanto, parte da doutrina ainda continua a defender a tese de que só seria cabível ação anulatória contra sentença homologatória ou de partilha amigável.

Os precedentes posteriores que tangem a nova realidade procedimental são amplamente pautados na Jurisprudência correspondente ao Código Buzaid, aí, sim, incontestavelmente dominante nas Cortes Superiores. Entretanto, ignoram-se novos dispositivos trazidos à baila pelo CPC de 2015, que sem dúvidas alteraram a compreensão do tema.

O Novo Código de Processo Civil não apenas previu expressamente o cabimento da Ação Rescisória em caso de sentença de mérito transitada em julgado, como também de sentenças que não decidem o mérito, mas impossibilitam a propositura de uma nova demanda judicial.

Assim, de acordo com o próprio art. 966, §2º, I[44] do Código de Processo Civil de 2015, não importa mais todo o debate doutrinário anterior sobre ser contenciosa ou voluntária a jurisdição que gera a decisão homologatória (de partilha ou não), ter ou não natureza meritória (apesar da conclusão expressa reforçando de que sim) ou fazer ou não coisa julgada material – basta ocorrer o trânsito em julgado de decisão que impeça ajuizamento de demanda análoga ou a mesma decidir o mérito, para ser viável a propositura da rescisória.

Assim, mesmo que se considere que o juiz proferiu sentença de extinção sem resolução de mérito em uma partilha amigável, sem força de coisa julgada material, diante da vedação à repositura do inventário em si e, conseqüentemente, da ocorrência de partilha, admite-se a ação rescisória, que também seria cabível contra a decisão que impeça a admissibilidade de recurso pendente.

Essa é uma novidade do Novo *Codex* Processual Civil, motivo pelo qual foi alterado o antigo entendimento majoritário de cabimento exclusivo de ação anulatória para demanda meramente homologatória, tendo em vista não fazer coisa julgada material.

2.2 A RESCINDIBILIDADE DA DECISÃO QUE HOMOLOGA AUTOCOMPOSIÇÃO NO CPC DE 2015

Ficaram para trás os argumentos de inexistência de mérito (alínea “b” do inciso III do Art. 487 do Novo CPC sacramenta o entendimento contrário), de natureza voluntária da jurisdição/sem decisão de mérito (Art. 966, §2º, I torna desnecessária a apreciação de mérito, bastando impedir nova propositura da demanda) ou de só ter a proteção da coisa julgada formal para o não cabimento de ação rescisória contra sentenças meramente homologatórias.

Rodrigo Mazzei e Tiago Figueiredo Gonçalves[45] sacramentam que tendo havido o trânsito em julgado da decisão que homologa a autocomposição a mesma se torna rescindível, constando no rol das decisões de mérito do art. 487 do CPC de 2015.

A autocomposição homologada por intermédio de decisão judicial pode versar até mesmo sobre relação jurídica não tratada em juízo, assim como pode fazer parte terceiro que até o momento eram estranhos à causa, como sacramenta o art. 515, §2º[46] do Novo CPC – assim, restará como de mérito até mesmo o capítulo que atingir o terceiro. Tal segmento somente será desfeito por ação rescisória[47].

Tanto seria essa a saída jurídica, que, para Araken de Assis[48], o título executivo é a decisão homologatória em si e não o negócio jurídico composto pelas partes, que restou homologado. Resta vedado ao executado opor-se ao cumprimento de sentença com argumento diverso dos elencados no §1º do art. 525, do CPC de 2015, tendo em vista a preclusão dos motivos que necessitariam ser aduzidos em sede de fase de conhecimento – há cristalina incidência da eficácia preclusiva inerente à coisa julgada. Como consequência, cabível a ação rescisória[49]!

A doutrina de Fredie Didier Jr. é um dos grandes alicerces desse entendimento, apesar de estar acompanhado de vários juristas reconhecidos nacionalmente, como supracitados. Tal renomado autor foi membro da Comissão da Câmara que tratou da criação do Novo *Codex* Processual. Promoveu a revisão do projeto que se tornou o Código de Processo Civil de 2015, sendo reverenciado como o principal processualista a fazê-lo.

À vista disso, precípuo avaliar que o doutrinador afirma axiomáticamente que decisão homologatória de autocomposição é de mérito (art. 487, III). Sendo assim, é decisão acobertada pela coisa julgada e “somente poderá ser rescindida ou desfeita por ação rescisória”. O fundamento é simples e pautado com simetria no art. 966, §2º, I do Código de Processo Civil de 2015:

A coisa julgada, atributo das decisões judiciais, mesmo homologatórias, mesmo em jurisdição voluntária, impede a rediscussão do que foi decidido (no caso, decisão das partes interessadas homologada pelo juiz). Para compreender a diferença de tratamento entre o negócio jurídico homologado judicialmente e aquele não submetido a essa confirmação, é preciso superar o dogma da ausência de coisa julgada na jurisdição voluntária^[50].

Outrossim, afasta de vez o equívoco, outrora mais polêmico quando da redação do Código de Processo Civil de 1973, de inexistir coisa julgada material na jurisdição voluntária, mesmo em decisões homologatórias, ao passo que impedem a rediscussão do que fora decidido – tudo graças à decisão judicial, afinal caso existisse apenas o negócio jurídico não homologado, não impediria a rediscussão judicial do mesmo, em nova demanda ou até mesmo na mesma, desde que antes do trânsito em julgado.

Sim, é a decisão judicial transitada em julgado que dá o caráter de imutabilidade à composição, recaindo a armadura da *auctoritas rei judicatae* sobre ela, com real autoridade de coisa julgada. Muda a segurança jurídica sobre o transacionado. Como supracitado, precisa-se superar de vez o dogma ultrapassado de inexistência de coisa julgada na jurisdição voluntária e de inexistência de tratamento combativo à decisão homologatória e o mero negócio jurídico não homologado judicialmente, ou homologado, mas sem o trânsito em julgado.

Não é à toa que o art. 966, §2º do Código de Processo Civil de 2015 fez questão de deixar hialino o cabimento de ação rescisória contra decisão que, embora não seja de mérito, impeça nova rediscussão da matéria: seja nova propositura de demanda ou interposição de recurso correspondente. Ou seja, mesmo que considerem equivocadamente que a decisão homologatória seja de

jurisdição voluntária e sem mérito, ainda assim é cabível a rescisória justamente pela proteção da coisa julgada forma (efeitos dentro do processo, caso da impossibilidade de recurso) e material (efeitos para fora do processo, impossibilidade de nova propositura).

Inquestionável que houve mudança clara no texto processual civil quanto ao tópico da ação rescisória contra decisões homologatórias em geral e de composição. Da forma atual, clarificou-se e cortou-se qualquer aresta que pudesse levar ao entendimento de inexistência de mérito nas decisões meramente homologatórias, de jurisdição voluntária e, assim sendo, o cabimento do remédio rescisório. Mesmo que se considere sentença sem julgamento de mérito!

Assim concluiu o distinto autor^[51], após afirmar que a decisão homologatória de autocomposição é espécie de decisão de mérito, ensejando ação rescisória: "qualquer decisão de mérito é rescindível. Não há razão para ser diferente nesse caso". E, como fundamento, raciocínio semelhante ao concatenado alhures: "O CPC-2015, ao ampliar o cabimento da ação rescisória também para as decisões de admissibilidade e ao falar, no *caput* do art. 966, em 'decisão de mérito' e não mais em 'sentença de mérito', não dá margem a dúvidas quanto a isso".

Afastou axiomáticamente a polêmica que pululava os debates processualistas no CPC de 1973 quanto à rescindibilidade das decisões que homologam autocomposição, que decorria da necessidade do supramencionado art. 485, VIII (previa rescisória nos casos de transação) com o art. 486 (mencionando "*sentença homologatória*"), com toda uma hermenêutica a ser exercitada para considerar "*rescindida*" como "anulada", "*rescindidos*" como "anulados", ao passo que se ignorava a previsão inquestionável de haver resolução de mérito "*quando as partes transigirem*" (art. 269, III) e de poder "*ser rescindida*" a sentença de mérito "*quando houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença*" (art. 485, VIII).

De mais a mais, apesar de matéria ainda pouco discutida na Jurisprudência mais moderna, que deveria restar alicerçada no contexto normativo posterior à vigência do Novo CPC e não apenas reiterar precedentes anteriores, já não mais aplicáveis, há acórdão paradigmático nesta acepção no Superior Tribunal de Justiça. No mesmo, a Ministra Nancy Andrighi^[52], em 2018, aborda magistralmente dissídio jurisprudencial, refutando o acórdão recorrido que

considerou não ser caso de ação rescisória, mas sim de ação anulatória contra decisão homologatória de manifestação de renúncia a direito formalizada pelo autor do pleito.

Deste modo, tratava-se do clássico caso de *"a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção"*, elencado como sentença de mérito pelo art. 487, III, c do CPC de 2015. O argumento do acórdão reformado foi de que "não houve propriamente sentença de mérito, posto que não se julgou qualquer lide e, portanto, tal decisão não está adstrita à ação rescisória".

O precedente da Corte Cidadã pautou-se integralmente na natureza de decisão de mérito da sentença que motivou a propositura da ação rescisória, pela previsão inexorável nesse sentido do Novo *Codex*, que fez questão de reiterar o raciocínio já expresso literalmente na carta legal anterior.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. AÇÃO RESCISÓRIA QUE BUSCA DESCONTITUIR DECISÃO QUE HOMOLOGA RENÚNCIA AO DIREITO SOBRE O QUAL SE FUNDA A AÇÃO. CABIMENTO. SENTENÇA DE MÉRITO. 1. Ação ajuizada em 16/09/2013. Recurso especial concluso ao gabinete em 12/07/2017.

Julgamento: CPC/2015.

2. O propósito recursal é definir, além da suposta ocorrência de negativa de prestação jurisdicional, se a ação rescisória é via adequada para desconstituir sentença que homologa a renúncia ao direito sobre que se funda a ação.

3. Não há que se falar em violação dos arts. 535 do CPC/73 e 1.022 do CPC/2015 quando o Tribunal de origem, aplicando o direito que entende cabível à hipótese, soluciona integralmente a controvérsia submetida à sua apreciação, ainda que de forma diversa daquela pretendida pela parte.

4. A decisão que homologa a renúncia ao direito em que se funda a ação tem natureza de sentença de mérito,

desafiando, para a sua impugnação, o ajuizamento de ação rescisória.

5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 1674240/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 07/06/2018)

Os Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram, de forma unânime, com a Sra. Ministra Relatora. Não só isso. Há vários precedentes do STJ^[53] ^[54] em sentido congruente, já posteriores à entrava em vigor da reforma processualista civil.

À vista disso, a essência da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é justamente a previsão legal da característica de decisão com apreciação de mérito da sentença meramente homologatória, dando azo ao ajuizamento da ação rescisória, motivo pelo qual traz-se à baila o cabimento congruente da mesma ferramenta para objurgar sentença homologatória de partilha transitada em julgado.

2.3 O CABIMENTO DE RESCISÓRIA CONTRA DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DE PARTILHA AMIGÁVEL

Anteriormente à reforma de 2015, ou seja, em sua redação originária, o Código Civil assim prescrevia:

Art. 2.027 A partilha, uma vez feita e julgada, só é anulável pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os negócios jurídicos.

Assim, em literalidade, possibilitava a anulação de uma partilha julgada por sentença, como se mero negócio jurídico banal fosse. De maneira ampliativa, interpretava-se o termo "*julgada*" como o julgamento (juízo de valor do Poder Judiciário) com a apreciação devida da *lide*, além, também, da meramente homologada pelo magistrado.

Mas como uma decisão, com julgamento da causa propriamente dito, com apreciação do pedido do autor, controvérsia e até mesmo sucumbentes, pode não ser rescindível, mas apenas anulável? "A coisa julgada é estabilidade da decisão

que somente pode ser constituída por meios típicos, dentre os quais sobressai a ação rescisória”[55].

Previamente ao Novo CPC, já existia incompatibilidade entre o Código Civil e o CPC de 1973. Inclusive quanto à sentença homologatória, o Código Buzaid já previa a natureza igualmente de mérito da partilha consensual (art. 487, III, *b*). Nesse norte, também seria rescindível, conforme explicitado alhures. De fato, essa norma contida no Código Civil de 2002 teria de ser alterada para adequar os limites do cabimento da ação anulatória, sem que impossibilite a ação rescisória, especialmente tendo em vista a carga de imutabilidade e segurança jurídica que a coisa julgada traz consigo.

A revogação não seria o caminho correto, afinal mister a previsão legal de cabimento de anulatória em caso de partilhas não julgadas, extrajudiciais, com homologação ainda não transitada em julgado.

Consoante abordado, a reforma do Código de Processo Civil positivou dispositivos deixando inquestionável o cabimento de ação rescisória contra sentença meramente homologatória. No que toca à partilha propriamente dita, houve previsão direta no art. 658 do Novo CPC:

Art. 658. É rescindível a partilha julgada por sentença:

I - nos casos mencionados no art. 657;

II - se feita com preterição de formalidades legais;

III - se preteriu herdeiro ou incluiu quem não o seja.

Por evidente que a previsão do art. 2.027 do Código Civil precisava ser alterada para não perpetuar a antinomia. E assim a reforma fez, revogando a redação original:

Art. 2.027. A partilha é anulável pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os negócios jurídicos. (Redação dada pela Lei nº 13.105, de 2015)

Parágrafo único. Extingue-se em um ano o direito de anular a partilha.

Ora, de "*uma vez feita e julgada, só é anulável*" para "*é anulável*". Ululante que se pretendeu suprimir a possibilidade exclusiva de ajuizamento de ação anulatória para combater eventuais vícios da partilha, deixando de negar cabimento à rescisória, como outrora dava a entender a redação legal. Caso essa não fosse a intenção, não haveria um porquê que justificasse alteração externa ao Código de Processo Civil, alvo principal da reforma. Princípio da primazia da realidade.

Com a modificação, tornou-se evidente que a partilha, que pode ser amigável e até mesmo feita em serventia extrajudicial, é, como qualquer negócio jurídico, anulável. Era preciso deixar isso claro no ordenamento jurídico, haja vista que podem ser realizadas e concretizadas sem a menor atuação do Poder Judiciário, sendo integralmente extrajudicial. "Não há mais menção à decisão da partilha. Isso porque, se há decisão judicial e trânsito em julgado, o caso é de ação rescisória (art. 658, CPC), não de anulatória"^[56].

Daniel Amorim Assumpção Neves^[57] ensina que, havendo partilha amigável, existirá, sim, possibilidade para a propositura da ação anulatória. Todavia, somente será esse o instrumento processual adequado se a partilha amigável ainda não tiver sido homologada judicialmente, pois o art. 658, I, do Código de Processo Civil de 2015 nada mais faz que prever o cabimento da rescisória para os mesmíssimos casos da anulatória (art. 657^[58]).

Ou seja, pode-se rescindir sentenças mesmo reduzidas a termo nos autos do inventário ou constante de escrito particular homologado pelo juiz, pelos mesmos vícios inerentes à anulação, por expressa previsão normativa ("*nos casos mencionados no art. 657*"). Em momento algum limitou-se a incisos genéricos, o que poderia ser feito. Foi ao artigo em si. Totalidade.

Destarte, existindo homologação por sentença da partilha amigável, será cabível ação rescisória em caso de dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz (inciso I, remissão direta ao art. 657); o mesmo ocorrendo se a partilha foi feita com preterição de formalidades legais (inciso II) e se for preterido herdeiro ou incluído quem não o seja (inciso III). Assim conclui Assumpção Neves.

Consoante já abordado alhures, Thereza Alvim^[59] e Fabiano Carvalho^[60] já na vigência do CPC de 1973 coadunavam com a conclusão de ser rescindível a decisão que homologa transação, reconhecimento da procedência

do pedido e renúncia ao direito sobre o que se funda a ação – Didier dá azo a esse entendimento e considera o mesmo precípua para o entendimento da abrangência do § 4º do art. 966 do Novo CPC, que será adiante esmiuçado.

2.4 A NÃO APLICABILIDADE DA AÇÃO ANULATÓRIA DO §4º DO ART. 966 DO CPC DE 2015

De início, imperioso reforçar que a ação anulatória propriamente dita é cabível para invalidar atos jurídicos eivados de vícios de nulidade (absoluta ou relativa). Quanto aos atos jurídicos perpetrados pelas partes em um processo judicial, a situação não é diferente, em caso de não haver trânsito em julgado, o que os envolve de imutabilidade inerente às decisões judiciais, especialmente as de mérito, como estipula serem as homologatórias de transação desde o CPC de 1973, o que restou confirmado no CPC de 2015.

Ademais, o Código de Processo Civil de 2015 deixa claro o entendimento de que atos de acordo de vontades pautados em normas de direito material, praticados pelas partes de demanda judicial cível e, conseqüentemente, homologados pelo juízo, estão sujeitos à anulação (art. 966, §4º [61]). Também, como já abordado, o art. 657 da mesma carta legal, ao tratar acerca da supradita partilha amigável, especificando a necessidade de homologação pelo magistrado do constante no escrito particular, expõe a possibilidade de anulação da mesma por dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz.

Em carta legal alguma consta que somente poderão ser anulados ou algo do gênero. E assim poderia ter sido feito, como fora na constância da vigência da redação originária do art. 2.027 do Código Civil (*"A partilha, uma vez feita e julgada, só é anulável [...]"*). Justamente aspirando a evitar tal interpretação restritiva, que restou alterada toda a redação desse dispositivo, a despeito de ser de outro código, e não foi reinserida em conjunto normativo algum, pelo contrário!

Pautado nisso, Hamilton Moraes e Barros [62] preconiza que a partilha amigável pode ser anulada quando houver defeitos que atinjam os atos jurídicos em geral:

um negócio jurídico como outro qualquer, sujeito às mesmas regras de validade e de eficácia dos atos jurídicos. É ato unânime, ou negócio jurídico unânime, querendo isto significar que reclama, sob pena de nulidade, o consentimento expresso e válido de todos os herdeiros. A falta de um só, seja qual for a razão, o invalida e frustra.

Em que pese não ser o caso no período prévio à reforma de 2015, no atual ordenamento jurídico, há total compatibilidade entre o cabimento da ação rescisória e da ação anulatória quanto à sentença homologatória de partilha amigável, inclusive no tão mencionado art. 966, §4º do CPC de 2015. Leonardo Carneiro da Cunha e Fredie Didier Jr. elaboraram obra autônoma que trata especificamente do tema: material dedicado a explorar diretamente esse dispositivo legal e tal conclusão.

Na mesma, afirma expressamente que tal norma "*é o dispositivo que carrega a maior quantidade de imprecisões técnicas entre todos os que compõem o novo Código*" e é "*muito difícil examiná-lo dogmaticamente*" [63]. Concorde-se plenamente. Não se pode interpretar os dispositivos atuais sob o prisma do repertório manufaturado na constância da realidade do *Codex* de 1973. Acima, fez-se dedicada abordagem dogmática-temporal precisamente para auxiliar na compreensão temporal do CPC de 2015, sob sua óptica.

Como bem dito pelos célebres doutrinadores, ainda que a redação do § 4º do art. 966 do Novo CPC fosse idêntica à do art. 486 do antigo, o que não é o caso, sua interpretação deveria ser moderna, porque o dispositivo está inserido em outra conjuntura.

Suprimiu-se a previsão expressa anterior de que a partilha julgada só seria anulável pelos vícios e defeitos que invalidam os negócios jurídicos – ou seja, seria apenas anulável. Agora, apenas previu que a partilha pode ser anulável por vícios de invalidade de negócios jurídicos, sem menção à partilha julgada. Destarte, a ação anulatória seria aplicável às partilhas extrajudiciais – as não julgadas.

Enquanto o art. 486 do CPC de 1973 abordava que os atos judiciais acobertados por decisão meramente homologatória "*podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil*"; o § 4º do art. 966 do CPC de 2015 marca que atos de disposição de direitos homologados pelo juízo "*estão*

sujeitos à anulação, nos termos da lei”. Não há limitação alguma ao cabimento da rescisória. Não há expressão imperativa, restritiva, como constava no “*só é anulável*” do art. 2027 de outrora.

Defende o autor Fredie Didier Jr. que, com tal mudança do antigo art. 486, “ficou claro que a partilha, que pode ser amigável e feita em serventia extrajudicial, é, como qualquer negócio jurídico, anulável” – até aí novidade alguma –, mas também que não há mais menção à expressão “decisão da partilha” na hipótese de incidência da ação anulatória do Código Civil. “Isso porque, se há decisão judicial e trânsito em julgado, o caso é de ação rescisória (art. 658 do CPC/2015), não de anulatória”.

Esmiúça-se tal realidade, aludindo à necessidade de previsão do cabimento da anulatória no art. 2.027 do CC quanto às partilhas não julgadas, ao passo que era imprescindível a alteração da redação do mesmo dispositivo legal para suprimir a menção expressa à “decisão de partilha”, sanando antinomias. Até porque, se há decisão judicial, trânsito em julgado e coisa julgada material, há caso de rescisória, não de anulatória.

Logo, se a intenção não fosse limitar a exclusividade do cabimento da ação anulatória, não teria porque extirpar as expressões “partilha feita e julgada” e “só seria anulável” do dispositivo legal que trata da questão (art. 2.027 do CC). Se foi feito, foi por algum motivo! Caso contrário, manter-se-ia a mesma redação. Da mesma forma no que tange a alteração do revogado art. 486 do CPC de 1973.

Já havia clara incompatibilidade entre o Código Civil e o Código de Processo Civil Buzaid; em relação ao CPC de 2015, a antinomia seria ainda mais evidente. O dispositivo do Código Civil somente poderia ser aplicado às partilhas amigáveis; àquelas que passaram pelo crivo judicial se reservaria a ação rescisória.

Como exposto acima, não era caso de revogar o art. 2.027 do Código Civil, pois ele é importante para os casos de partilha não “julgada”. Era preciso, então, redefinir os limites de sua incidência. O CPC de 15, em seu art. 1.068, evitou essa antinomia, ao alterar a redação do art. 2.027 do Código Civil.

Com a mudança, restou evidente que a partilha amigável e extrajudicial, como os demais negócios jurídicos, é passível de impugnação por ação anulatória.

E, de outro vértice, não havendo mais menção à expressão “decisão da partilha”, conclui-se que, havendo decisão judicial transitada em julgado, será cabível, então, a ação rescisória (art. 658, CPC).

É preciso não ignorar que o dispositivo deve conviver com todo o regramento geral das invalidades processuais (arts. 276-283 do CPC/2015) e com o regramento geral das invalidades dos atos jurídicos previsto no Código Civil. Os atos processuais não são passíveis de invalidação por causa do § 4º do art. 966 do CPC/2015; já o seriam independentemente dele, por força de todo o ordenamento jurídico e, mais precisamente, das normas que tratam das invalidades processuais e das invalidades dos atos jurídicos em geral.

Portanto, tratá-lo como norma que suprime o cabimento da ação rescisória e dá exclusividade à ação anulatória como forma de invalidar o ato é uma desordem. Segue a conclusão sintética de todo o abordado acima pelo doutrinador membro da Comissão da Câmara que tratou da criação do Novo *Codex* Processual, revisor do projeto de lei respectivo, em sua obra direcionada especificamente à Ação rescisória e à ação de invalidação de atos processuais previstas no art. 966, § 4º, do CPC/2015:

Eis, então, a síntese do sistema atual de impugnação de partilha: se a partilha for decidida ou homologada pelo juiz, e a respectiva decisão transitou em julgado, o caso é de ação rescisória da sentença que a homologou (arts. 658 e 966 do CPC/2015); se for extrajudicial ou, tendo sido decidida ou homologada pelo juiz, a respectiva decisão ainda não tiver transitado em julgado, cabe ação anulatória da partilha, nos mesmos casos e prazos previstos para os negócios jurídicos em geral (arts. 657, caput, e 966, § 4.º, CPC/2015).

Logo, caso extrajudicial sejam os atos, proferidos por auxiliares da Justiça, pelas próprias partes (desde que sem o manto da coisa julgada material) ou até homologado mas ainda não transitado em julgado, seria cabível a ação anulatória.

Data vênia aos entendimentos contrários, essa seria a única forma de interpretar a legislação sem desrespeitar institutos como a coisa julgada material, a decisão meritória, as previsões expressas e hialinas legais da recentíssima

reforma; tudo sem necessitar malabarismos hermenêuticos, como necessários na vigência do CPC de 1973, como, dentre outras:

- a) tratar “rescindido” como “anulado”;
- b) ignorar a previsão expressa de cabimento de rescisória contra decisões de mérito,
- c) desrespeitar a literal disposição de que sentenças homologatórias de autocomposição são meritórias;
- d) não considerar a alteração expressa no art. 2.027 do Código Civil;
- e) olvidar a novidade do cabimento da rescisória expressa a decisões sem mérito em caso de vedação à propositura de nova demanda – claramente objetivando ultrapassar esse argumento que impedia a propositura de rescisória;
- f) considerar que há norma inócua e reforma legislativa sem motivo;
- g) preferir a hermenêutica que cria antinomias, a despeito da que as evita por completo – em respeito ao princípio da unidade e harmonização do direito.

Não à toa, o Fórum Permanente de Processualistas Civis elaborou dois enunciados em total consonância com aqui aduzido. Os enunciados em tela (n. 137 e n. 138) foram elaborados com a presença de 247 processualistas de todo o país, das mais variadas instituições de Ensino e de distintas gerações, como consta da própria Carta do Evento^[64]:

Todos esses estudiosos discutiram, de forma isonômica, aberta e respeitosa, com desapego a seus títulos acadêmicos ou a qualquer tipo de hierarquia, as novas soluções do Projeto da Câmara dos Deputados.

Ainda, a metodologia do FPPC é de somente emitir enunciados aprovados por unanimidade no grupo temático e aprovados também por unanimidade na

plenária. “Uma objeção justificada de algum participante, seja no grupo ou na plenária, enseja a rejeição do enunciado”:

A unanimidade, a despeito da extrema dificuldade de atingi-la, já que do Fórum participam processualistas de diferentes escolas de pensamento, confere expressiva legitimidade aos enunciados. Não há dúvida de que verbetes aprovados por todos os processualistas presentes ao Fórum têm peso maior do que se fossem deliberados pela maioria ou por alguma espécie de quórum qualificado.

Além disso, outras cinco edições do FPPC ocorreram desde então, sempre tendo como paradigma não só a elaboração de novos enunciados sobre o CPC de 2015, como revisar os emitidos nos demais encontros – vários restaram aprimorados, revisados ou até cancelados, o que não foi o caso dos dois enunciados a seguir abordados.

De tal maneira, em seis edições do Fórum Permanente de Processualistas Civis, sempre foram convalidados os dois enunciados que tratam acerca do cabimento da ação rescisória nos casos de sentença homologatória de partilha transitada em julgado – demonstrando legitimidade e relevância inquestionável, após apreciação de centenas de processualistas em cada edição e encontrando total respaldo nesta obra e em todas aqui referenciadas.

137. Contra sentença transitada em julgado que resolve partilha, ainda que homologatória, cabe ação rescisória. (Grupo: Coisa Julgada, Ação Rescisória e Sentença)

138. A partilha amigável extrajudicial e a partilha amigável judicial homologada por decisão ainda não transitada em julgado são impugnáveis por ação anulatória. (Grupo: Coisa Julgada, Ação Rescisória e Sentença)

CONCLUSÃO

O presente trabalho se dispôs a analisar a questão do cabimento ou não da demanda rescisória em face de sentença meramente homologatória de partilha, tecendo uma retrospectiva da análise doutrinária e jurisprudencial de todas as

complexas e polêmicas nuances envolvidas para motivar uma conclusão técnica quanto ao remédio judicial escorreito, partindo da realidade do Código de Processo Civil de 1973 e concluindo-se com a atual conjuntura do ordenamento, analisando cada situação de forma holística.

Ab initio, foi precípua a conceituação e caracterização da partilha, com enfoque final nas amigáveis homologadas. Daí já se extraiu a primeira grande celeuma: haveria imprecisão na alocação do procedimento no antigo Código Processual, entre os processos de jurisdição contenciosa, caracterizados pela existência de litígio entre as partes e prolação de sentença meritória, ou estava adequadamente posicionado.

Buscando a solução e diante do exposto, observou-se que tal sentença tem natureza de decisão de mérito, tendo em vista a previsão expressa tanto no *Codex* passado, quanto no atual, que fez questão de reiterar a literalidade legal prévia, a despeito da intensa discussão entre os juristas mais gabaritados do país sobre o tópico. Ou seja, foi a opção do legislador botar um ponto final nesta polêmica.

Assim, como decisão de mérito, aspira à coisa julgada material, verdadeira proteção jurídica à estabilidade do *decisum*. Mas foi imprescindível a abordagem a fundo da temática para chegar a esse arremate axiomático, afinal outra disputa intelectual surgiu. Forçoso, de antemão, conceituar.

Enquanto a coisa julgada formal traz imutabilidade dentro do processo que a gerou, devido à preclusão máxima - a perda de uma faculdade processual devido ao transcurso de prazo para seu exercício, como no caso da preclusão do direito a interpor recurso contra a decisão -, a coisa julgada material configura a impossibilidade de alteração da decisão não apenas nos autos em que foi proferida, mas também em quaisquer outros. Destarte, promove a preclusão de todas as alegações a respeito do *decisum*, abrangendo a coisa julgada formal, que é seu pressuposto. Enquanto uma é para dentro do processo, a outra também é para fora dele.

Embate doutrinário veio à tona. De um lado, em entendimento dominante, adeptos de a decisão homologatória de autocomposição, como de mérito, tratar-se de sentença acobertada pela coisa julgada. Seria, inclusive, para um segmento, necessário superar o dogma ultrapassado de que não há coisa julgada na

jurisdição voluntária. Do outro, que o provimento de jurisdição voluntária não produziria por si coisa julgada.

Todavia, o art. 269, III, do CPC/1973, já era hialino ao prever a resolução de mérito quando houver transação entre as partes. O magistrado pode não dar solução própria à *quaestio*, mas prolatará sentença definitiva, com composição de mérito da causa, inclusive naquelas em que se limita ao reconhecimento judicial da autocomposição.

Então, apresentou um raciocínio que seria muito útil mais à frente na análise normativa: o que traçava pressupostos para o aforamento da rescisória: a confirmação de que houve resolução de mérito e a confirmação de que transitou em julgado a decisão, precluindo o exercício do direito à interposição do recurso.

Diante desse cenário, havia verdadeiro imbróglio da melhor doutrina, com conclusões jurisprudenciais que buscavam sanar as antinomias presentes no ordenamento jurídico durante a vigência do CPC de 1973. O art. 486 era utilizado como a previsão legal do cabimento da demanda anulatória, mas, em sua literalidade, dizia que os atos judiciais meramente homologatórios poderiam "*ser rescindidos*".

Assim, por mais que, como esmiuçado, a doutrina majoritária considerasse a decisão homologatória de composição como uma decisão de mérito, também era dominante quanto a ser caso de ação anulatória e não rescisória. Por sua vez, o art. 485, VIII previa, novamente em sentido literal, o mesmo remédio jurídico rescisório como adequado para invalidar a transação em que se baseou a sentença ("*pode ser rescindida*").

A saída hermenêutica foi argumentar que, para o cabimento da rescisória em caso de sentença homologatória, o "*vício deve estar na própria sentença*" (no ato estatal) e não no ato que imprescindia de homologação (ato de disposição do direito material).

Para as Cortes Superiores, no tocante ao ordenamento jurídico prévio à reforma processual civil (CPC/1973), a norma do art. 485, VIII não compreendia a sentença meramente homologatória de transação, a qual ensejaria a ação rescisória – essa endereçar-se-ia apenas à desconstituição da decisão de mérito cujas conclusões se baseiam em transação

Por outro lado, havia muita dissonância doutrinária. Barbosa Moreira e Cândido Dinamarco defendiam que, no ordenamento jurídico prévio à reforma processual civil de 2015, haja vista a autoridade da coisa julgada, as sentenças meramente homologatórias seriam atacáveis por intermédio de ação rescisória.

Contudo, haveria dois atos judiciais distintos: a sentença homologatória, rescindível e o ato de acordo das partes, somente podendo ser desconstituídos como atos jurídicos em geral, de acordo com a lei civil, por vias ordinárias. Até mesmo Pontes de Miranda fez coro às vozes dissonantes.

Havia autor, como Flavio Yarshell, que ia além: igualava as sentenças homologatórias às de jurisdição voluntária, refutando qualquer eventual distinção entre elas. De tal modo, estariam sujeitas à ação rescisórias, pois haveria, sim, atividade jurisdicional, contraditório, apreciação do cerne da demanda e até mérito, tendo, por consequência, natureza de coisa julgada *lato sensu*.

Bom, e no Código de Processo Civil de 2015? Será que o legislador corrigiu tal celeuma, facilitando a compreensão do aplicador e proporcionando maior segurança jurídica ao jurisdicionado? A resposta, para esse artigo, é sim. Mas não sem perpetuar alguma polêmica quanto ao assunto, especialmente no que tange às interpretações fossilizadas do CPC de 1973, ainda pautadas em uma realidade jurídico-legal que não é mais a mesma.

Isto porque, já de início, reafirmou que a sentença homologatória, inclusive de autocomposição, extingue a causa com resolução de mérito, nos termos cristalinos da alínea "b" do inciso III do Art. 487. Problemática solucionada, a despeito da discordância de parte minoritária da doutrina na vigência do antigo código.

E mais: o art. 966 do Novo CPC deixa hialino o cabimento da demanda rescisória contra decisão de mérito transitada em julgado! Entretanto, parte da doutrina continua a defender a tese de que só seria cabível ação anulatória contra sentença homologatória ou de partilha amigável, amplamente pautada na Jurisprudência correspondente ao CPC de 1973, não reanalizando o tema sob o prisma dos novos dispositivos trazidos à baila pelo CPC de 2015, que sem dúvidas alteraram a compreensão do tema.

O Novo CPC não apenas previu expressamente o cabimento da ação rescisória em caso de sentença de mérito transitada em julgado, como também de decisões que não decidem o mérito, mas vedam a propositura de uma nova demanda judicial. Enterrou-se de vez todo o debate doutrinário supracitado sobre ser contenciosa ou voluntária a jurisdição que gera a decisão homologatória (de partilha ou não), ter ou não natureza meritória (apesar da conclusão expressa reforçando de que sim) ou fazer ou não coisa julgada material – basta ocorrer o

trânsito em julgado de decisão que impeça ajuizamento de demanda análoga ou a mesma decidir o mérito, para ser viável a propositura da rescisória.

Assim, mesmo que se analise que o julgador proferiu sentença de extinção sem resolução de mérito em uma partilha amigável, analisando não ter força de coisa julgada material, bastaria a vedação à repositura do inventário em si e, conseqüentemente, da partilha, para o cabimento da ação rescisória, que também seria pertinente contra a decisão que proíba a admissibilidade de recurso.

Afastou-se a polêmica que pululava os debates processualistas no CPC de 1973 quanto à rescindibilidade das decisões que homologam autocomposição, que decorria da necessidade do supramencionado art. 485, VIII (previa rescisória nos casos de transação) com o art. 486 (mencionando "*sentença homologatória*"), com toda uma hermenêutica a ser exercitada para considerar "*rescindida*" como "*anulada*", "*rescindidos*" como "*anulados*", ao passo que se ignorava a previsão inquestionável de haver resolução de mérito "*quando as partes transigirem*" (art. 269, III) e de poder "*ser rescindida*" a sentença de mérito "*quando houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença*" (art. 485, VIII).

Corroborando, apesar de matéria ainda pouco discutida na Jurisprudência mais moderna, que deveria restar alicerçada no contexto normativo posterior à vigência do Novo CPC e não apenas reiterar precedentes anteriores (já não mais aplicáveis), há acórdãos paradigmáticos nesta acepção no STJ. Pautam-se integralmente na natureza de decisão de mérito da sentença que motivou a propositura da ação rescisória, pela previsão inexorável nesse sentido do Novo *Codex*, que fez questão de reiterar o raciocínio já expresso literalmente na carta legal anterior.

À vista disso, trouxe-se à baila o cabimento congruente da mesma ferramenta para objurgar sentença homologatória transitada em julgado. Inicialmente, abordou-se o art. 2.027 do Código Civil de 2002, que, em literalidade, possibilitava a anulação de uma partilha julgada por sentença, como se mero negócio jurídico banal fosse. De maneira ampliativa, interpretava-se o termo "*julgada*" como o julgamento (juízo de valor do Poder Judiciário) com a apreciação devida da *lide*, além, também, da meramente homologada pelo juiz.

Mas como uma decisão, com julgamento da causa propriamente dito, com apreciação do pedido do autor, controvérsia e até mesmo sucumbentes, pode não ser rescindível, mas apenas anulável? A estabilidade inerente à coisa julgada somente poderia ser desconstituída por meios típicos, como a ação rescisória – havia clara antinomia jurídica.

Inclusive quanto à sentença homologatória, o CPC de 1973 já previa a natureza igualmente de mérito da partilha consensual (art. 487, III, *b*), quiçá da unânime natureza da partilha judicial contenciosa. Nesse norte, também seria rescindível. De fato, essa norma contida no Código Civil teria de ser alterada para adequar os limites do cabimento da ação anulatória, sem que impossibilite a ação rescisória, especialmente tendo em vista a carga de imutabilidade e segurança jurídica que a coisa julgada carrega.

Por outro lado, revogá-la não seria adequado, caso contrário suprimir-se-ia a imprescindível previsão legal de cabimento de anulatória em caso de partilhas não julgadas, extrajudiciais, com homologação ainda não transitada em julgado.

Mas, a reforma do Código de Processo Civil positivou dispositivos deixando inquestionável o cabimento de ação rescisória contra sentença meramente homologatória. No que toca à partilha propriamente dita, houve previsão direta no art. 658 do Novo CPC. Algo precisava ser feito!

Evitando perpetuar antinomias, revogou-se a redação original. De *"uma vez feita e julgada, só é anulável"* para *"é anulável"*. Ululante que se pretendeu suprimir a possibilidade exclusiva de ajuizamento de ação anulatória para combater eventuais vícios da partilha, deixando de negar cabimento à rescisória, como outrora dava a entender a redação legal. Caso essa não fosse a intenção, não haveria um porquê que justificasse alteração externa ao Código de Processo Civil, alvo principal da reforma.

Com a modificação, tornou-se evidente que a partilha, que pode ser amigável e até mesmo feita em serventia extrajudicial, é, como qualquer negócio jurídico, anulável. Era preciso deixar isso claro no ordenamento jurídico, haja vista que podem ser realizadas e concretizadas sem a menor atuação do Poder Judiciário, sendo integralmente extrajudicial. Não há mais menção alguma à

decisão da partilha, até porque, se há decisão judicial e trânsito em julgado, o caso é de rescisória (art. 658, CPC), não de anulatória.

Somente será a anulatória o instrumento processual adequado se a partilha amigável ainda não tiver sido homologada judicialmente, pois o art. 658, I, do Código de Processo Civil de 2015 nada mais faz que prever o cabimento da rescisória para os mesmíssimos casos da anulatória (art. 657) – ou seja, pode-se rescindir sentenças mesmo reduzidas a termo nos autos do inventário ou constante de escrito particular homologado pelo juiz, pelos mesmos vícios inerentes à anulação, por expressa previsão normativa (*"nos casos mencionados no art. 657"*).

Cogente avigorar que a ação anulatória propriamente dita é cabível para invalidar atos jurídicos eivados de vícios de nulidade (absoluta ou relativa). Quanto aos atos jurídicos perpetrados pelas partes em processo judicial, a situação não é diferente, em caso de não haver trânsito em julgado (o que os envolve de imutabilidade inerente às decisões judiciais, especialmente as de mérito, como estipula serem as homologatórias de transação desde o Código Buzaid, o que restou confirmado no CPC de 2015).

Em carta legal alguma em vigor consta que "somente poderão ser anulados" ou algo do gênero. E assim poderia ter sido feito anteriormente, como fora na constância da vigência da redação originária do art. 2.027 do Código Civil (*"A partilha, uma vez feita e julgada, só é anulável [...]"*), apesar de criar várias antinomias. Justamente aspirando a evitar tal interpretação restritiva e antinômica, que restou alterada toda a redação desse dispositivo, a despeito de ser de outro código, e não foi reinserida em conjunto normativo algum, pelo contrário!

Por fim, em que pese não ser o caso no período prévio à reforma de 2015, no atual ordenamento jurídico, há total compatibilidade entre o cabimento da ação rescisória e da ação anulatória quanto à sentença homologatória de partilha amigável, inclusive no tão mencionado Art. 966, §4º do CPC de 2015. Ainda que sua redação fosse idêntica à do art. 486 do antigo código, o que não é o caso, sua interpretação deveria ser moderna, porque o dispositivo está inserido em outra conjuntura.

Enquanto o art. 486 do CPC de 1973 abordava que os atos judiciais acobertados por decisão meramente homologatória *"podem ser rescindidos,*

como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil”, o § 4º do art. 966 do CPC de 2015 marca que atos de disposição de direitos homologados pelo juízo “*estão sujeitos à anulação, nos termos da lei*”. Não há limitação alguma ao cabimento da rescisória. Não há expressão imperativa, restritiva, como constava no “*só é anulável*” do art. 2027 do CC de outrora.

Extinguiu-se também a previsão expressa anterior de que a partilha julgada só seria anulável pelos vícios e defeitos que invalidam os negócios jurídicos – ou seja, seria apenas anulável. Agora, tão-só previu que a partilha pode ser anulável por vícios de invalidade de negócios jurídicos, sem menção à partilha julgada. Destarte, a ação anulatória seria aplicável às partilhas extrajudiciais – as não julgadas.

Restou claro que a partilha, que pode ser amigável e cometida em serventia extrajudicial, é, como todo negócio jurídico, anulável – até aí novidade alguma –, mas também que não há mais menção à expressão “*decisão da partilha*” na hipótese de incidência da ação anulatória do Código Civil. Claro, havendo decisão judicial e trânsito em julgado, o caso é de ação rescisória.

É preciso não ignorar que o dispositivo deve conviver com todo o regramento geral das invalidades processuais (arts. 276-283 do CPC de 2015) e com o regramento geral das invalidades dos atos jurídicos previsto no Código Civil. Os atos processuais não são passíveis de invalidação por causa do § 4º do art. 966 do CPC de 2015; já o seriam independentemente dele, por força de todo o ordenamento jurídico e, mais precisamente, das normas que tratam das invalidades processuais e das invalidades dos atos jurídicos em geral.

Por conseguinte, discuti-lo como norma que suprime o cabimento da ação rescisória e dá exclusividade à anulatória como forma de invalidar o ato é uma confusão antinômica.

Portanto, após todo a estruturação legal, doutrinária, jurisprudencial e dogmática realizada minuciosamente neste artigo, pode-se tecer verdadeiro arcabouço, de forma resumida, de quando é cabível a ação rescisória ou a ação anulatória para acoimar a sentença homologatória de partilha amigável:

- a) partilha decidida a fundo ou simplesmente homologada pelo magistrado, e a respectiva sentença restou transitada em julgado:

cabível ação rescisória da sentença que a homologou (com fulcro nos arts. 658 e 966 do CPC de 2015);

- b) partilha estritamente extrajudicial, por ato de auxiliares da Justiça, das partes e, tendo sido homologada pelo juiz sem que a respectiva decisão estivesse transitada em julgado, não carregando sequer proteção de coisa julgada formal (que impediria novos recursos): cabível ação anulatória da partilha, nos mesmos casos e prazos previstos para os negócios jurídicos em geral (arts. 657, caput, e 966, §4º, CPC).

Essa seria a única forma de interpretar a legislação sem macular institutos como a coisa julgada material, a decisão meritória, as previsões expressas e hialinas legais da recentíssima reforma; tudo sem necessitar malabarismos hermenêuticos (alguns necessários outrora, na vigência do CPC de 1973), como:

- a) tratar “rescindido” como “anulado”;
- b) ignorar a previsão expressa de cabimento de rescisória contra decisões de mérito,
- c) desrespeitar a literal disposição de que sentenças homologatórias de autocomposição são meritórias;
- d) não considerar a alteração expressa no art. 2.027 do Código Civil;
- e) olvidar a novidade do cabimento da rescisória expressa a decisões sem mérito em caso de vedação à propositura de nova demanda – claramente objetivando ultrapassar esse argumento que impedia a propositura de rescisória;
- f) considerar que há norma inócua e reforma legislativa sem motivo;
- g) preferir a hermenêutica que cria antinomias, a despeito da que as evita por completo – em respeito ao princípio da unidade e harmonização do direito.

Não à toa, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis elaborou dois enunciados em total consonância com aqui aduzido:

137. Contra sentença transitada em julgado que resolve partilha, ainda que homologatória, cabe ação rescisória. (Grupo: Coisa Julgada, Ação Rescisória e Sentença)

138. A partilha amigável extrajudicial e a partilha amigável judicial homologada por decisão ainda não transitada em julgado são impugnáveis por ação anulatória. (Grupo: Coisa Julgada, Ação Rescisória e Sentença)

Nesse contexto, de arremate, é de se esperar que os Tribunais Superiores superem definitivamente o entendimento amplamente majoritário quando da vigência do Código de Processo Civil de 1973, tendo em vista sua obsolescência atual, dando força aos precedentes que já começaram a vir à tona. O dispositivo não pode ser interpretado com baldrame no repertório dogmático tecido à época do Código Buzaid, que, nas particularidades, é bem distinto do atual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Thereza. **Notas sobre alguns aspectos controvertidos da ação rescisória**. Revista de Processo. v. 39. São Paulo: RT, 1985.

ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. **Transação homologada: anulatória ou rescisória?** São Paulo: Migalhas, 2018.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 18. ed. São Paulo: RT, 2016.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. 3ª Turma, REsp 1184151/MS, rel. Min. Massami Uyeda, rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrichi, julgamento em 15.12.2011.

_____. 4ª Turma, REsp 509793/RS, rel. Min. Jorge Scartezzini, julgamento em 04.5.2006.

_____. 1ª Turma, REsp 35054/SP, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 13.12.2006.

_____. 2ª Turma, REsp 1.587.432/SP, rel. Min. Herman Benjamin, julgamento em 24.05.2016.

____. 1ª Turma, AgInt no REsp 1.357.159/DF, rel. Min. Regina Helena Costa, julgamento em 19.04.2016.

____. 3ª Turma, REsp 1674240/SP, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, julgamento em 05.06.2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Plenário, AR 2440 AgR/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 19.9.2018. Inf. 916.

CÂMARA, Alexandre. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

CARVALHO, Fabiano. **Ação rescisória: decisões rescindíveis**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASTRO, Cássio Benvenuto de. **A partilha no inventário e a ação anulatória (art. 486 do CPC)**. Revista da EMERJ, v. 17, 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1969.

DIDIER JR., Fredie; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação das Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais**. v.3. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. **Meios de Impugnação das Decisões Judiciais: Ação rescisória e a ação de invalidação de atos processuais previstas no art. 966, § 4.º, do CPC/2015**. Revista de Processo, vol. 252, fev. 2016.

DIDIER JR., Fredie; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo; BRAGA, Paula Sarno; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: execução**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 3. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FPPC-Fórum Permanente De Processualistas Cíveis. Carta do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.academia.edu/37808311/FPPC_-_Carta_do_Rio_de_Janeiro>, acesso em 30/03/2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

LACERDA, Galeno Vellinho de. **Ação rescisória e homologação de transação**. Porto Alegre: AJURIS. v.5, nº14, nov. 1978.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Primeiras linhas sobre a disciplina da ação rescisória no CPC/15. In **Doutrina selecionada - processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire (org.). v. 6. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Código de Processo Civil comentado e interpretado**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil – Medidas de Urgência, Tutela Antecipada e Ação Cautelar, Procedimentos Especiais**. v. III, 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson; DE ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo CPC – Código de Processo Civil – Inovações, Alterações e Supressões Comentadas**. Editora Método, 2015.

PARRO, Fabiana Monteiro. **O erro na ação rescisória**. Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. t. 14. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

RIOS GONÇALVES, Marcus Vinicius. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. v.1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Procedimentos Especiais**. Vol. II. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Partilha: nulidade, anulabilidade e rescindibilidade**. Revista de Processo, n. 45, 1987.

TUCCI, Rogério Lauda. **Do Julgamento conforme o Estado do Processo**. 1. ed. n. 19. São Paulo: RT, 1975.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório**. São Paulo: Malheiros, 2005.

NOTAS:

[1] THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Procedimentos Especiais. Vol. II. 50ª ed. Rev. Atual. e ampl. Forense, Rio de Janeiro, p. 269. 2016.

[2] Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ob, cit., p. 295.

[3] Art. 2.015. Se os herdeiros forem capazes, poderão fazer partilha amigável, por escritura pública, termo nos autos do inventário, ou escrito particular, homologado pelo juiz.

[4] THEODORO JÚNIOR, Humberto. Partilha: nulidade, anulabilidade e rescindibilidade. Revista de Processo n. 45, 1987, p. 227.

[5] CASTRO, Cássio Benvenuto de. A partilha no inventário e a ação anulatória (art. 486 do CPC). Revista da EMERJ, v. 17, p. 29, 2014.

[6] MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de Direito Processual Civil – Medidas de Urgência, Tutela Antecipada e Ação Cautelar, Procedimentos Especiais. v. III, 6ª ed. Editora Atlas, São Paulo, p. 375, 2010.

[7] CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Trad. Paolo Capitanio. Bookseller, Campinas, p. 450, 1998.

- [8] GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26ª Ed. Malheiros Editores, São Paulo, p. 332-333, 2010.
- [9] CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. v.2. Saraiva, São Paulo, p. 17. 1969.
- [10] CÂMARA, Alexandre. Lições de Direito Processual Civil vol. I. 16ª ed. Lúmen Júris, Rio de Janeiro, p. 73, 2010.
- [11] MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 3 ed. rev e atual 2 tir. Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 147, 2008.
- [12] THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Forense, Rio de Janeiro, p. 538, 2010.
- [13] Art. 269. Haverá resolução de mérito:
[...] III - quando as partes transigirem;
- [14] Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ob, cit., p. 412.
- [15] DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. v. 3. 6ª ed. Malheiros, São Paulo, p. 263 e ss, 2009.
- [16] TUCCI, Rogério Lauda. Do Julgamento conforme o Estado do Processo. 1ª ed. n. 19, RT, São Paulo, p. 133, 1975.
- [17] NERY JUNIOR, Nelson; DE ANDRADE NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante. 11. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, SP, p. 808. 2010.
- [18] RIOS GONÇALVES, Marcus Vinicius. Novo Curso de Direito Processual Civil. V.1. 9ª ed, 2012.
- [19] LACERDA, Galeno Vellinho de. Ação rescisória e homologação de transação. AJURIS, Porto Alegre, v.5, nº14, nov. 1978, p.34.
- [20] MONTENEGRO FILHO, Misael. Código de Processo Civil comentado e interpretado. 2. Ed. Editora Atlas S.A., São Paulo, p. 569, 2010.
- [21] Cf. NERY JUNIOR, Nelson; DE ANDRADE NERY, Rosa Maria. Ob, cit., p. 540.
- [22] Cf. MONTENEGRO FILHO, Misael. Ob, cit., p. 583, 2010.
- [23] DIDIER JR., Fredie; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo; BRAGA, Paula Sarno; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: execução. 7. ed. rev., ampl. e atual. Ed. JusPodivm, Salvador, p. 274-275, 2017.
- [24] STJ, 3ª Turma, REsp 1184151/MS, rel. Min. Massami Uyeda, rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, julgamento em 15.12.2011.
- [25] Cf. NERY JUNIOR, Nelson; DE ANDRADE NERY, Rosa Maria. Ob, cit., p. 825.
- [26] Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

[27] LERRER, Felipe Jakobson. Ação anulatória. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 231-235, 2008.

[28] ALVIM, Teresa Arruda ; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins . Transação homologada: anulatória ou rescisória? São Paulo: *Migalhas*, 2018.

[29] Cf. MONTENEGRO FILHO, Misael. Ob, cit., p. 395.

[30] STF, Plenário, AR 2440 AgR/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 19.9.2018. Inf. 916.

[31] Art. 486. Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.

[32] STJ, 4ª Turma, REsp 509793/RS, rel. Min. Jorge Scartezini, julgamento em 04.5.2006.

[33] STJ, 1ª Turma, REsp 35054/SP, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 13.12.2006.

[34] Art. 1.030. É rescindível a partilha julgada por sentença:

I - nos casos mencionados no artigo antecedente;

II - se feita com preterição de formalidades legais;

III - se preteriu herdeiro ou incluiu quem não o seja.

[35] Art. 1.029. A partilha amigável, lavrada em instrumento público, reduzida a termo nos autos do inventário ou constante de escrito particular homologado pelo juiz, pode ser anulada, por dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz.

Parágrafo único. O direito de propor ação anulatória de partilha amigável prescreve em 1 (um) ano, contado este prazo:

I - no caso de coação, do dia em que ela cessou;

II - no de erro ou dolo, do dia em que se realizou o ato;

III - quanto ao incapaz, do dia em que cessar a incapacidade.

[36] Cf. NERY JUNIOR, Nelson; DE ANDRADE NERY, Rosa Maria. Ob, cit., p. 1263.

[37] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil, **Forense**, Rio de Janeiro, p. 140 e ss, 2008.

[38] DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob, cit., p. 928 e ss., p. 263 e ss.

[39] PARRO, Fabiana Monteiro. O erro na ação rescisória. Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, p. 81, 2011.

[40] ALVIM, Thereza. Notas sobre alguns aspectos controvertidos da ação rescisória. Revista de Processo. v. 39. RT, São Paulo, p. 14, 1985.

[41] CARVALHO, Fabiano. Ação rescisória: decisões rescindíveis. Saraiva, São Paulo, p. 66-94, 2010.

[42] YARSHELL, Flávio Luiz. Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório. Malheiros, São Paulo, p. 179 e ss., 2005.

[43] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil. t. 14, **Forense**, Rio de Janeiro, p. 276, 1977.

[44] Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar manifestamente norma jurídica;

VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

[...]

§ 2º Nas hipóteses previstas nos incisos do caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça:

I - nova propositura da demanda; ou

II - admissibilidade do recurso correspondente.

[...]

[45] MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Primeiras linhas sobre a disciplina da ação rescisória no CPC/15. Doutrina selecionada - processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire (org.). v. 6. Editora Jus Podivm, Salvador, p. 429, 2015.

[46] Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:

[...]

II - a decisão homologatória de autocomposição judicial;

[...]

§ 2º A autocomposição judicial pode envolver sujeito estranho ao processo e versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo.

- [47] DIDIER JR, Fredie; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo; SARNO BRAGA, Paula; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil: Execução. v.5. 7. ed. rev., ampl. e atual. Ed. JusPodivm, Salvador, p. 273, 2017.
- [48] ASSIS, Araken de. Manual da execução. 18ª ed., RT, São Paulo, p. 227, 2016.
- [49] DIDIER JR., Fredie; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação das Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. v.3. 13ª ed. rev., ampl. e atual. Ed. JusPodivm, Salvador, p. 429, 2016.
- [50] DIDIER JR, Fredie; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo; SARNO BRAGA, Paula; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. Ob, cit., p. 1263.
- [51] DIDIER JR, Fredie; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. Ob, cit., p. 429.
- [52] STJ, 3ª Turma, REsp 1674240/SP, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, julgamento em 05.06.2018.
- [53] STJ, 2ª Turma, REsp 1.587.432/SP, rel. Min. Herman Benjamin, julgamento em 24.05.2016.
- [54] STJ, 1ª Turma, AgInt no REsp 1.357.159/DF, rel. Min. Regina Helena Costa, julgamento em 19.04.2016.
- [55] DIDIER JR, Fredie; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. Ob, cit., p. 430.
- [56] DIDIER JR, Fredie; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. Ob, cit., p. 431.
- [57] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo CPC – Código de Processo Civil – Inovações, Alterações e Supressões Comentadas. Editora Método, p. 375, 2015.
- [58] Art. 657. A partilha amigável, lavrada em instrumento público, reduzida a termo nos autos do inventário ou constante de escrito particular homologado pelo juiz, pode ser anulada por dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz, observado o disposto no § 4º do art. 966.
- Parágrafo único. O direito à anulação de partilha amigável extingue-se em 1 (um) ano, contado esse prazo:
- I - no caso de coação, do dia em que ela cessou;
- II - no caso de erro ou dolo, do dia em que se realizou o ato;
- III - quanto ao incapaz, do dia em que cessar a incapacidade.
- [59] ALVIM, Thereza. Notas sobre alguns aspectos controvertidos da ação rescisória. Revista de Processo. v. 39. RT, São Paulo, p. 14, 1985.
- [60] CARVALHO, Fabiano. Ação rescisória: decisões rescindíveis. Saraiva, São Paulo, p. 66-94, 2010.
- [61] § 4º Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei.
- [62] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Partilha: anulabilidade, nulidade e rescindibilidade*, p. 223.

- [63] DIDIER JR., Fredie; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. Meios de Impugnação das Decisões Judiciais: Ação rescisória e a ação de invalidação de atos processuais previstas no art. 966, § 4.º, do CPC/2015. Revista de Processo: 2016
- [64] Disponível em: <[https://www.academia.edu/37808311/FPPC -
Carta do Rio de Janeiro](https://www.academia.edu/37808311/FPPC-_Carta_do_Rio_de_Janeiro)>, acesso em 30/03/2019.

A HISTÓRIA DAS PENAS: DA LEI DE TALIÃO ÀS IDEIAS DE BECCARIA

THIAGO CASTRO PRAXEDES: Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Pós-graduado em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá do Rio de Janeiro. Aprovado nos concursos públicos de Promotor de Justiça do estado de Rondônia, de Defensor Público dos estados de Santa Catarina, de Alagoas e do Espírito Santo, de Consultor Legislativo da Câmara Municipal do Recife, de Oficial de Justiça do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, de Analista Processual do Ministério Público do estado do Rio de Janeiro e de Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do estado do Piauí.

RESUMO: A presente pesquisa tem por finalidade a realização de uma investigação acerca da história das penas criminais, buscando, por meio de um processo de revisão bibliográfica, a sua compreensão evolutiva. Para tanto, investigar-se-ão, de início, as circunstâncias de definição e de aplicação das penas no período histórico da Antiguidade, centralizando-se o estudo em diplomas religiosos, no código de Hamurabi, onde está contida a lei de talião, e nas leis romanas. Posteriormente, analisar-se-á a pena no período histórico da Idade Média, e, ao final, estudar-se-á a evolução do modelo punitivo durante a Idade Moderna, especialmente em seu período de transição para a Idade Contemporânea, com destaque para o pensamento de Cesare Bonesana, o marquês de Beccaria, perquirindo-se, em todos os casos, a relação da pena com o Estado e com a sociedade.

Palavras-chave: Pena. Sanção Penal. História das Penas. Lei de Talião. Cesare de Beccaria.

RESUMEN: El presente estudio tiene por finalidad la realización de una pesquisa acerca de la historia de las penas criminales, investigando su comprensión evolutiva a través de un proceso de revisión bibliográfica. Para ello, se averiguarán, en principio, las circunstancias de definición y de aplicación de las penas en el

período histórico de la Antigüedad, centralizándose el estudio en diplomas religiosos, en el código de Hammurabi, en el que se incluye la Ley de Talión, y en las leyes romanas. A continuación, se investigarán las penas en el período histórico de la Edad Media, y al final se estudiará la evolución de la pena en el período de transición de la Edad Moderna a la Edad Contemporánea, con destaque para el pensamiento de Cesare Bonesana, el marqués de Beccaria, analizándose, en todos los casos, la relación de la pena con el Estado y con la sociedad.

Palabras clave: Pena. Sanción Penal. Historia de las Penas. Ley de Talión. Cesare de Beccaria.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Pena na Antiguidade; 2 A Pena na Idade Média; 3 A Pena na Idade Moderna e no Período de Transição para a Idade Contemporânea; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Derivando do termo latim *poena* e do termo grego *poíné*, a palavra 'pena' representa linguisticamente a imposição de uma dor física ou moral ao violador de uma norma, ou seja, representa uma punição material ou imaterial por desvios de conduta do indivíduo.^[1] Pela própria etimologia da palavra e também pela previsão de castigos nos mais antigos textos escritos da humanidade^[2], observa-se que a origem da pena, como afirma Cezar Roberto Bitencourt, "é muito remota, perdendo-se na noite dos tempos, sendo tão antiga quanto a humanidade"^[3]. De fato, a história das sanções pela prática de transgressões normativas, sejam elas morais, sociais ou jurídicas, mostra-se correlata à própria história dos seres humanos enquanto entes racionais e, conseqüentemente, capazes de distinguir ações socialmente aceitáveis de ações socialmente inaceitáveis.

Nesse contexto, reconhecendo a importância do estudo da pena na compreensão do próprio desenvolvimento social da humanidade, a presente pesquisa tem por finalidade a realização de uma investigação acerca de sua evolução histórica. Para tanto, por meio de um processo de revisão bibliográfica, investigar-se-ão, de início, as circunstâncias de definição e de aplicação das penas

no período histórico da Antiguidade, centralizando-se o estudo em diplomas religiosos, no código de Hamurabi, onde está contida a lei de talião, e nas leis romanas. Posteriormente, analisar-se-á a pena no período histórico da Idade Média, e, ao final, estudar-se-á a evolução do modelo punitivo durante a Idade Moderna, especialmente em seu período de transição para a Idade Contemporânea, com destaque para o pensamento de Cesare Bonesana, o marquês de Beccaria, perquirindo-se, em todos os casos, a relação da pena com o Estado e com a sociedade.

1 A PENA NA ANTIGUIDADE

Segundo Rogério Greco, desde os mais remotos tempos, já se podia observar a existência de uma noção de pena ou punição para casos de desvio de conduta, estando talvez a mais famosa delas detalhada na Bíblia Sagrada dos cristãos, importante livro histórico da humanidade, onde, em seu Velho Testamento, cita-se a punição de banimento do Jardim do Éden conferida por Deus a Adão e Eva em virtude da desobediência por eles praticada ao provar do fruto proibido.^[4] Em verdade, ainda antes do surgimento do Livro dos Hebreus, os Códigos de Hamurabi e de Manu já haviam trazido normas de sancionamento pessoal pela transgressão de regras sociais, utilizando-se, como modelo de punição, *o princípio de talião*, comumente representado pela frase “*olho por olho, dente por dente*”, em límpida demonstração da forma vingativa e, para a época, proporcionalmente retributiva com que eram aplicadas as penalidades então existentes.^[5]

Como ilustração da forma de punição estabelecida pelo Código de Hamurabi, podem-se citar os seus artigos 196 e 200, os quais retratam a aplicação da *lex talionis*: “art. 196 - Se um homem destruiu o olho de outro homem, destruirão o seu olho. [...] art. 200 – Se um homem arrancou o dente de outro homem livre igual a ele, arrancarão o seu dente”^[6]. Atualmente localizado no Museu do Louvre, o Código de Hamurabi, baseado em leis semitas e sumerianas, é um dos mais antigos documentos jurídicos conhecidos da humanidade, tendo influenciado profundamente os direitos babilônico e hebreu.^[7]

Segundo Ronaldo Leite Pedrosa, a Lei de talião, que significa “lei do tal qual”, foi provavelmente a mais importante disposição normativa do Código de Hamurabi, tendo sua repercussão histórica sido capaz de atravessar séculos e

fronteiras, de modo a alcançar as mais variadas civilizações.[8] O talião, entretanto, não era a única norma penalizante presente no citado código, podendo-se observar, já em seu artigo 1º, uma primeira manifestação do rigoroso modelo punitivo nele previsto: “Se um homem acusou outro homem e lançou sobre ele suspeita de morte, mas não pôde comprovar, seu acusador será morto”[9].

Posteriormente, em Roma, foi criada a Lei das XII Tábuas, a qual era considerada pelos romanos a fonte de todo o direito público e privado.[10] Nesse contexto, apesar de ter sido considerada progressista e de ter engendrado a eliminação da diferença jurídica de classes[11], a *Lex Decemviralis* ainda previa a aplicação da lei de talião no art. 11 da sua Tábua Sétima: “Se alguém fere a outrem, que sofra a pena de talião, salvo se houver acordo”[12]. Como se depreende da leitura desse artigo, a efetivação de um acordo entre as partes era uma possível saída à aplicação do princípio de talião, o que gerava um estímulo à composição, em busca de se evitar a desnecessária aplicação igualitária da violência sancionatória.[13]

Com efeito, até mesmo no Alcorão, revelado, para os que creem, por Alá ao profeta Maomé cerca de 600 anos depois de Cristo, livro onde se vislumbra o valor da generosidade como desígnio essencial do homem, admitia-se a pena de talião, como se nota na seguinte passagem: “art. 5:45. Vida por vida, olho por olho, nariz por nariz, orelha por orelha, dente por dente, chaga por chaga”. [14] Durante a Antiguidade, portanto, seja nos diplomas religiosos, seja no Código de Hamurabi, seja nas leis romanas, estruturavam-se os sistemas penais sobre modelos punitivos vingativos e retributivos, aplicando-se as penalidades então existentes de forma violenta e atingindo-se, em regra, o próprio corpo do condenado.

2 A PENA NA IDADE MÉDIA

Analisando-se a história da pena no período medieval, observa-se, de início, a grande influência da doutrina cristã sobre o Direito, o qual, não seria muito dizer, confundia-se, muitas vezes, com a própria religião, havendo inclusive certa confusão entre os conceitos de crime e de pecado; nasceu, nesse período, a temida Inquisição, então responsável pela aplicação da Justiça Divina.[15] De fato, a punição criminal, na Europa, sempre guardou muitas semelhanças com a punição moral advinda da religião cristã, tendo o vocábulo “penitenciária”, lugar onde

atualmente se encontram os criminosos condenados, surgido do Direito Canônico, no qual havia, e ainda há, o termo “penitência”, como referência à reprovação do indivíduo pela prática de atos considerados pecaminosos ou impuros e à sua consequente ou, ao menos almejável, recuperação por meio da dor ou da meditação.^[16]

Explicando a importância e a influência da Igreja no Direito Penal, Cezar Roberto Bitencourt relembra que “essas noções de arrependimento, meditação, aceitação íntima da própria culpa são ideias que se encontram intimamente vinculadas ao direito canônico ou a conceitos que provieram do Antigo e do Novo Testamento”^[17]. Nesse momento da história da humanidade, já se podia visualizar que a pena possuía duas finalidades bem específicas, a primeira era castigar, e, para tanto, a dor seria a maneira mais eficaz de maximizar o castigo; a segunda finalidade, existente pelo menos nas recém-criadas prisões eclesiásticas, era buscar, com a prisão, mediante a meditação acerca da culpa, o arrependimento do pecador.^[18]

Por meio da influência canônica, portanto, passava-se a considerar que a sanção serviria não apenas para punir o infrator em razão da necessidade de reprovação ao ato praticado, mas também para tentar resgatá-lo do caminho tortuoso e pecaminoso, trazendo-o de volta ao seio comunitário. Essa segunda finalidade, todavia, não era percebida ainda de forma relevante no Direito Secular e nas prisões comuns, sendo característica evidente apenas das prisões eclesiásticas.^[19]

De fato, o modelo punitivo comum fundava seus mais profundos alicerces sobre outra finalidade, o medo coletivo, almejando fazer que as pessoas se sentissem intimidadas com as punições empregadas aos violadores da lei e, em razão disso, evitassem cometer novas infrações.^[20] Para atingir tal objetivo, as punições, aplicadas em forma de execuções, torturas, difamações e mutilações, ocorriam, muitas vezes, em praças públicas, como grandes atrações culturais da época, fazendo o povo se deleitar com o sofrimento alheio.^[21] Acerca do tema, Garrido Guzmán relembra que os criminosos eram “submetidos aos mais terríveis tormentos exigidos por um povo ávido de distrações bárbaras e sangrentas”^[22]. Detalhando os tipos de punições executadas em forma de espetáculo, o citado escritor assevera:

A amputação de braços, pernas, olhos, língua, mutilações diversas, queima de carne a fogo, e a morte, em suas mais variadas formas, constituem o espetáculo favorito das multidões desse período histórico.^[23]

Acerca do tema, não sem razão, Luigi Ferrajoli anuncia:

A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e, às vezes, impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um.^[24]

Até então, portanto, como fruto do pensamento punitivo vigente ao tempo de Hamurabi, dos Hebreus, de Roma, do Alcorão e da Idade Média, o Direito Penal esteve insculpido de requintes de rigor e de crueldade, tendo, desde os seus primórdios, tratado as punições de forma dura, intimidatória, vingativa e humilhante. De fato, como bem relatou Altavila, "o crime e a pena estavam comprimidos entre as folhas do direito hebreu; das leis atenienses; do código hamurábico; nas leis religiosas, morais e civis de Manu; no código tabulário de Roma; no Alcorão; na legislação medieval"^[25], sendo a retributividade e o medo coletivo os estandartes máximos do sistema punitivo.

3 A PENA NA IDADE MODERNA E NO PERÍODO DE TRANSIÇÃO PARA A IDADE CONTEMPORÂNEA

Com o fim da Idade Média e início da Idade Moderna, durante os séculos XVI e XVII, a pobreza continuou a se alastrar por toda a Europa, o que acentuou ainda mais a crise econômica e social já existente e aumentou a massa de marginalizados que perturbava o velho continente, sendo então contra eles utilizados pelos Estados todos os meios e formas de repressão social e institucional possíveis; todos, ressalte-se, sem real sucesso.^[26] Descrevendo o clima político e social dessa etapa da Idade Moderna, Leite Pedrosa assevera que

“os abusos contra os direitos individuais, não reconhecidos sequer formalmente, ignoravam limites”^[27], mantendo-se, em grande parte, a violência, a crueldade e a intimidação coletiva dos períodos anteriores.

Nesse contexto, passou a ideia de recuperação do culpado, apesar da persistente crueldade punitiva, a migrar, ainda que bem timidamente, do sistema eclesiástico para as prisões comuns, sendo certo que, já “na segunda metade do século XVI, iniciou-se um movimento de grande transcendência no desenvolvimento das penas privativas de liberdade, na criação e construção de prisões organizadas para a correção dos apenados”^[28]. Criaram-se, então, as *houses of correction*, na Inglaterra, e, em Amsterdam, as *rasphuis*, casas de correção para homens, e as *spinhis*, casas de correção para mulheres, todas voltadas para finalidades de recuperação do infrator, finalidade esta que seria ainda impulsionada pelo desenvolvimento do capitalismo então nascente, o qual encontrou, dentro dessas prisões, mão-de-obra barata para fomentar a produção e, conseqüentemente, potencializar suas incursões econômicas no novo cenário mundial.^[29]

Apesar desse movimento, muito se demorou para que se observasse um progresso mais efetivo no tradicional sistema penal, imperando ainda o terror. Efetivamente, apenas com o Renascimento e, posteriormente, com o advento das ideias iluministas, é que passaram a ecoar os primeiros importantes questionamentos acerca da forma pela qual eram aplicadas as penalidades aos indivíduos infratores, iniciando-se enfim uma busca pela humanização do trato punitivo.^[30]

Nesse contexto, Cesare Bonesana, marquês de Beccaria, influenciado pelas ideias contratualistas de Rousseau e pelos ideais utilitaristas de seu tempo, lutou contra a selvageria punitiva ainda medieval que, mesmo com o passar do tempo, persistia em assolar a Europa.^[31] Com a sua obra “*Dei delitti e dele pene*”, de 1764, o marquês revolucionou a compreensão acerca do sistema penal vigente à sua época, criando as bases do que se pode hodiernamente chamar de Direito Penal. De fato, logo no início de sua obra, no capítulo III, Beccaria reorientou a ciência penal, estatuidando o princípio da legalidade das penas como um de seus baldrames, de modo a limitar o poder punitivo do Estado aos contornos sancionatórios previamente estabelecidos, na lei, pela sociedade:

A primeira consequência desses princípios é que só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. Ora, o magistrado, que também faz parte da sociedade, não pode com justiça infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída pela lei; e, do momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto, pois acrescenta um castigo novo ao que já está determinado. Segue-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão.[32]

Para o marquês, destarte, somente as leis, elaboradas pelo povo por meio de seus representantes, podem determinar as penas de cada delito, não se podendo, com base no contrato social, justificar a infligência aos indivíduos de penas que não estejam estatuídas na legislação, já que, nesse caso, estar-se-ia a mercê do arbítrio do juiz, que é o membro da sociedade responsável por escolher e por aplicar a punição. De fato, ao renunciar à liberdade absoluta da vida em estado de selvageria, na guerra de todos contra todos, em nome da convivência em sociedade, em estado de paz, o Homem adere aos termos do contrato social, não outorgando ao Estado mais direitos sobre si próprio que aqueles estritamente definidos na legislação. A norma penal, nesse contexto, passa a se tornar o limite máximo da punição aplicável pelo Estado aos transgressores da lei.

Ademais de tanto, como ensina Cezar Roberto Bitencourt, Cesare Bonesana procurou ainda utilizar a pena de maneira eficaz, pensando em torná-la um exemplo para o futuro do indivíduo e da sociedade, e não uma simples vingança ou retribuição pelos acontecimentos passados; sua visão utilitarista, nesse sentido, se mostraria importante marca da revolução de pensamento de sua época, pois a utilidade da pena não se subordinaria mais a uma concepção abstrata de justiça, devendo, ao contrário, a concepção abstrata de justiça se subordinar à utilidade da pena.[33] Sobre o tema, observem-se as palavras do marquês no capítulo XV de sua obra:

Das simples considerações das verdades até aqui expostas resulta a evidência de que o fim das penas não é

atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já foi cometido. Como pode um corpo político, que, longe de se entregar às paixões, deve ocupar-se exclusivamente com pôr um freio nos particulares, exercer crueldades inúteis e empregar o instrumento do furor, do fanatismo e da covardia dos tiranos? Poderão os gritos de um infeliz nos tormentos retirar do seio do passado, que não volta mais, uma ação já cometida? Não. Os castigos têm por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime.[34]

Para o marquês, portanto, ao se revelar incapaz de desfazer a ação criminosa já perpetrada, a pena deveria ser concebida e empregada de maneira socialmente útil e eficaz, tendo por finalidades fomentar, na população, sentimentos que os afastassem do caminho da criminalidade, e evitar que o transgressor voltasse a agredir a sociedade. Nesse contexto, ao reconhecer a inutilidade social de uma sanção meramente retributiva, Beccaria buscou afastar o valor da vingança da justificação do exercício do poder punitivo pelo Estado, desautorizando a aplicação de qualquer pena que não fosse orientada para a proteção futura da própria sociedade.

Além disso, constata-se que, já naquela época, Beccaria deu início à introdução da proporcionalidade, com semelhanças à forma como hoje se conhece tal princípio, na composição material da pena, tendo o nobre escritor asseverado que, "entre as penas, e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado"[35]. De fato, ao impor a observância da "impressão mais eficaz e mais durável" a serem causadas na população, Cesare Bonesana resguardou a parcela da proporcionalidade denominada de "adequação", exigindo que a punição fosse capaz de atingir seus objetivos da maneira mais eficaz; d'outro lado, ao exigir, de forma concomitante, que se aplicasse a punição "menos cruel no corpo do culpado", resguardou o marquês também a parcela da proporcionalidade denominada de "necessidade", balizando, tanto quanto possível para os padrões da época, os interesses punitivos sociais e a proteção física do indivíduo.

Nesse contexto, Beccaria buscou reduzir os excessos de crueldade e de truculência então utilizados nas punições criminais, demonstrando não apenas a inutilidade social dos requintes de crueldade da pena, mas também afirmando ser a normalização das atrocidades e da brutalidade estatal contraproducente no atingimento da finalidade de redução da violência e da criminalidade:

À medida que os suplícios se tornam mais cruéis, a alma, semelhante aos fluidos que se põem sempre ao nível dos objetos que os cercam, endurece-se pelo espetáculo renovado da barbárie. A gente se habitua aos suplícios horríveis; e, depois de cem anos de crueldades multiplicadas, as paixões, sempre ativas, são menos refreadas pela roda e pela força do que antes o eram pela prisão.[\[36\]](#)

Com efeito, ao tornar comuns e frequentes as atrocidades punitivas, o Estado terminava por transformar a crueldade em um componente normal, e até mesmo natural, de sua sociedade, a qual, psicologicamente, passava a se adequar aos níveis de brutalidade contemplados, ampliando, assim, a sua margem de tolerância frente à violência. Segundo Beccaria, criava-se, desse modo, um ambiente negativo e contraproducente em relação ao alcance do objetivo político de redução da criminalidade, devendo-se iniciar um processo de moderação e de humanização das penas. Conforme o marquês, “para que o castigo produza o efeito que dele se deve esperar, basta que o mal que causa ultrapasse o bem que o culpado retirou do crime”[\[37\]](#), sendo desnecessária a espetacularização sanguinária das punições criminais.

Cesare Bonesana, portanto, com a sua obra *“Dei delitti e dele pene”*, de 1764, terminou por inserir, no sistema penal, as sementes de uma noção de proporcionalidade, de legalidade, de igualdade e, principalmente, de moderação das penas, conferindo ao sistema punitivo mais humanidade e privilegiando, sempre que possível, devido a sua nítida influência utilitarista, a recuperação do infrator e o seu conseqüente retorno à sociedade.[\[38\]](#)

CONCLUSÃO

Reconhecendo-se a importância do estudo da pena na compreensão do desenvolvimento social da humanidade, realizou-se, no presente artigo, uma

investigação bibliográfica acerca de sua evolução histórica. Inicialmente, analisaram-se as circunstâncias de definição e de aplicação das penas no período histórico da Antiguidade, tendo sido constatada a existência de noções de pena e de punição nos textos escritos mais antigos da humanidade, dentre os quais se destacaram o Código de Hamurabi[39], a Bíblia Sagrada dos cristãos[40], a Lei das XII Tábuas de Roma[41] e o Alcorão, documentos nos quais se vislumbrou os baldrames de retributividade punitiva oriunda da Lei de Talião.[42]

Analisando-se as punições previstas e aplicadas durante esse período histórico, observou-se a opção por um modelo de punição fundado no valor da vingança e da retributividade[43], inexistindo maiores preocupações em se validar racionalmente o exercício do poder punitivo com base em critérios de reinclusão do infrator no seio social. De fato, somente no período medieval, percebeu-se, ao menos em relação às punições de ordem moral impostas pela Igreja Católica, uma referência à tentativa de recuperação ou de resgate, por meio da dor ou da meditação, do violador das leis religiosas, ou seja, do pecador.[44]

D'outro modo, ainda na análise relativa à Idade Média, percebeu-se que o sistema punitivo comum se pautava pelo medo coletivo, ambicionando intimidar os cidadãos a não cometerem infrações por meio da espetacularização pública e sanguinária das punições impostas aos delinquentes.[45] Como visto, para atingir tal objetivo, admitiu-se a aplicação de punições com os mais variados requintes de crueldade, sendo comum que execuções violentas, mutilações e torturas físicas e morais ocorressem a céu aberto, em praças públicas, como grandes atrações culturais da época.[46] Com efeito, somente durante a Modernidade, passou a ideia de recuperação do infrator a migrar, ainda que de forma sutil, do sistema eclesiástico para o sistema punitivo comum, mantendo-se, todavia, o modelo de crueldade e de rigor punitivo até então instalados.[47]

Finalmente, averiguou-se a evolução da pena no período de transição da Idade Moderna para a Idade Contemporânea, destacando-se o pensamento de Cesare Bonesana, o marquês de Beccaria, que, pautado por ideais iluministas e contratualistas, passou a questionar a forma pela qual eram aplicadas as penalidades aos indivíduos infratores, dando início à humanização do sistema punitivo.[48] De fato, pela análise de sua obra, *"Dei delitti e delle pene"*, de 1764, constatou-se uma contraposição à selvageria punitiva então vigente, tendo o nobre escritor estatuído o princípio da legalidade das penas como um baldrame

do Direito Penal, de modo a, com base no Princípio Democrático, restringir o poder punitivo do Estado aos limites da lei.[49]

Das lições de Cezar Roberto Bitencourt, notou-se ainda que Beccaria procurou empregar a pena de maneira socialmente utilitária e eficaz, pautando-a por finalidades relativas à proteção futura da sociedade, de modo a buscar a não repetição do crime pelo infrator e de modo a buscar fazer que a população se desviasse do caminho da criminalidade, rechaçando a vingança e a mera retributividade como justificativas racionais para o exercício do poder punitivo pelo Estado.[50]

Observou-se ainda que Beccaria deu início à introdução do princípio da proporcionalidade na composição material da pena, buscando reduzir os excessos de crueldade então utilizados no sistema penal, demonstrando não apenas a inutilidade social da espetacularização sanguinária das punições criminais, mas também afirmando ser a normalização das atrocidades e da brutalidade estatal contraproducente no atingimento da finalidade de redução da violência e da criminalidade.[51]

Nesse contexto, pode-se concluir que, ao inserir, no sistema penal, noções básicas de proporcionalidade, de legalidade, de moderação e de utilidade das penas, Cesare de Beccaria provocou uma revolução humanista no sistema punitivo vigente à sua época, criando as bases do que hodiernamente se denomina de Direito Penal, de modo a influenciar as legislações de diversos países, como a do Brasil, que, mesmo após 200 anos, ainda se baseiam nos princípios por ele apregoados.

REFERÊNCIAS

ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. 6.ed. São Paulo: Ícone, 1995.

BECCARIA, Cesare, marchese di. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Paulo M. Oliveira. Ed. Especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão** – causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHARLES F. Horne. **The Code of Hammurabi**: Introduction. Disponível em: <http://www.fordham.edu/halsall/ancient/hamcode.asp>, acesso em: 29/03/2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** – Parte Geral. 10.ed. Niterói: Impetus, 2008.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUZMÁN, Luis Garrido. **Manual de ciencia penitenciaria**. Madrid, Edersa, 1983.

PEDROSA, Ronaldo Leite. **Direito em História**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

PEREIRA, Marcos A. **Beccaria – O precursor do Direito Penal moderno**. Coleção pensamento e vida, vol. 5. Ed. Escala, 2011.

TOMAS Y VALIENTE, Francisco. **El derecho penal de la monarquía absoluta**: siglos xvi, xvii, xviii. Madrid, Ed. Tecnos, 1969.

VIEIRA, Jair Lot. **Código de Hamurabi; Código de Manu, excertos (livros oitavo e nono); Lei das XII Tábuas** / (Série Clássicos). São Paulo: Edipro, 3.ed., 2011.

[1] GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 126.

[2] GRECO, Rogério. *op. cit.*, p. 125.

[3] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão – causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 27.

[4] GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 10.ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 485.

[5] CHARLES F. Horne. **The Code of Hammurabi: Introduction**. Disponível em: <http://www.fordham.edu/halsall/ancient/hamcode.asp>, acesso em: 29/03/2019.

[6] VIEIRA, Jair Lot. **Código de Hamurabi; Código de Manu, excertos (livros oitavo e nono); Lei das XII Tábuas** / (Série Clássicos), São Paulo: Edipro, 3.ed., 2011, p. 31-32.

[7] VIEIRA, Jair Lot, *op. cit.*, p. 09.

[8] PEDROSA, Ronaldo Leite. **Direito em História**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008, p. 81.

[9] VIEIRA, Jair Lot, *op. cit.*, p. 11.

[10] VIEIRA, Jair Lot, *op. cit.*, p. 123.

[11] VIEIRA, Jair Lot, *op. cit.*, p. 123.

[12] VIEIRA, Jair Lot, *op. cit.*, p. 128.

[13] PEDROSA, *op. cit.*, p. 160.

[14] PEDROSA, *op. cit.*, p. 182-183.

[15] PEREIRA, Marcos A. **Beccaria – O precursor do Direito Penal moderno**. Coleção pensamento e vida, vol. 5. Ed. Escala, 2011, p. 36-37.

[16] BITENCOURT, *op. cit.*, p. 35.

[17] BITENCOURT, *op. cit.*, p. 35-36.

[18] BITENCOURT, *op. cit.*, p. 35-36.

[19] BITENCOURT, *op. cit.*, p. 36.

[20] TOMAS Y VALIENTE, Francisco. **El derecho penal de la monarquía absoluta**: siglos xvi, xvii, xviii. Madrid, Ed. Tecnos, 1969, p. 356.

[21] GRECO, *Curso.*, p. 485.

[22] GUZMÁN, Luis Garrido. **Manual de ciencia penitenciaria**. Madrid, Edersa, 1983, p.77.

[23] GUZMÁN, *op. cit.*, p.77.

[24] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002, p. 310.

[25] ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. 6.ed. São Paulo: Ícone, 1995, p. 198.

[26] BITENCOURT, *op. cit.*, p. 37.

[27] PEDROSA, *op. cit.*, p. 240.

[28] BITENCOURT, *op. cit.*, p. 38.

[29] BITENCOURT, *op. cit.*, p. 38-42.

[30] BITENCOURT, *op. cit.*, p. 52-53.

[31] PEREIRA, *op. cit.*, p. 18-24.

[32] BECCARIA, Cesare, marchese di. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Paulo M. Oliveira. Ed. Especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 28.

[33] BITENCOURT, *op. cit.*, p. 56.

[34] BECCARIA, *op. cit.*, p. 58-59.

[35] BECCARIA, *op. cit.*, p. 59.

[36] BECCARIA, *op. cit.*, p. 60.

[37] BECCARIA, *op. cit.*, p. 60.

[38] PEREIRA, *op. cit.*, p. 41,42 e 44.

[39] VIEIRA, Jair Lot, *op. cit.*, p. 31-32.

[40] GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 10.ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 485.

[41] VIEIRA, Jair Lot, *op. cit.*, p. 128.

[42] PEDROSA, *op. cit.*, p. 182-183.

[43] CHARLES F. Horne. **The Code of Hammurabi: Introduction**. Disponível em: <http://www.fordham.edu/halsall/ancient/hamcode.asp>, acesso em: 29/03/2019.

[44] BITENCOURT, *op. cit.*, p. 35-36.

[45] TOMAS Y VALIENTE, Francisco. **El derecho penal de la monarquía absoluta**: siglos xvi, xvii, xviii. Madrid, Ed. Tecnos, 1969, p. 356.

[46] GRECO, *Curso.*, p. 485

[47] BITENCOURT, *op. cit.*, p. 38-42.

[48] BITENCOURT, *op. cit.*, p. 52-53.

[49] BECCARIA, *op. cit.*, p. 28.

[50] BITENCOURT, *op. cit.*, p. 56.

[51] BECCARIA, *op. cit.*, p. 60.

ADMISSIBILIDADE DA CONDUÇÃO COERCITIVA PARA REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO

JÚNIOR BARRIENTOS MONTEIRO DE SOUZA:
Acadêmico de Direito na Universidade Brasil.

ADEMIR GASQUES SANCHES
(Orientador)^[1]

RESUMO: O presente trabalho analisa o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, onde em seu julgamento, decidiu ser inconstitucional a condução coercitiva para o interrogatório do réu, investigado ou acusado. Dessa forma esse artigo terá como princípio demonstrar que esse entendimento não é válido. Com base em estudos do direito moderno bem como análise principiológica e com embasamento, sempre da sociedade, e sua segurança jurídica, o trabalho minuciara todo o fundamento do atual entendimento da suprema corte. Concluirá ao termino do que é aplicável ao nosso ordenamento jurídico, e no atual cenário de política criminal, enfatizando que não é uma subespécie de prisão, tão pouco não fere nenhum princípio constitucional.

Palavras-chave: interrogatório; defesa; posicionamento; prisão; e princípio. constitucionalidade, consumo, pessoal, usuário, drogas.

ABSTRACT: The paper analyzes the current position of the Federal Supreme Court, where in its judgment, it was decided that coercive conduct for the interrogation of the defendant, investigated or accused, was unconstitutional. In this way this article will have as principle to demonstrate that this understanding is not valid. Based on studies of modern law as well as analysis of principles and principles of society, and its legal certainty, the work will undermine the whole foundation of the current understanding of the supreme court. It will conclude at the end of what is applicable to our legal system, and in the current scenario of criminal policy, emphasizing that it is not a subspecies of imprisonment, nor does it violate any constitutional principle.

Key words: questioning; defense; positioning; prison; and principle.

Sumário: Introdução. 1. Conceito de Interrogatório. 1.1 Definição. 2.Histórico. 3.Liberdade de Locomoção do Indivíduo. 4.Natureza do Interrogatório.5. Polícia Judiciária. 6. Procedimento para Realização da Condução Coercitiva. 7. Ampla

Defesa. 8.Tese Discutida. 8.1. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal. 8.2. Prisão. 8.3. Princípio Da Presunção Da Não Culpabilidade Ou Princípio Da Presunção De Inocência. 8.4. Retrocesso. 8.5. Aumento No Número De Prisões Cautelares. 8.6. Direito Comparado. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como fundamento arguir e defender a possibilidade de que o ordenamento jurídico nacional, admiti a condução coercitiva para o interrogatório do acusado, e com isso o novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal, não foi acertado.

Ao longo da explanação o trabalho buscará, com uma análise do direito, e princípios relacionados, e argumentos sociológicos, concluir os motivos pelo qual é admissível o mecanismo coercitivo de ouvir o acusado, (réu, suspeito, indiciado), para o interrogatório.

Veremos ainda, que a ideia de que a condução ser uma espécie de prisão é errônea, pois possui diferenças exorbitantes, como por exemplo, condução é um mero acompanhar, é fazer com que o indivíduo cumpra, os ditames da lei, não cerceando sua liberdade, não tendo nenhum dos seus direitos consagrados na constituição diminuídos, pelo contrário, posto em exaltação.

Vale salientar que o trabalho buscará, através de uma análise histórica indicar a evolução da maneira que se fazia o interrogatório, nos quais os indivíduos não possuíam amparo, sendo vistos com sujeitos ausentes de direitos.

Em momento oportuno, será exposto que não há violação a defesa, mas que o ato de interrogatório é um complemento por vezes aos pressupostos de defesa do agente interrogado.

O ponto mais relevante é de que no dia 14 de junho de 2018, o Supremo Tribunal Federal, em um processo de Julgamento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395 e 444, julgou inconstitucional o termo “para o interrogatório”, disposto no artigo 260 do Código de Processo.

A Suprema Corte, baseou-se seu entendimento no argumento que este fere o princípio da presunção da não culpabilidade e que pode considerar tal instrumento como uma forma de prisão cautelar.

Assim, como tema ainda possui pontos controvertidos, bem como não há concordância unânime, nem mesmo entre os ministros que julgaram inadmissível.

Justifica-se a escolha da problemática com o objetivo de contribuir para melhor entendimento, e demonstrar que os ímclitos julgadores, precisam reavaliar todos os pontos com maior cautela.

Esclarecemos que o trabalho sempre buscará em sua base o cumprimento aos princípios constitucionais, em observância a dignidade da pessoa humana, mas colocando a dignidade de uma sociedade mais justa e mais contributiva com a justiça.

1. Conceito de Interrogatório

Pode-se conceituar o interrogatório como um ato realizado dentro da persecução penal, no qual autoridade (policial ou judiciária), irá ouvir o acusado, ou investigado, sobre os fatos que lhe são imputados, ou seja, é nesse momento que o hipotético autor dos fatos poderá traçar a sua versão do ocorrido, e querendo, demonstrar sua autodefesa.

O procedimento é um ato personalismo, não podendo ser feito por terceiro, ainda que por procurador com poderes especiais.

1.1. Definição e Procedimento de Condução Coercitiva Para Interrogatório

Podemos caracterizar a condução coercitiva como uma medida impositiva de levar os sujeitos do processo ou investigação, como ofendidos, testemunhas, acusados ou peritos, independentemente de suas vontades, a presença de autoridades policia ou judiciárias, com o escopo de ser colhido seu depoimento ou sendo o caso proceder a realização do interrogatório.

Cabe aqui expor a explicação do autor, Noberto Avena:

"a autoridade judiciária no curso do processo e também a autoridade policial no correr do inquérito policial podem

determinar a condução do acusado/investigado a sua presença. Considera-se, para tanto, que o art. 144, § 4º, da Constituição Federal atribuiu às policiais civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais. Sendo assim, por força da doutrina americana intitulada Teoria dos Poderes Implícitos, incorporada ao nosso ordenamento, faculta-se a autoridade policial adotar todas as providências necessárias para que seja realizada tal apuração, inclusive a própria condução do suspeito para prestar informações sobre o fato investigado, desde que respeitadas, obviamente, as garantias legal e constitucionalmente estabelecidas [...]”. (AVENA, Processo Penal Esquemático, p. 179-180)

Assim, a legislação nacional, mais especificamente, o Código de Processo Penal Impõe requisitos para que seja procedida a condução coercitiva sendo estas: Intimação/comunicação para comparecimento ao ato; e recusa injustificada de quem foi intimada ou não compareceu ao ato.

Esses requisitos vêm da ideia de que vivemos em uma sociedade civilizada e não em um cenário de rudezas, onde não é aprovável para ouvir uma pessoa, possa sujeita-la a essa ferramenta, sem ao menos dar a oportunidade de comparecimento espontâneo.

Os órgãos que pode realizar o ato seria a Policia Judiciaria (civil ou federal), e judiciário (estadual ou federal).

O objeto de estudo do presente trabalho é o fato de que a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 2018, inadmissível a condução coercitiva “para o interrogatório”, taxando esse termo como inconstitucional, o qual abordaremos em outro momento.

2.Histórico

Surgiu na idade média, no período conhecido como “Idade das Trevas”, onde se tinha uma dominação eclesial, da igreja católica e protestante, onde os

interrogatórios eram realizados com extrema violência e meios cruéis, tudo com intuito de retirar das pessoas as respostas que queriam ouvir.

Passada a idade das trevas, o instituto estudado foi inovado, passando a valer também de um momento no qual o acusado não seria coagido de maneira cruel a responder as perguntas dirigidas a si. E dessa nova forma des se conduzir o interrogatório tivemos como seu pioneiro países como Portugal, Alemanha e França, como leciona a autora Aline Lacovelo Del:

“Ainda no século XIV reformas em Portugal foram feitas por Dom Pedro I e Dom João I; Na França, em 1359 e, na Alemanha, em 1532 retornavam ao sistema acusatório. No século XVIII, com o advento do princípio liberal, determinou-se profundas modificações no processo penal. Com a prevalência da idéia liberal e individualista, nesse retorno ao sistema acusatório, o interrogatório muda de aspecto. Assegura-se ao acusado a possibilidade de, conscientemente, tornar-se o árbitro exclusivo sobre o "se" e o "como" de suas respostas. O "privilege against self-incrimination" da V Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América representa a garantia da liberdade de consciência do réu submetido a interrogatório. E no momento em que o acusado pode opor-se ao acerto da verdade, mediante sua recusa em responder, surge para ele um direito que visa substancialmente colocar um limite à busca da verdade.” (DEBS, 2002, p.1).

Já em nossa nação o interrogatório teve forte influência do sistema criminal europeu, em que, a interpretação do interrogatório foi tomada como meio de prova, tanto é que a previsão legal desse procedimento, está situado no Código de Processo Penal brasileiro no “Título VII- Da Prova”, temos discussões jurisprudenciais e doutrinarias, até os dias de hoje, posicionando no sentido de que fosse esse como meia defesa, meio de prova ou natureza híbrida.

3. Liberdade de Locomoção do Indivíduo

Artigo 5º, inciso “XV” da Constituição Federal, nos esclarece que todos possuem o direito de ir e vir, desde que o Estado esteja em tempo de paz.

Podemos inferir que nosso ordenamento constitucional, deixou estabelecido que a liberdade seja incondicional e plena, mas essa não pode ser entendida como absoluta.

Nessa esteira, a liberdade do indivíduo possui limitações, pois como todo direito singular, é superado pelo da coletividade, destarte, o direito de locomoção é precipuamente medido com base no de outrem.

No contexto ora abordado, vemos que na própria lei maior prevê restrições ainda que de forma implícita, como exemplo, ilicitude dos fins, devido processo legal, dentre outros, dando ênfase ao artigo 5º, inciso XXXV da nossa Carta Política, que dispõe:

“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciária lesão ou ameaça a direito” (REPÚBLICA, Constituição da República Federativa do Brasil, art.5º, XXXV)

Portanto, a jurisdição é inafastável, mesmo que para isso tenha de se valer de mecanismos que tenham por base serem mais desagradáveis, pois, o que vale para que tenhamos uma ordem jurídica estável é o direito da coletividade, não podendo colocar, tranquilidade de pessoas acusadas, indiciadas, denunciadas, acima da verdade real, e do direito de todos de viver em uma sociedade que tenha segurança estimada.

Logo, temos em outra frente a Teoria dos Poderes Implícitos, teremos a ideia que a carta magna, deixou velado que para deliberados propósitos, deve tolerar mecanismos importunáveis, outorgando atribuição a determinado órgão e possibilidade de concretizá-los, mas sempre respeitando os princípios, e os direitos estabelecidos nela.

O autor Noberto Avena exemplificou essa ideia claramente, conforme vemos a seguir:

“Teoria dos Poderes Implícitos é aquela pela qual se entende que, se a Constituição Federal estabelece determinados fins, deve também permitir a utilização dos meios necessários para alcança-los, respeitadas, sempre, as garantias estabelecidas pela própria Carta Magna em prol

do indivíduo. Ora, aplicada essa doutrina à hipótese em exame, infere-se que o objetivo de elucidação das práticas criminosas é consentâneo com a condução coercitiva dos investigados por ordem do delegado de polícia sempre que essa providência revelar-se efetivamente necessária.” (AVENA, Processo Penal Esquematizado, p. 179-180.)

4. Natureza do Interrogatório

A doutrina possui quatro correntes a respeito da natureza jurídica do interrogatório, a primeira de que o ele fosse meio de prova, a segunda meio de defesa, a terceira híbrida, a quarta seria de que a inquirição iniciasse como meio de defesa, e de maneira subsidiária seria meio de prova.

Entendemos que o interrogatório possui natureza híbrida, logo é preciso considera-lo meio de defesa e meio de prova, pois, o interrogado pode se valer do direito de permanecer em silêncio, não haverá informações probatórias, porém, caso ele não permaneça em silêncio além da oportunidade de impor sua autodefesa, estará produzindo material probante.

Nos dizeres de Nucci:

“Note-se que o interrogatório é, fundamentadamente meio de defesa, pois a Constituição assegura ao réu o direito ao silêncio. Logo, a primeira alternativa que se avizinha ao acusado é calar-se, daí não advindo consequência alguma. Defende-se apenas. Entretanto, caso opte por falar, abrindo mão do direito ao silêncio, seja lá o que disser, constitui meio de prova inequívoco, pois o magistrado poderá levar em consideração suas declarações para condená-lo ou absolvê-lo.” (NUCCI, 2009, p. 404).”

Cabe destacar, que o interrogatório, conforme a sua forma de ser elaborado prevista no Código de Processo Penal, possuem duas partes, a primeira trata-se sobre a pessoa do interrogado, ou seja, sua qualificação, nessa primeira parte não ocorre direito ao silêncio, pois nada está sendo-lhe. A segunda será sobre os fatos ou acusação a ele imputado, então deverá ser respeitado o direito de não produzir prova si mesmo.

Podemos então concluir que, interrogatório não possui apenas uma natureza jurídica, mas também uma natureza identificadora, autoridade a que está dirigindo uma investigação, a exemplo, poderá colher dados pessoais que por vezes, se torna inacessível, o que ajudaria a conduzir uma melhor apuração do ocorrido.

5. Polícia Judiciária

Oportuno o momento para tecer considerações acerca da condução coercitiva policial.

Como instituição constitucionalmente vocacionada, à investigação criminal (artigo 144, §§1º e 4º da Constituição Federal), pode e deve velar de todos os meios e modelos disponibilizados pela constituição e pela legislação infraconstitucional a fim de colher os elementos informativos e probatório que evidenciem a materialidade e autoria do crime.

Como exemplo, ressaltamos a pessoa em suposta situação de flagrante (artigo 304 do Código de Processo Penal), é perfeitamente válida a captura e a condução coercitiva do suspeito à delegacia. Mesmo que, ao final da audiência primária de apresentação, a autoridade policial, entenda pela não lavratura do Auto de Prisão em Flagrante.

De toda maneira, com tal encaminhamento do suspeito à delegacia permite-se a documentação do fato, o que se afigure de grande interesse à persecução penal.

Em idêntico sentido, é perfeitamente possível a captura e a condução de detentores de imunidade, pois, é uma questão de cessação de riscos sociais, bem como, novamente, de necessidade de registro dos fatos.

Menciona-se também a possibilidade de condução de pessoa a qual sob a qual tenha suspeitas de ser objeto de um mandado de prisão (artigo 290, §2º, c/c artigo 289-A, §5º, do CPP). Nesse caso, nem se sabe quem é o suspeito (ou nem se pode precisar se ele é mesmo sujeito de um mandado de prisão), contudo, a legislação permite sua detenção e condução precária.

Dessa maneira, analisamos por essa vertente, a possibilidade de o delegado conduzir suspeitos, para o interrogatório, deve ser manifestamente legal, em decorrência da missão constitucional da polícia judiciária.

6. Procedimento para Realização da Condução Coercitiva.

Abordaremos agora o procedimento o qual o Código de Processo Penal Brasileiro, utilizou para ser legítima a condução coercitiva.

Nossa legislação processual penal, deixou previsto que, se acusado, e aqui temos que inferir que também, cabe ao indiciado, investigado, suspeito, se esse não corresponder à intimação para o interrogatório, essa sendo policial ou judiciária, poderá ordenar a sua condução até a presença.

Conforme o dispositivo que aqui afixamos

“Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença. (Vide ADPF 395) (Vide ADPF 444) Parágrafo único. O mandado conterà, além da ordem de condução, os requisitos mencionados no art. 352, no que lhe for aplicável.” (CPPB, Código de Processo Penal, de 3 de outubro de 1941)

Conforme depreende, têm outros atos que se faz necessário a presença do sujeito passivo da persecução penal, o qual poderá autoriza-lo mandar conduzi-lo coercitivamente a sua comparência.

Relevante expor que, no caso do não comparecimento, mesmo esse não sendo justificado, e estando devidamente intimado, não é pressuposto de prisão preventiva, tendo em mente que o encarceramento provisório possui pressupostos próprios, de natureza cautelar, com fulcro na restrição da liberdade do indivíduo.

Diante do exposto, a pessoa podendo ser sujeita a ação penal, ou que esteja essa já incorrendo sob sua pessoa, poderia ser sim conduzido a presença da autoridade policial, sem que viesse a sofrer qualquer violação ao princípio “nemo tenetur se detegere”.

O qual subscrito termo principiológico, resguarda o direito de o sujeito não se auto incriminar, já que ele não é objeto de prova.

Nesse passo, podemos compreender, de forma harmônica com a carta política e nosso Código de Processo Penal, os indivíduos que estão sendo investigados ou processados, poderia, sem infringir suas prerrogativas, ser forçado a comparecer a presença da determinada autoridade.

É verídico e legal, que ninguém é obrigado a constituir provas contra si mesmo, desse modo não seria compelido ao interrogado, que ele respondesse as perguntas sobre aquilo que é acusado, podendo responder parcialmente ou até mesmo manter-se em silêncio o que não seria visto como prejuízo para si mesmo.

O direito do interrogando, de não sofrer abusos dentro do interrogatório, é protegido pelo Estatuto da OAB, o qual prevê:

“Art. 7º São direitos do advogado:

(...)

XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: apresentar razões e quesitos; (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)” (LEI Nº 8.906, DE 4 DE JULHO DE 1994.)

Fica evidente que mesmo durante, o interrogatório, sob pena nulidade absoluta, o ato deve ser devidamente acompanhado por seu advogado, mesmo esse estando sem procuração, garantindo mais ainda que seus direitos sejam devidamente respeitados.

Em contrapartida, como esse faz parte do processo, deve sim ser conduzido, até a presença da incumbida autoridade, como as testemunhas, peritos e vítima.

Em vista disso, não há defeso legal que implique a não condução do indivíduo, mas uma nota permissiva, cabe lembrar que, o Código de Processo Penal, veio antes da nossa carta magna, tendo sido recepcionado em grande parte, como está aqui discutida.

7. Ampla Defesa.

Antes de adentrar na derradeira discussão cabe definir o ato de defesa do imputado criminalmente, antes de delinear esse ponto, ressaltamos que abordaremos a ampla defesa no sentido criminal, não abrangido por outras esferas do direito, não sendo aqui o escopo do presente trabalho.

A Ampla Defesa está consagrada na Constituição Federal no artigo 5º inciso, LV, referindo, sendo a garantia ao cidadão de que terá seu direito a tutela resguardado, e com isso, poderá de todos os meios legais, se defender.

Esse princípio é subdividido em dois pontos, o primeiro é a Autodefesa, consistente naquela a qual o acusado irá se defender de forma direta e pessoalmente, é uma defesa personalíssima inerente ao acusado, sobre aquilo que lhe é imputado. Aqui podemos dizer que um dos momentos os quais o acusado se usa de sua autodefesa é no interrogatório.

Outra ramificação do exposto princípio é a defesa técnica, a qual será realizada por um terceiro, sendo procurador legalmente habilitado com os devidos poderes para o processo, ou seja, pessoa constituída, pelo próprio acusado, caso não, pelo próprio juízo, sendo essa obrigatória.

Assim, podemos concluir que para alcançar uma ampla defesa completa muitas vezes é necessário a realização do interrogatório, pois é nesse que teremos união da autodefesa e a técnica.

8. Tese Discutida

8.1. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

No dia 14 de junho de 2018, o STF, em uma votação apertada, por 6 a 5, no processo de julgamento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395 e 444, julgou inconstitucional o termo “para o

interrogatório”, disposto no artigo 260 do Código de Processo Penal (esse já citado em outro momento), exemplificando, diz que o acusado que não atender a intimação, poderá ser conduzido até autoridade para que seja procedido o interrogatório.

A maioria dos ministros seguiram nos moldes do voto do relator Gilmar Mendes, salientando que o procedimento seria uma restrição a liberdade de locomoção, ou seja, uma subespécie de prisão cautelar, e violação do princípio da presunção da não culpabilidade.

Com esse novo posicionamento, o acusado, se for conduzido coercitivamente exclusivamente para realizar o interrogatório, será visto como ato ilegal, devendo a autoridade a que emitiu a ordem ser responsabilizada, com fundamento de que tal prática seria cerceamento da defesa do conduzido, e uma medida restritiva de liberdade.

Cabe salientar que as testemunhas, peritos, até mesmo os ofendidos podem ser conduzidos coercitivamente para colher seu depoimento. Nesse passo, apontamos que, os menores, abrigados Pelo Estatuto da Criança e Adolescentes, se devidamente notificados não comparecerem para audiência de apresentação, podem então ser conduzidos coercitivamente até a presença da derradeira autoridade (Artigo, 187, do ECA).

Conforme exposto, a nova tese só é válida para os acusados e réus, mas se em um caso concreto, dentro da persecução penal, houver necessidade de suceder outro ato como, reconhecimento, ao investigado ainda poderá ser imposta a sua apresentação forçada, como dito anteriormente, a renomada decisão apenas proíbe para o “interrogatório”.

8.2. Prisão

Podemos conceituar que prisão, é a restrição da liberdade de locomoção determinado por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente ou em caso de flagrante delito (art.5º, LXI, da CF).

Nas palavras do doutro doutrinador Fernando da Costa Tourinho Filho, lecionada o que seria prisão:

“A supressão da liberdade individual, mediante a clausura. É a privação da liberdade individual de ir e vir, e, tendo em vista a prisão em regime aberto e a domiciliar, podemos definir a prisão como a privação, mais ou menos intensa, da liberdade ambulatória” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. Vol. 3. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012-p.429)

Dentro do nosso ordenamento possuímos uma variada gama de espécies de prisões, sendo:

- a) prisão civil: atualmente usada apenas para devedor alimentício.
- b) prisão administrativa: unicamente militar.
- c) prisão para averiguação: era aquela determinada pela autoridade policial, a qual não foi recepcionada pela atual carta magna.
- d) prisão-pena ou decorrente de sentença condenatória irrecorrível: é aquela derivada de uma sentença condenatória transitada e julgada.
- e) Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível: preceituada no art. 393 do Código de Processo Penal, que impõe como efeito da sentença condenatória recorrível ser o réu preso ou conservado na prisão.
- f) prisão sem pena ou provisória: conhecida como prisão provisória, é aquela com o fim de assegurar uma melhor investigação criminal, ou melhor andamento do processo, com o escopo de impedir que o sujeito solto venha incidir novos ilícitos.
- g) temporária: aquela representada pela autoridade policial, ou Ministério Público e se fundamentada com ordem judicial, para assegurar o melhor seguimento das investigações.
- h) prisão preventiva para assegurar o ato de entrega: o Tribunal Penal Internacional poderá requerer um pedido de detenção e entrega de uma pessoa a qualquer estado em cujo território essa pessoa possa estar.

Cabemos esclarecer que o recolhimento domiciliar, erroneamente conhecida como prisão domiciliar, é apenas uma medida cautelar, diversa da prisão.

Não podemos deixar de citar nesse presente trabalho, que atualmente, as autoridades judiciárias, com base em outra decisão do Supremo Tribunal Federal vêm aplicando, uma nova espécie de prisão, sendo derivada do cumprimento antecipada da pena, após a confirmação da condenação por um órgão colegiado.

Ora, não podemos aqui ter como verídico que conduzir uma pessoa coercitivamente seria uma supressão da liberdade de locomoção do indivíduo, uma vez que são variados os fatores.

Se for tomado como verdade, estaríamos colocando em prisão os ofendidos, testemunhas e peritos, até mesmo os amparados pelo ECA, tomando como mais excêntrico seria a vítima, pois muitas vezes essa estaria sendo duplamente vítima, uma pelo seu agressor, outra pelo próprio Estado, que em tese estaria privando de sua liberdade de locomoção.

Conforme exposto nosso ordenamento possui uma gama variada de prisões, em nenhum momento, não houve como enquadrar a condução de uma pessoa para o interrogatório como uma de suas espécies, ou estar situadas em alguma delas.

8.3. Princípio Da Presunção Da Não Culpabilidade Ou Princípio Da Presunção De Inocência

Fruto da nossa constituição cidadã, será aplicado no âmbito do direito penal, o qual reservará um estado de inocência ao acusado de ter inferido em umas das condutas rotuladas como infração penal.

Tal vertente principiológica impõe ao Estado e seus representantes aplicadores da lei penal, ao se depararem com um caso concreto, reserva ao cidadão, o direito de ser visto como inocente aos olhos da justiça, até que se esgote todos os meios inerentes a sua defesa, para que sendo o caso após uma sentença transitada julgada, dentro do devido processo legal possamos ter justiça plena.

Em outras palavras, o princípio da presunção de inocência exerce o papel fundamental de esquivar o cerceamento da liberdade, em face daquelas pessoas que estão na iminência de serem atingidas pelo jus puniendi estatal, foi consagrado no dispositivo 5º da Constituição Federal, o qual prescreve que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Ora, condução coercitiva com fim do interrogatório em nenhum momento irá infringir o estado de inocência do indivíduo, ao contrário em muitas vezes, poderá retificá-la, já que mesmo que o acusado queira dispor de sua autodefesa, a simples qualificação criteriosa do suspeito, poderá servir como prova cabal de que mesmo não poderia ter cometido infração imputada.

Pois bem, notamos, muitas vezes no cenário criminalista, e da persecução penal, estamos diante de um crime definido como habitual, ou seja, aquele que exige uma prática reiterada, por exemplo, o crime de casa de prostituição, elencado no artigo 229 do nosso Código Penal, o agente faz desse crime seu meio de subsistência, assim se a autoridade, costumeiramente a policial, traçar uma qualificação correta, o que só temos no interrogatório de maneira pessoal, poderá auferir que o averiguado possui uma ocupação habitual, assim descartando como suspeito.

Sempre fazendo ressalva que nosso ordenamento não é feito apenas de crimes praticados por pessoas que ocupam cargos públicos do alto escalão, mas, de uma gama incontável dentro da nossa sociedade brasileira.

Claro, a condução sempre deve ser realizada nos patamares previstos no Código de Processo Penal, conforme já explanado anteriormente.

8.4. Retrocesso

É nítido que as consequências que esse posicionamento da Suprema Corte, vai trazer a sociedade, pois, é mais uma maneira de garantir a impunidade para aquelas pessoas que já veem a justiça como um olhar de tolerância, que não há consequências ao infrator, já que não é obrigatório o seu comparecimento para ser ouvido.

Ou seja, a própria corte que resguarda a constituição, de certo ponto deixou claro o descaso com justiça, que os impunes, são sim, seres intocáveis, já que seus direitos estão acima até mesmo dos da vítima do crime.

O novelista e poeta Walter Scollt, possui a seguinte frase “ceder à injustiça é animar os outros a praticá-la”, digno de reverencia, se abirmos mão da justiça, podemos estar aqui, incitando terceiros a pratica-las dizendo que somos apoiadores, e que suportamos, que não iremos atrás de buscar elucidar os crimes, uma vez que, atrelados a conceitos morais e éticos errôneos, que só favorece a prática de infrações penais, não sua elucidação.

8.5. Aumento No Número De Prisões Cautelares

Com o novo entendimento, os órgãos de apurações de infrações penais quais sejam as policias judiciárias, ou outros órgãos que realizem investigação criminal, se viram-se sem outra opção para poder ouvir o indivíduo que está se recusando atender as intimações, dessa forma estão cada vez mais representando ao judiciário pela decretação da prisão temporária e preventiva, muitas vezes com fundamento questionável, apenas para suprir a falta de poder fazer o sujeito comparecer para ser interrogado e qualificado.

Na prática os juízes, e as autoridades policias vem substituindo a condução por medidas privativas de liberdades. O que poderá gerar muitas ilegalidades, pois, o acusado, ou investigado somente deveria ser colocado em cárcere como última medida de prevenção.

Concluindo, a condução coercitiva, além de todos benefícios já citados, ele ajudava a evitar uma decretação de medida cautelar vazia, cerceando a liberdade de locomoção do inclinado que se encontra dentro da persecução penal, meramente por ter uma qualificação incerta.

8.6. Direito Comparado

Fundamental sublinhar que o poder de reter excepcionalmente e conduzir uma pessoa por poucas horas na delegacia de Polícia, por autoridade própria da autoridade de Polícia Judiciária, é amplamente consagrado nos países europeus, tais como Alemanha, França, Bélgica, Portugal, Espanha, Holanda e Inglaterra, e

nos países da América, a exemplo de Estados Unidos, Argentina e Chile, havendo diferença apenas na quantidade de horas, que, em geral varia de 6 a 72 horas.

CONCLUSÃO

O presente trabalho tentou de forma enfática trazer a ideia de que a condução coercitiva não fere princípios, tampouco é contrária a lei penal, já que está prevista expressamente no Código de Processo Penal, nem nossa aclamável Constituição cidadã, prevê algo contraditório a esse meio de ouvir o acusado, pelo contrário ela estabelece que nenhuma ameaça, ou lesão ao direito deixará de ser apreciada.

Podemos concluir que a nossa carta magna de fato, definiu que nenhuma injustiça poderá ser deixada de ser analisada, e sanada, como algo que impõe as autoridade, o dever de não permitir que a sociedade tenha seus direitos cerceados em virtude de outras pessoas que comete atos ilícitos, logo deve utilizar de mecanismos que as auxiliem na elucidação e combater os males que assola a sociedade.

Porém, o Supremo Tribunal Federal, nossa corte máxima, entendeu por um voto de diferença, demonstrando que o assunto é controverso, a o extremo gerando o que chamamos de instabilidade jurídica.

Pois bem, a corte de forma apertada que tal mediada seja uma espécie de prisão cautelar, o que é rebatido amplamente, pois em nosso ordenamento, não existe nenhum conceito de prisão na qual se adeque nessa finalidade ao contrário, todos fogem desse entendimento.

Outro fundamento no qual os excelsos julgadores se respaldaram foi o de que tal procedimento, viola o princípio da não culpabilidade, já que impõe ao acusado a obrigação de falar. Com todo protesto de eleva estima, a suprema corte, ela descrê nos nossos próprios entes, os quais cuidam da persecução penal, de alguma maneira irá coagir o investigado ou acusado a falar.

O que não é verídico, pois permitirá ampla defesa, qual seja, a autodefesa, defesa pessoal do ouvido, bem como no momento oportuno a defesa técnica, o qual a soma desses dois fatores ocorrerá a ampla defesa, e se o mesmo o preferir silêncio, então esse direito será respeitado, com total segurança.

O argumento o que estamos diante de uma restrição de liberdade não é coeso com nosso ordenamento jurídico, por dois pontos, o primeiro, não há previsão legal ou respaldo para tanto, para que unicamente possamos ouvir o acusado tenhamos que cercear a liberdade do indivíduo. O conceito entre conduzir e restringir, um é meramente transportar o sujeito até o local para ser feita o interrogatório.

O termo restringir a liberdade, devemos denotar que é restringir é dado somente a um dos direitos dentro de vários outros a ele inerente, dessa forma, de maneira específica é retirar a capacidade de liberdade do sujeito, o ir e vir, como ocorre na prisão pena, e temporárias e preventivas.

Diante do delineado no presente trabalho acadêmico, a condução coercitiva, feita nos moldes do Código Processual Penal, é admissível, não ferindo os princípios do nosso ordenamento, tampouco sendo uma forma de privação de liberdade.

Portando, o mecanismo exposto, é medida constitucionalmente válida e convencional, tendo como escopo a eficácia do sistema probatório, sempre visando assegurar um mínimo de eficácia da persecução penal e evitar a restrição da liberdade de fato do indivíduo.

REFERÊNCIAS

GONÇALVES, E. R.; JUNIOR, J. P. B. **Legislação Penal Esquematizada**, Pedro Lenza, 2ª Edição, 2016.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal**, 5ª edição, São Paulo, Saraiva, 2010, V.04

Código Penal brasileiro, em - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

Constituição Federal de 1988, em - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

Lei de Drogas, em - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm

Lei de Introdução ao Código Penal, em -
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm

LOPES, Marcos Antônio *'Drogas: 5 mil anos de viagem'* <http://super.abril.com.br/ciencia/drogas-5-mil-anos-de-viagem> - 31/01/2006

BOTTINI, Pierpaolo *'Descriminalizar o uso de drogas: uma questão constitucional'* <http://www.conjur.com.br/2015-mar-10/direito-defesa-descriminalizar-uso-drogas-questao-constitucional> - 10/03/2015

SANCHEZ, Leandro, *'Conheça os países onde o porte de droga para consumo pessoal não é crime'* em - <http://www1.folha.uol.com.br/asmais/2015/09/1671352-conheca-os-paises-onde-o-porte-de-drogas-e-liberado-para-uso-pessoal.shtml> - 09/09/2015

Nota:

[1] Graduação em Bacharel em Direito, pela Unimep- Piracicaba. Pós-Graduação: Processo Penal, pela Universidade Unitoledo- Araçatuba-SP; Interesse Difuso e Coletivos, pela Universidade Camilo Castelo Branco-Fernandópolis-SP; Especialista Em segurança Pública- Academia de Polícia de São Paulo.

DO CONSENSO AO PRINCÍPIO DA CONSENSUALIDADE NA DEMOCRACIA: NOVO CONTEXTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

IVAN MORAIS RIBEIRO: advogado sócio do Escritório Morais Ribeiro. Pós-graduado em Ciências Criminais pela Faculdade Estácio de Sá. Pós-graduando em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes. Aluno especial do Mestrado de Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasília - CEUB. Graduado pela Universidade de Brasília.

RESUMO: O trabalho apresenta o contexto do surgimento do princípio da consensualidade no Direito Administrativo, bem como busca entender a repercussão do referido princípio na atualidade, especialmente nos contornos da democracia. Nesse sentido, observou-se, no Artigo, após estudo bibliográfico, o enfraquecimento da hegemonia do princípio da supremacia do interesse público, em contrapartida ao crescimento da consensualidade, possibilitando, dessa forma, a participação de forma direta dos administrados, através, por exemplo, da conciliação, mediação, consultas públicas e acordos. Isso tudo permitiu que se atribuísse uma maior legitimidade na atuação do gestor público, o qual deixará de impor decisões, ordens e instruções para compor com os particulares, administrados, possibilitando que esses últimos sejam atores em relações diretas com o Estado e não mais subservientes.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Consensualidade. Consensualidade e Estado Democrático de Direito. Reforma Gerencial e Princípio da Consensualidade.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Do Consenso à Democracia. 3. A Construção de um Novo Olhar sobre o Direito Administrativo. 4. Consolidação do Princípio da Consensualidade. 5. Reforma Gerencial e Novas Tendências na Administrativa Pública. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

Tanto quanto o mundo se torna mais dinâmico e complexo, assim também se tornam as estruturas sociais. Uma das colunas mestra para a estabilização das

relações entre o Estado e seus administrados, o Direito Administrativo, vem passando por profundas alterações, no sentido de renovar os modelos de gestão dos recursos públicos e de atuação perante os administrados, em busca de excelência.

É diante desse contexto que as mutações e novas tendências no direito administrativo se manifestam de maneira categórica, entretanto não de maneira abrupta. Essa construção se desenrola gradativamente, mediante a conscientização do coletivo, da ideia de consenso e de democracia, desembocando na busca pela aplicação de modelos mais eficientes e da justa utilização das prerrogativas do Estado.

Esse trabalho visa analisar a construção e evolução histórica da ideia de consenso e poder coletivo, assim como a edificação de uma gestão administrativa pautada nas necessidades do cidadão, em pé de igualdade ao interesse público, bases do princípio da consensualidade, permitindo, assim, maior eficiência na entrega de resultados.

2. Do Consenso à Democracia

A combinação e complementação de conhecimentos a partir de uma incessante evolução social, científica e moral, intensificou a complexidade das relações humanas e, por consequência, os mecanismos de harmonização social. Não alheios a tal papel conciliador, já nos primórdios de uma legitimação do poder governamental, os filósofos contratualistas buscaram explicar a atuação e os poderes do Estado perante o cidadão.

Segundo Leopoldino da Fonseca (1978)¹, a partir de Hobbes e Locke o contratualismo passa a apresentar-se como um princípio lógico, conferindo sentido racional para a dedução da teoria política, deixando de ser mera visão ou conto histórico.

Perante esse contexto, Hobbes (1651)², baseado em sua percepção de que o homem em estado natural permaneceria em constantes guerras, profere que:

*“Diz-se que um Estado foi instituído quando uma multidão de homens **concordam e pactuam**, cada um com cada um dos outros, que a qualquer homem ou assembleia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de*

representar a pessoa de todos eles (ou seja, de ser seu representante), todos sem exceção, tanto os que votaram a favor dele como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembleia de homens, tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos restantes homens”.

Seguindo a mesma corrente, ainda que com fundamento diverso, Locke descreve em seu “Segundo Tratado sobre o Governo”³ que a *concordância de vontades* entre os homens, a fim de que pudessem manter seu estado natural de felicidade, garantiria não apenas segurança, mas também a propriedade privada; dessa forma, constituiria seu corpo político.

O posicionamento contratualista foi corroborado pelo filósofo iluminista Rousseau já no século XVIII, em sua obra “Contrato Social”⁴, auxiliando na construção político-jurídica do ordenamento prestes a firmar-se em Estado Liberal de Direito, com a Revolução Francesa e a queda do absolutismo.

Modernamente, Habermas (1997)⁵ traz um novo paradigma, em sua Teoria Discursiva do Direito e da Democracia sugerindo a necessidade de que os destinatários das normas jurídicas se tornem também seus autores. Isso seria isso possível por meio da institucionalização de procedimentos que possibilitassem a comunicação da vontade e opinião populares ao legislador e ao aplicador do direito, exercendo, portanto, sua autonomia política ativamente e privilegiando o princípio da soberania do povo. Esse novo paradigma começa a permitir que Administração e administrados atuem de forma isonômica entre si.

Conforme relata Moreira Neto (2003)⁶, o consenso participa na evolução das culturas, sendo a determinação dos indivíduos, grupos sociais e nações, agregando-se aos seus respectivos meios físicos e psíquicos de expressão, gerando o poder que lhes possibilita atingir seus objetivos.

Diante da busca e evolução dos instrumentos que conferissem legitimidade às formas de Estado e governo, do contrato social às modernas constituições, do absolutismo ao Estado Democrático de Direito, importante é notar o papel impulsionador exercido pelas demandas populares. A forma e velocidade de

identificação da vontade geral possuem estreita relação com a harmonia social e os ideais democráticos.

A Constituição Federal brasileira de 1988⁷, já em seu artigo inaugural, parágrafo único, consagra ao povo a titularidade do poder, que poderá exercê-lo de forma direta ou por meio de seus representantes legais, elevando a democracia e o Estado Democrático de Direito a cláusulas pétreas do ordenamento jurídico brasileiro.

A respeito do princípio democrático, Moreira Neto (2014)⁸ ensina que:

*"...Se refere à forma de governo adotada por um Estado, seja republicano ou monárquico em que se reconheça no povo a **origem do poder**, entendendo-se por povo a parcela dos membros da sociedade aptos a manifestar a **vontade política primária**, e, em razão disso, se estabelecendo a **igualdade de todos perante a lei**, o que inclui a escolha de **representantes**, aos quais caberá aplicar o **poder estatal** com fidelidade a essa vontade popular, a ser recolhida em sufrágios e em outras formas de expressão política **formal**, segundo processos instituídos pela ordem jurídica, ou de expressão **informal**, como produto das instituições da sociedade civil."*

Nas lições do Autor supracitado, a administração dos recursos afetos ao Estado, por força do princípio democrático, deve sempre obedecer a essa vontade política primária, devidamente cristalizada em normas jurídicas, sendo o *cidadão* protagonista político e jurídico do Estado.

Dessa forma, Moreira Neto avalia o princípio da cidadania como corolário do princípio democrático e elucidando que aquele se desdobra no princípio da participação, no qual os indivíduos são estimulados a tomarem parte nas decisões coletivas, incluindo as que regem interesses políticos e, principalmente, administrativos, por estarem intimamente ligados com o dia a dia das pessoas.

3. A Construção de um Novo Olhar sobre o Direito Administrativo

Apesar de a construção ao longo das décadas da concepção de consenso e consensualidade, do poder que dela decorre e de sua sinergia com o bom

funcionamento do aparelho estatal, com ênfase no processo decisório democrático e eficiente de resolução de problemas, apenas recentemente o espírito da consensualidade foi erigido a Princípio no ordenamento jurídico brasileiro, a partir de um novo olhar lançado sobre a Administração Pública.

O século XX foi marcado por duras críticas à ineficiência do Estado, que então adotava o modelo burocrático empregado na gestão dos recursos públicos, modelo este que, durante anos, foi reforçado por meio da aplicação estrita das normas, com base firme no princípio da legalidade e da supremacia do interesse público.

Conforme Aragão (1997)⁹, tal modelo foi de grande importância para que houvesse maior previsibilidade e precisão da organização estatal e efetivação de políticas públicas, como uma reação ao nepotismo e ao subjetivismo alastrados em face de um primeiro momento patrimonialista de gestão, pautado no clientelismo e no prevailecimento do interesse privado em detrimento ao público.

Dessa forma, buscou-se legitimar o poder estatal com base em uma estrita legalidade, tendo sua importância, especialmente no que diz respeito a controle de abusos. Entretanto, o aumento do número de procedimentos e normas acabou por desembocar na autorreferência, ineficiência incapacidade de voltar-se para o serviço aos cidadãos⁹.

Todavia, Di Pietro (2009)¹⁰ explana que a restrição de custos e aumento da qualidade dos serviços, tendo o cidadão como beneficiário torna-se essencial, passando a reforma do aparelhamento do Estado a ser orientada predominantemente pelos valores da eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial das organizações.

Sendo assim, com fulcro na eficiência, consagrada como princípio constitucional com a emenda nº 19 de 1998, um novo olhar recai sobre a administração pública, essencialmente centrado na entrega de resultados.

4. Reforma Gerencial e Novas Tendências na Administrativa Pública

Em meio a esse contexto pós-burocrático de reforma gerencial do aparelho do Estado, conforme ensina Oliveira (2018)¹¹, novas tendências se desenvolvem

no Direito Administrativo. E uma delas ganha ênfase o princípio da consensualidade, que se trança com as novas interpretações do princípio da legalidade e da supremacia do interesse público.

À luz do constitucionalismo pós-positivista, conforme enfatiza Moreira Neto (2003)⁵, as normas constitucionais passam ser interpretadas, em regra, como comandos de eficácia geral, excepcionalmente carecendo de normatividade infraconstitucional regulatória da matéria, nascendo assim a força do princípio da juridicidade. Essa nova noção a respeito da interpretação das normas constitucionais e do ordenamento jurídico como um todo dá origem a um verdadeiro constitucionalismo de resultado, redefinindo o interesse público e exaltando a primordial característica finalística da eficiência.

Diversas críticas foram elaboradas em torno do modelo burocrático, dentre elas a de que a prescrição estrita de tarefas levava ao desvirtuamento dos objetivos, provocado pela obediência acrítica às normas, especialmente sob a forma de controle procedimental das tarefas. A forma de controle ganha nova feição na administração gerencial, passando a ser realizado *à posteriori*, ou seja, sobre resultados efetivamente obtidos e entregues aos cidadãos, de forma estratégica (SECCHI, 2009)¹².

Observa-se assim um novo passo do Direito Administrativo. Se em seus primórdios, o controle do abuso era o foco, culminando em uma legalidade exarcebada. Agora o resultado e eficácia passam a ser o guia, especialmente diante do novo contexto imposto também pelo neoconstitucionalismo.

A busca pela aplicação de práticas de gestão provenientes da administração privada ao setor público passa a ser mais intensa e valorizada, porquanto favorece as novas tendências administrativas, permitindo, assim, a governança, economicidade e o estímulo a *accountability* (transparência e cobrança de resultados).

Osborne & Gaebler (1994)¹³ elencam princípios empresariais que passa a ser aplicados à administração pública, dentre eles vale enfatizar: 1) a preferência a alternativas de produção externa de bens e serviços: terceirização, parcerias governo-sociedade civil, voluntarismo; 2) a gestão participativa de programas e projetos com clientes; 3) a desregulamentação interna, simplificação organizacional e clarificação de papéis e missões; 4) avaliação e financiamentos

baseados em resultados; 5) criação de centros de resultados financeiros, promovendo ação pública rentável; 6) antevisão estratégica de serviços; 7) descentralização e desconcentração: controle hierárquico versus autoridade, desenvolvimento de equipes (*team building*), gestão participativa, cooperação trabalhadores-gerentes, círculos de controle de qualidade e programas de desenvolvimento gerencial.

Conforme Campelo (2010)¹⁴, no Brasil:

“De uma forma geral, os princípios norteadores do gerencialismo baseiam-se nos seguintes fatores: interesse público, responsabilidade (accountability), descentralização, participação social (capital social), transparência, honestidade, liderança e eficiência”.

É diante desse contexto transformador, político e jurídico, com a aproximação das mentalidades dos setores privado e público, bem como da nova visão normativa dos princípios e a constitucionalização de resultado que se encontra o terreno fértil para as fomento dos instrumentos realizadores do princípio da consensualidade.

5. Consolidação do Princípio da Consensualidade

A partir dessa nova visão, um importante conceito entra em cena: a efetividade. Por ele, busca-se, conforme, relata Moreira Neto⁶, o atingimento *satisfativo geral* do interesse público, destacando-se, agora, não apenas o processo de decisão, mas num pensamento além, ganha importância o *resultado do que foi decidido*. Passa a ter ainda mais valor à cidadania, que proporciona a legitimidade das decisões, confrontando-se as decisões administrativas com seu resultado prático.

Consequente a isso, houve a multiplicação de modalidades participativas, sendo possível o desenvolvimento de “inúmeros tipos de participação de conteúdo que não apenas revelem ou ascendam as reivindicações populares, como ainda concorram para dinamizar a própria democracia representativa no sentido de torna-la mais eficiente em termos de resultado”, com formas de participação voltadas às políticas públicas em si (Moreira Neto, 2003)⁶.

Ademais, direitos fundamentais não podem ser sumariamente posicionados em grau de inferioridade a qualquer outro princípio constitucional, uma vez que é sempre necessária a ponderação de princípios quando em conflito em casos concretos, ainda que se fale em *supremacia* do interesse público, não havendo, portanto, princípios absolutos.

Em adição a isso, por certo, acordos de vontades são mais bem aceitos e com maior probabilidade de cumprimento que mera imposição de decisões unilaterais, reduzindo-se resistências e, então, ganhando força a *processualidade adequada*, conferindo previsibilidade e confiabilidade às decisões administrativas (Moreira Neto, 2003)⁶.

Portanto, um dos mais contundentes princípios que se apresentam nessa tendência renovadora do Direito Administrativo é o da consensualidade, que se constrói, conforme Oliveira (2018)¹¹, pela tendência da substituição da decisão unilateral e impositiva administrativa por aquela decisão estatal que deve ser construída, na medida do possível, de forma bilateral, a partir do consenso e da participação social, por meio de instrumentos que os possibilitem.

Conforme Gonçalves (2003)¹⁵, na acepção da pragmática jurídica, a palavra "consenso" é avaliada com o mesmo sentido e finalidade da palavra "consentimento", juridicamente associada à ideia de manifestação de vontade, aprovação, outorga.

Nessa esteira, cabe destacar que a consensualidade administrativa, também chamada de concertação administrativa, em seu *stricto sensu* é aquela cujos instrumentos se pautam na terminação consensual de conflitos, como a conciliação, mediação e arbitragem. Já a consensualidade em sentido amplo, *lato sensu*, abrange os acordos em geral, feitos entre o Estado e particulares, como contratos, termos e parcerias (NEVES & FERREIRA FILHO, 2018)¹⁶.

Segundo Moreira Neto (2003)⁶, ainda que o Estado tenha como atuação característica a imperatividade e o monopólio do poder coercitivo, são notáveis os benefícios das novas relações negociais, tendo didaticamente dividido a atuação da *administração concertada* em três modalidades, relacionadas às finalidades administrativas e funções essenciais do Estado, citando 1) a *promoção do interesse público* pela função decisória administrativa em abstrato ou em concreto (manifestação de vontade primária da administração pública); 2) a *satisfação do*

interesse público pela função executiva das decisões tomadas em abstrato ou em concreto (transformação do ato em fato administrativo); e 3) a *recuperação do interesse público* pela função judicativa administrativa, em que se reaprecia a jurisdição das decisões administrativas, das execuções e das decisões judicativas de que caibam recurso (técnica de superação de conflitos).

Em suma, Moreira Neto sintetiza de maneira excepcional os benefícios do princípio da consensualidade correlacionando-o a institutos primordiais ao Estado democrático de Direito:

“É inegável que o consenso como forma alternativa de ação estatal representada para a Política e para o Direito uma benéfica renovação, pois contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a atenção de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e prudente (legitimidade), evitam os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem)”.

6. Conclusão

Diante do exposto, para a consolidação do princípio da consensualidade, foi necessário um longo período de amadurecimento social, em busca de harmonia nas relações de poderes, essências à concretização dos direitos fundamentais individuais e coletivos. Tal amadurecimento se entrelaça com o surgimento do estado Democrático de Direito e com a evolução das formas de gestão dos recursos públicos.

Não apenas com o fulcro de conhecer os anseios sociais, um novo paradigma surge com finalidade de conferir a particulares capacidade para que sejam atores em relações diretas com o Estado. Dessa forma, o princípio da consensualidade toma força, materializando-se em importantes instrumentos de resolução de conflitos envolvendo a administração pública, como a conciliação, mediação, consultas públicas, bem como acordos em geral.

Sendo assim, é de fundamental importância destacar que não se pode entender o princípio da consensualidade como um mero fim em si mesmo, ou seja, o consenso pelo consenso. Ele não se foca exclusivamente em uma simples harmonização de ideias, mas também em instrumentos para capacitar a tomada de decisão, ouvindo-se democraticamente as partes envolvidas, e conferindo maior legitimidade à atuação administrativa. *Por consequência disso, resultados são mais facilmente atingidos.*

Dessa forma, supera-se o acordo de vontades suscitado pelos filósofos contratualistas para um novo paradigma, que é o paradigma de Habermas. Nessa visão, a busca pelo consenso, na verdade, não se foca unicamente em resultados por resultados, mas sim, *na possibilidade de que todos os agentes participem de forma isonômica das decisões sociais*, favorecendo a ideia de que não há uma supremacia absoluta do interesse público. Conclui-se, portanto, que o Estado não possuiria a voz mais forte, mas seria uma, dentre as diversas vozes a serem ouvidas, no palco das discussões da democracia.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acessado em: 13/01/2019.

CAMPELO, Graham Stephan Bentzen. Administração Pública no Brasil: Ciclos entre Patrimonialismo, Burocracia e Gerencialismo, uma Simbiose de Modelos. **Ci. & Tróp.**, Recife, v.34, n. 2, p.297-324, 2010. Disponível em: <<https://periodicos.fundaj.gov.br/CIC/article/viewFile/871/592>>. Acessado em: 20/01/2019.

DA FONSECA, João Bosco Leopoldino. Do Contrato social à Constituição. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, v. 26, nº 19/20, 1978. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/issue/view/78>>. Acessado em: 8/01/2019.

DE ARAGÃO, Cecília Vescovi. Burocracia, Eficiência e Modelos de Gestão Pública: Um ensaio. **Revista do serviço Público**. Brasília, vol. 48, nº3, 1997.

Disponível em: <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/391/397>>
. Acessado em: 19/01/2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.49.

GONÇALVES, Cláudio Cairo. O Princípio da Consensualidade no Estado Democrático de Direito - uma Introdução. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, vol. 232, 2003. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45687>. Acessado em: 25/12/2018.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol.1 e Vol 2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Cap. XVIII, p. 61. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf>. Acessado em: 08/01/2019.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**, Cap. VIII, *apud* DA FONSECA, João Bosco Leopoldino. Do Contrato social à Constituição. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, v. 26, nº 19/20, 1978. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/issue/view/78>>. Acessado em: 8/01/2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo . **Curso de Direito Administrativo**. 16ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense GEN, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 231, p. 129 a 156. 2003.

NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Dever de consensualidade na atuação administrativa. **Revista de Informação Legislativa**:

RIL, v. 55, n. 218, p. 63-84, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63>.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. São Paulo: Editora Método, 2018.

OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. Reinventando o governo: Como o espírito empreendedor Está transformando o setor público. Brasília: **MH Comunicação**, 1994; apud MARTINS, Humberto Falcão. Burocracia e a revolução gerencial: A Persistência da Dicotomia entre Política e Administração. **Revista do serviço Público**. Brasília, vol. 48, nº1, 1997. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/377>. Acessado em: 20/01/2019.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Contrato Social**. Trad. Rolando Roque da Silva. Ed. Ridendo Castigat Mores. Ed. eletrônica. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>>. Acessado em: 10/01/2019.

SECCHI, Leonardo. Modelos Organizacionais e Reformas da Administração Pública. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, vol. 43, nº 2, p. 347 a 369, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v43n2/v43n2a04>>. Acessado em: 19/01/2019.

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO DO CONSUMIDOR COM BASE NA DISTINÇÃO DE AGNELO AMORIM FILHO E DA TEORIA DO DIÁLOGO DE FONTES

FRANCISCA MARCIA MOURA LOPES:

Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogada militante na área civil e empresarial.

SIMONE ROCHA PEREIRA

(Orientadora)

RESUMO: O estudo em alusão explicita a importância da distinção entre prescrição e decadência com base em dois grupos idealizados por Chiovenda: direitos a uma prestação e direitos potestativos com esteio em uma corrente ternária, que as dividiu em: ação condenatória, constitutiva e declaratória, deixando para trás a confusão criada pelo o *Códex* Civil antigo, pois, na verdade não se sabia distinguir quais seriam os prazos prescricionais e decadenciais conforme a sistemática daquele código, tendo em vista a falta de. A abordagem ao Código Civil nesse trabalho, seja o antigo ou o atual, se faz imprescindível para o estudo do presente artigo em razão da ligação inter sistêmica entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil com a aplicação do Princípio do Diálogo entre as Fontes bem aclarada pelo Professor Leonardo de Medeiros Garcia. Foi inserido no presente artigo, um explicativo histórico. O intuito do artigo, em tela, é perfeitamente, oportuno, principalmente, para fluência na ordem jurídica, assim como facilitador no âmbito dos operadores do direito, premente da dificuldade pelos juristas na aplicação dos prazos extintivos da prescrição e decadência, tendo como solução um critério fácil de distinção entre elas, critério esse, que não se funda em empirismo, e sim, tão-somente, em método científico, facilitando em muito, a aplicação desses institutos. Sendo inseridos, ainda, neste trabalho a importância no caso do não enquadramento na normatização pátria se poderia haver um prejuízo de ordem jurídico-social. Traze-se, também, na temática abordada na presente conjuntura jurídica brasileira se o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor adotaram o critério científico de Agnelo Amorim Filho para distinguir prescrição de decadência, distinguindo-as pela causa e não pelo

efeito. Essa abordagem vai mais além, pois, se expande fazendo uma relação com as ações, com os direitos a uma prestação com os direitos potestativos.(.....)

Palavra-chave: Prescrição; Decadência, Direito Civil; Direito do Consumidor ações condenatórias, constitutivas, declaratórias; direitos potestativos. Diálogo entre as fontes.

ABSTRACT: The study in reference explains the importance of the distinction between the statute of limitation and the loss of procedural rights based on the two groups conceived by Chiovenda: rights to relief and unilateral rights, supported by a ternary train of thought, which is divided into: indemnity, declaratory and constitutive actions. This leaves behind the confusion created by the ancient Civil Codex, since it was not possible to distinguish the statute of limitation and loss of procedural rights according to this code in view of the lack of criteria, leading to a critical point to be raised in this work, the wrong definition of the statute of limitation. The approach, in this study, to the Civil Code, either the current or the ancient one, is indispensable, due to the intersystemic link between both the Consumer Defense Laws and the Civil Codes, with the application of the principle of dialogue between the sources well clarified by Professor Leonardo de Medeiros Garcia. A brief historical explanation was included in this article. Therefore, the purpose of the article is perfectly appropriate, especially to keep judiciary fluency in the legal system, as well as to facilitate the work of legal professionals. This paper also aims at helping legal professionals by addressing the difficult task of distinguishing the statute of limitation and the loss of procedural rights by offering an easy solution criterion, which is not based on empiric studies but on a scientific method, making the application of these two institutes simpler. Also, brought forth in this paper, is the importance in the case of non-compatibility of national laws and if it could put the justice-social organization in jeopardy. Furthermore, another issue addressed in this research is if the Civil and Consumer Defense Codes have adopted the scientific criterion by Agnelo Amorim Filho, that distinguishes statute of limitation from loss of procedural rights, taking into consideration the cause, not the effect. This paper's approach goes a step further since it expands on making a connection with the actions and rights to a benefit with potestative rights .(.....)

Keywords: Statute of limitation; Loss of procedural rights, Civil Law, Consumer Defense Law, indemnity, constitutive, declaratory actions, potestative rights, .Dialog between sources.

1 INTRODUÇÃO

Prescrição e Decadência são institutos relevantes e estão bem presentes nas discussões jurídicas contemporâneas do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que referidas discussões têm como base as polêmicas existentes na distinção dos dois institutos retromencionados, apesar de que, no momento atual, tal celeuma vem se aclarando por meio da conscientização de um critério científico proposto pelo Mestre Agnelo Amorim Filho^[1], já aceita pela nossa jurisprudência e pela maior parte dos doutrinadores brasileiros^[2], inclusive, adotado pelo Código Civil Brasileiro de 2002.

Inicialmente, deve-se registrar que não se tem a intenção, nesse trabalho, de exaurir toda a controvérsia existente sobre o tema objeto do presente artigo, e apenas, e tão-somente, minimizar os problemas na aplicação de cada instituto, procurando por outro lado, maximizar as técnicas científicas, com auxílio do Mestre citado acima, com a corroboração da aplicação do Diálogo de Fontes entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil Brasileiro com base nos ensinamentos de Cláudia Lima Marques, pois, até mesmo, um grande estudioso e dedicado ao assunto, CÂMARA LEAL, diz ser um dos problemas mais árduos de Teoria Geral do Direito Civil(FILHO apud LEAL, 1961, p.2) e ainda há outros que afirmam que são imprestáveis os vários critérios para distinguir os institutos.

Nesse contexto de divergências, nada mais salutar do que adotar um critério, não aceito apenas pela maior parte da doutrina, mas impingido pelo legislador pátrio, desde 1990, no Código de Defesa do Consumidor e em 2002 no Código Civil brasileiro, não empírico, mas sim científico, facilitando, em muito, a distinção entre Prescrição e Decadência, e assim, aplicando-o a cada caso, por meio de uma conexão interssitémica entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor com maior segurança.

Esse estudo irá proporcionar ao leitor a satisfação de seus questionamentos quanto às seguintes matérias: sem seu enquadramento na normatização pátria poderia haver um prejuízo de ordem jurídico-social? O Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor adotaram o critério científico de Agnelo Amorim Filho para distinguir prescrição de decadência? Esse critério procura fazer a distinção entre Prescrição e Decadência pela causa ou pelo efeito? Para a aplicação correta da prescrição e decadência é necessário o conhecimento da natureza da ação? O Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 adotaram a classificação das ações ternárias de Chiovenda ou quinária de Pontes de Miranda como critério de distinção da Prescrição e Decadência? O prazo que obsta a decadência no direito do consumidor é suspensivo, interruptivo ou constitutivo? Para aplicação dos prazos prescricionais que rege as tratativas dos consumidores é necessário a distinção entre vício dos produtos e serviços dos chamados acidentes de consumo (defeito ou danos causados pelo fato do produto e serviço)? O prazo prescricional de 5 (cinco anos) inserto no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor é também aplicável aos danos causados em virtude dos vícios dos produtos e serviços? É possível a aplicação do Código Civil nas relações consumerista, tendo em vista o Princípio do Diálogo das Fontes? O termo *a quo* do prazo prescricional para o CDC está conforme a Teoria de Agnelo Amorim Filho (nasce com a pretensão) ou com a Teoria de Câmara Leal (*actio nata* – nasce com a ação, ou seja, no momento que o direito material foi violado)?

Todos esses questionamentos iremos tentar solucionar, aqui, nesse trabalho, procurando sempre aplicar a clássica Teoria do critério científico da distinção entre prescrição e decadência proposto por Agnelo Amorim Filho, em seu artigo: critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis na Revista de Direito Processual Civil em São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961. (RT 300/7 e RT 744/723), e assim, poder-se-á responder a todas as essas indagações de forma mais simples e segura.

2 PREÂMBULO HISTÓRICO

A origem da Prescrição, em sua expressão latina, - *praescriptio* -, que advém de outra construção *praescribere*, com a formatação *prae e scriberee*, tendo como significado escrever antes, ou no começo.

A Prescrição como integrante dos institutos jurídicos foi o que mais ficou submetido a especulações de caráter filosófico, sendo observado por CASSIODORO como protetora do gênero humano, pois traria uma garantia de segurança.

Em estudo desenvolvido por Silvio de Salvo Venosa, fazendo menção ao jurista ANTÔNIO LUÍS CÂMARA LEAL, que descreveu a história do conceito etimológico da Prescrição da seguinte forma:

Quando o pretor foi investido pela lei Aebutia, no ano 520 de Roma, do poder de criar ações não previstas no direito honorário, introduziu o uso de fixar prazo para sua duração, dando origem, assim, às chamadas ações temporárias, em contraposição com as ações de direito quiritário que eram perpétuas. Ao estabelecer que a ação era temporária, fazia o pretor precedê-la de parte introdutória chamada praescriptio, porque era escrita antes ou no começo da fórmula. Por uma evolução conceitual, o termo passou a significar extensivamente a matéria contida nessa parte preliminar da fórmula, surgindo então à aceção tradicional de extinção da ação pela expiração do prazo de sua duração (LEAL apud VENOSA, 2007, p.524).

Retomando ao tema, Silvio Salvo Venosa conclui em seu artigo, em síntese histórica:

O instituto da prescrição era desconhecido no Direito Romano. Vigorava, a princípio, noção de perpetuidade das ações. Foi justamente com o período ânuo de jurisdição do pretor, como vimos na explicação etimológica, que surgiu a temporaneidade das ações. Surge, então, necessidade de delimitar o tempo dentro do qual as ações poderiam ser propostas, criando-se distinção entre ações perpétuas e temporárias.

Justiniano estabeleceu duas espécies de prescrição: (a) longis temporis praescriptio, que corresponde ao usucapio, que exige posse, justo título e boa-fé; (b) a longissimi

temporis praescriptio, que era oponível em qualquer situação e não exigia nem posse nem justo título (LEAL apud VENOSA, 2007, p.524)..

Tal instituto historicamente remonta ao tempo da lei das Doze Tábuas, no que diz respeito mais especificamente a usucapião, como bem registra o autor supracitado:

No direito de família, a noção completou-se. O casamento formal dos romanos - cum manu - obedecia a um rito, nas duas formas, a confarreatio e a coemptio. Se não fosse obedecida alguma das formalidades, haveria nulidade, mas o decurso do tempo sanava a irregularidade, caso tivesse havido convivência conjugal durante um ano. O usus, que era outra forma de união, pela Lei das XII Tábuas, consolidava-se ao fim de dois anos de convivência, daí surgindo a palavra usucapião, que pressupõe uma aquisição pela posse, com justo título e boa-fé. Praescriptio significava como vimos à propositura tardia de uma demanda, fora de qualquer questão possessória (LEAL apud VENOSA, 2007, p.524).

Em síntese, não se falavam em prazos extintivos de direitos ou pretensões, eram denominadas na época de ações perpétuas que geraram muita intranqüilidade na ordem jurídica. A partir do anseio da sociedade na busca da paz social o instituto da prescrição surgiu timidamente por meio das ações temporais com escopo de se afastar as incertezas nas relações negociais.

2.1 Visão cronológica dos institutos da prescrição e decadência

Fazendo um apanhado percuciente com rigor histórico imparcial, observamos que não foi no direito clássico ou romano primitivo que se concebeu o importante instituto da prescrição extintiva ou liberatória. No tempo da *legis actiones* (ações da lei) o mais antigo dos sistemas de processo civil romano, o convencional era a regra da perpetuidade das ações, sendo este um fenômeno usual, o qual nesse período não passou por transformações sistematizadas, tanto no âmbito jurisprudencial como no que concerne a correções legislativas.

Segundo o CÂMARA LEAL^[3] "a prescrição era desconhecida do Direito Romano, pois vigia a perpetuidade das ações. Foi à época pretoriana que fez surgir às ações temporárias e, a necessidade de distingui-las das perpétuas" (LEAL *apud* LEITE).

CIMMA (1996, p.253) disse que: "a prescrição, tal como vigora nos direitos positivos modernos, deita suas raízes no direito romano pós-clássico e justinianeu, quando a exigência de certeza nas relações jurídicas se torna essencial na vida negocial, e então, se faz exprimir na legislação".

Enquanto AMELLOTI (1958, p.8) aduziu que há registro que apenas a partir dos tempos de Teodósio II foram introduzidos na via legislativa, limites temporais para o exercício do direito em juízo.

Em face da análise de GALLO (1996), aqui, já havia o que hoje é imposição do legislador, qual seja, mesmo após a prescrição, ou seja, após sua consumação se feito o pagamento da dívida, este era havido como válido e não autorizava o exercício da restituitória.

THEODORO JÚNIOR (2003): Podem ser elidido por renúncia e não impede os efeitos do pagamento após a consumação do prazo prescricional.

Os debates sobre prescrição tinham um caráter brando que não afetava a teoria romana, só vindo a ter uma discussão mais acentuada quando entrou em

evidência o Código Italiano, o qual abandonou a tese de que a prescrição era a perda da ação pelo decurso de tempo, conforme declarado pelo Art.2.934, que são os próprios direitos que se extinguem.

(VENOSA, 2003, p.615), para Clóvis Beviláqua transmitida ao Código Civil Brasileiro de 1916 a "Prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso delas, durante um determinado espaço de tempo."

Por fim, no que concerne ao Código Civil Pátrio de 2002 e ao Código de Defesa do Consumidor, em meio às interpretações historicamente dispares entre o direito italiano e o direito alemão, o ordenamento jurídico brasileiro sobre a

matéria, aqui, aduzida à tradição romanística incluso no Código Civil Alemão; a qual alinhou suas diretrizes com esteio em que a prescrição é aplicada como causa de extinção da pretensão.

No que concerne no instituto da decadência, vem do verbo latino *cadere*, que significa cair. No campo jurídico, conforme (VENOSA, 2007, p.524), indica a queda ou perecimento de direito pelo decurso do prazo fixado para seu exercício, com a inércia do titular em não ter exercido. Nunca chegou a ser trabalhado no direito romano, e só no século XIX é que o direito moderno assimilou e fundamentou suas bases.

3 DA IMPORTÂNCIA DOS INSTITUTOS DA PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA NO DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Historicamente, os institutos da prescrição e Decadência sempre foram considerados instrumentos que resguarda a segurança jurídica e paz social. Como bem afirma (JÚNIOR ,2007, p.260). “Trata-se, portanto, de instituto com dupla função: a) assegurar a estabilidade das relações sociais; b) servir de sanção ou castigo ao negligente titular do direito”.

Portanto, o exercício de um direito não pode ficar a mercê de todos, de forma perpétua, há exceções, prevista em lei expressamente^[4], em se tratando de matérias relevantes, como por exemplo: na esfera penal no que se reporta ao crime de racismo, nas ações de grupos armados, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito e na esfera extra-penal: nas ações ressarcitória quando o ente lesado é o Estado, os bens públicos, já que não são atingidos pela prescrição aquisitiva da usucapião e exceções não estipuladas em lei expressamente, pois prescindem de determinação de prazo, em virtude da valoração dos bens, quais sejam: direitos da personalidade, como vida, nem, liberdade, honra, cidadania, nacionalidade, além, das pretensões de natureza declaratória que visam a obter certeza nas relações jurídicas, quando não há prazo previsto em lei e as ações constitutivas sem prazo especial.

Com o fim de evitar a perpetuação da incerteza, obstando, assim, a instabilidade social, o titular do direito deve exercê-lo dentro de um prazo que a lei estipular. Pois, não seria nada justo, por exemplo, o devedor de um débito ficar indefinitivamente aguardando se seu credor irá ou não cobrá-lo, trazendo para

seio social toda uma intranqüilidade. Por essa razão o legislador moderno procurando corroborar com o Princípio da estabilidade social e segurança jurídica, reduziu drasticamente os prazos prescricionais, como o prazo de 30 anos (com alteração da lei passou para 20 anos) para ações pessoais, previsto no artigo 177 do Código Civil de 1916, para 10 anos previstos no Código Civil de 2002.

Silvio de Salvo Venosa nos traz uma lição interessante no que tange a importância da inserção das figuras da Prescrição e Decadência positivado no nosso ordenamento jurídico:

Num primeiro contato, e para os não iniciados na ciência jurídica, a prescrição pode parecer injusta, pois contraria o princípio segundo o qual quem deve e comprometeu-se precisa honrar as obrigações assumidas. Contudo, como pretendemos demonstrar, a prescrição é indispensável estabilidade das relações sociais. O adquirente de imóvel precisa ter essa aquisição estabilizada e não pode ficar sujeito indefinitivamente a eventual ação de reivindicação. Esse mesmo adquirente, ao efetuar o negócio, deve certificar-se de que a propriedade adquirida efetivamente pertence ao alienante e que, no prazo determinado por lei, esse bem não tenha sofrido turbacão. Não fosse assim, o adquirente nunca poderia ter certeza de estar adquirindo bem livre e desembaraçado, porque teria de investigar, retroativamente, por tempos imemoriais, as vicissitudes do bem que adquiriu. Não fosse o tempo determinado para o exercício dos direitos, toda pessoa teria de guardar indefinitivamente todos os documentos dos negócios realizados em sua vida, bem como das gerações anteriores (VENOSA, 2007, p.522).

Como vemos, sem o surgimento dos institutos em tela, haveria no seio da sociedade um grande prejuízo, afetando tanto a seara econômica, social e jurídica.

4 DOS DIREITOS E DAS CLASSIFICAÇÕES DAS AÇÕES COMO CRITÉRIO DE DISTINÇÃO ENTRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Antes de adentrarmos na classificação das ações é imprescindível conhecer os direitos subjetivos que irão nortear cada tipo de ação, dentre a divisão feita por Chiovenda, tais direitos se dividem em dois grupos, que serão o sustentáculo da distinção entre prescrição e decadência, quais sejam, em direitos potestativo e direitos a uma prestação. O primeiro traduz em um direito não submisso a uma prestação ou pretensão da outra parte, ou seja, basta a mera manifestação de vontade do titular do direito conferido por lei para que se crie um estado de sujeição para outrem, não há, aqui, um concurso de vontades, há, sim, uma vontade de alguém e uma sujeição de outro alguém, por isso, não sujeito a violação, logo, inadmissível seria condenação, porquanto, não se quer que quem está sofrendo a sujeição seja condenado a dar, fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Registre-se, ainda, que referidos direitos não estão necessariamente atrelado a uma ação, muito deles, podem ser exercitados independentemente de se recorrer a via judicial, ou seja, exercitam-se pela simples manifestação de vontade do titular do direito, como: o direito de reclamar, artigo 26, e , exercício imediato das escolhas do § 1º do artigo 18 conforme seu § 3º, todos do Código do Direito do Consumidor. Entretanto, há situações que são necessárias o ingresso de uma ação judicial para declarar o direito (ações necessárias), a exemplo, anulação de um contrato e etc, e há, ainda, situações em que a outra parte não anui com a simples declaração de vontade do titular do direito, então, desta forma, ou seja, subsidiariamente, recorrer-se-á a seara judicial, são as chamadas ações subsidiárias, exemplificando, o direito que tem o consumidor de se fazer valer do artigo 18, § 3º, entretanto, o fornecedor não anui em nenhuma das escolhas do § 1º do Código de Defesa do Consumidor .Portanto, em resumo, poder-se-ia afirmar, que os direitos potestativos podem ser exercidos independentemente de ação, subsidiariamente por ação ou necessariamente por ação.

Agnelo Amorim Filho conceitua de uma maneira didática os direitos potestativo:

(...) a principal característica dos direitos potestativos é o estado de sujeição que o seu exercício cria para outras ou outras pessoas, independentemente da vontade dessas últimas, ou mesmo contra sua vontade. Assim, por exemplo, o mandatário, o donatário e os outros condôminos, sofrem os efeitos da extinção do mandato, da doação, e da comunhão, sem que possam se opor à realização do ato que

produziu aqueles efeitos. No máximo, a pessoa que sofre a sujeição pode, em algumas hipóteses, se opor a que o ato seja realizado de determinada forma, mas nesse caso o titular do direito tem a faculdade de exercê-lo por outra forma. Ex.: divisão judicial, quando os demais condôminos não concordam com a divisão amigável (FILHO,1961.p.5)

Para abrilhantar, traz em seu primoroso artigo lições de VON TUHR:

Em princípio, quando se trata de modificar os limites entre duas esferas jurídicas, é necessário o acordo dos sujeitos interessados. A possibilidade que têm A e B de modificar suas relações jurídicas recíprocas, não pode, evidentemente, conceber-se como um direito, pois não pressupõe mais que a capacidade geral de produzir efeitos jurídicos. Sem embargo, distinta é a situação quando A ou B têm a faculdade de realizar a modificação em virtude de sua só vontade. Tais faculdades são inumeráveis e ilimitadamente diversas, porém sempre se fundamentam em certos pressupostos exatamente determinados. Neste caso cabe falar de direitos; são os potestativos (THUR apud FILHO, 1961, p.5).

Por outro lado, temos os direitos a uma prestação que advêm de uma pretensão e visam uma obrigação de dar, fazer ou não fazer que estejam propensos à lesões, sendo estes violados, ter-se-á o direito à prestação (condenação) pela via judicial, a exemplo do artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, diferentemente dos direitos potestativos que tanto podem ser exercido extrajudicialmente ou judicialmente, como acima abordado.

Diante do que foi delineado sobre os direitos potestativos e os direitos subjetivos a uma prestação, passaremos a correlacioná-los com os tipos de ações. Salutar pontuar que o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor não adotaram a corrente quinária proposta por Pontes de Miranda para distinguir Prescrição de Decadência, adotando, assim, a corrente ternária de Chiovenda, classificando-as em condenatória, constitutiva e declaratória.

- **CONDENATÓRIA:** Procura reconhecer à existência de um direito a prestação (positiva ou negativa), prestação essa que equivale a uma condenação. Conforme Chiovenda esse tipo de ação é um meio de proteção a um direito a prestação, que são suscetíveis de violação (direitos a uma prestação). Fredie Didier (2007) traz a idéia que esse direito confere a alguém exigir de outrem o cumprimento de uma prestação, que pode consistir em um fazer, não fazer, dar coisa, ou pagar quantia certa. Porém, a atividade jurisdicional não se exaure com a certificação do direito subjetivo. A sua efetivação necessita de atividade executiva.

- **CONSTITUTIVA:** É uma ação que efetiva direito Potestativo (direito potestativo é o

direito de poder alterar, criar ou extinguir situações jurídicas). Por outro lado, Chiovenda nos ensina que ação constitutiva é um meio de exercício daqueles direitos insusceptíveis de violação (direitos potestativos). O mestre Fredie Didier (2007) afirma que sua efetivação não necessita de atividade executiva, tal como a que exige para efetivação de um direito de prestação. A decisão que certifica um direito potestativo, já o efetiva com a simples implementação da nova situação jurídica almejada, sem necessidade que sejam praticados qualquer atos materiais subjetivo, como o direito de reclamar e fazer uso de imediato de qualquer das alternativas.

Agnelo Amorim Filho traz dentro do contexto do direito potestativo que o seu exercício deve ser por meio das ações constitutivas, são elas:

(..) das ações constitutivas. Têm elas por objetivo o exercício de duas categorias de direitos potestativos: a) - aqueles que, por medida de segurança dos negócios jurídicos, a lei não permite sejam exercidos mediante simples declaração de vontade, nem mesmo quando estão de acordo todos os interessados, inclusive aquele que sofre a "sujeição" (ações constitutivas necessárias, segundo a terminologia adotada por CALAMANDREI). Ex.(: as ações anulatórias de casamento; e b)- aqueles direitos potestativos que são exercidos por meio de ação apenas subsidiariamente isto é, quando os outros

interessados não concordam em que eles sejam exercidos mediante simples declaração de vontade. Ex.: a ação de divisão (FILHO, 1961, p.14).

O autor acima citado faz alusão às relações dos prazos decadenciais com as ações constitutivas, desde que tenha prazo especial fixado em lei, vejamos:

as únicas ações cuja não propositura implica na decadência do direito que lhes corresponde são as ações constitutivas que têm prazo especial de exercício fixado em lei; e apenas essas, pois –insista-se – a lei não fixa prazos gerais para o exercício de tais ações, a exemplo do que ocorre com as condenatórias (art. 205) . Finalmente, se , para estar o acerto daquelas conclusões, analisarmos os vários prazos especiais enumerados no art. 206 do Código Civil, verificaremos que todos aqueles classificados pela doutrina e pela jurisprudência como sendo prazos de decadência, correspondem, exatamente, a direitos potestativos e a ações constitutivas. Deste modo chegamos, por dedução, a esta segunda regra: os únicos direitos para os quais podem ser fixados prazos de decadência são os direitos potestativos e, assim, as únicas ações ligadas ao instituto da decadência são as ações constitutivas que têm prazo especial de exercício fixado em lei. (FILHO, 1961, p.26).

- **DECLARATÓRIA:** Almeja certificar à existência ou inexistência de uma situação jurídica. A parte busca no judiciário, apenas, uma certificação subjetiva. Declara, conforme Fred Didier (2007), apenas, aquilo que estava eivado de incerteza jurídica em relação a existência ou inexistência jurídica.

Não se deve olvidar que tanto ação condenatória como a ação constitutiva têm um viés de declaratória, haja vista que as sentenças carregam cunho declaratório da existência de um direito. O que àquelas diferem da declaratória é que esta tem cunho eminentemente declaratório, ou seja, é puramente declaratória. Portanto, alguns doutrinadores (CALAMANDREI; BUZAID; CASTRO *apud* FILHO, 1961, p. 30) conceituam a ação condenatória como ação de natureza mista, pois são condenatórias e declaratórias simultaneamente, ao passo

que, a ação constitutiva, ao mesmo tempo, é declaratória e constitutiva. Corroborando com esse entendimento, Pontes de Miranda argumenta que na ação declaratória a eficácia de declarar é preponderante.

5 TERMO *AQUO* DO DIREITO E DA AÇÃO COMO CRITÉRIOS DISTINTIVOS ENTRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Aludem alguns doutrinadores^[5]^[6] que a prescrição tem nascimento com ação, *actio nata*, quando violado determinado direito atual, sendo esta violação causa da ação. Agnelo Amorim Filho faz uma crítica a Teoria de Câmara Leal provando que a prescrição não nasce com ação, e nem, necessariamente, com a violação do direito, aliás, afirma o autor que a prescrição começa com a pretensão, sendo esta conceituada como poder de exigir de outrem, extrajudicialmente, uma prestação. Prova disso se faz, por meio, da dívida *quéritable* (o pagamento é feito no domicílio do devedor), art. 327 do Código Civil de 2002, ao qual correlacionou com um exemplo bastante interessante, qual seja, se o credor, em obrigações com prazo determinado, que esteja vencido, em que não se convencionou o local de pagamento e o devedor nunca se recusou a pagar, como vemos, não há violação ao direito do credor, uma vez que o devedor não se opôs a pagar, mas há, expressamente, a possibilidade de exigência da prestação, haja vista o vencimento da dívida. Portanto, nesse momento, surgiu a pretensão para o credor de exigir a prestação do devedor, antes mesmo da lesão ao direito do credor. E assim, bem nos ensina o autor mencionado.

Note-se ainda, para melhor ressaltar a diferença, que a pretensão é um poder dirigido contra o sujeito passivo da relação de direito substancial, ao passo que a ação processual é poder dirigido contra o Estado, para que

Esse satisfaça a prestação jurisdicional a que está obrigado. A rigor, só quando a pretensão não é satisfeita pelo sujeito passivo, ou seja, só quando a sujeito passivo não atende a exigência do titular do direito, é que surge, como conseqüência, a ação, isto é, o poder de provocar a atividade jurisdicional do Estado. Em resumo: violado o direito (pessoal ou real), nasce a pretensão (ação material) contra o sujeito passivo; recusando-se o sujeito passivo a atender a pretensão, nasce a ação processual, com a qual se provoca a

intervenção do Estado. E também há casos em que a pretensão nasce antes da violação do direito. É o que ocorre, por exemplo, nas obrigações subordinadas a prazo e nas quais não se convencionou local para o pagamento (art. 327 do Cód. Civil):

(...) a ação não nasce diretamente da violação do direito, mas da recusa do obrigado em satisfazer a pretensão. E se quase nunca se atenta para tal circunstância, e se quase sempre se confunde pretensão com ação, é porque, na maioria dos casos, se propõe a ação processual (contra o Estado), sem se exercitar antes a pretensão contra o sujeito passivo da relação substancial, pois a lei não exige que uma só seja proposta depois de desatendida a outra (FILHO, 1961, p. 17,18).

Há divergência trabalhada pela doutrina:

Nas considerações feitas, e nas que se seguem, deve ficar ressalvado o ponto de vista daqueles que, abraçando a doutrina mais moderna - e talvez a mais acertada - vêem no direito de ação, rigorosamente, um direito de tal modo autônomo e abstrato, que preexiste à relação de direito substancial. Para esses, não há como falar em nascimento da ação, do mesmo modo que não se pode falar em carência de ação. Para eles, a recusa do sujeito passivo em satisfazer a pretensão não determina o nascimento da ação, pois essa já existia. Tal recusa apenas representa uma das condições para o exercício da ação formulada por CHIOVENDA, concluir-se-á, fácil e irretorquivelmente, que só os direitos da primeira categoria, (isto é, os "direitos a uma prestação"), conduzem à prescrição, pois somente eles são suscetíveis de lesão ou de violação, e somente eles dão origem a pretensões, conforme ficou amplamente demonstrado. Por outro lado, os da segunda categoria, isto é, os direitos potestativos - (que são, por definição, "direitos sem pretensão", ou "direitos sem prestação", e que se caracterizam, exatamente, pelo fato de serem insuscetíveis

de lesão ou violação) - não podem jamais, por isso mesmo, dar origem a um prazo prescricional (FILHO, 1961, p.19)

A partir da interpretação dada pelo mestre Agnelo Amorim podemos ir mais longe, trazendo à lume o dispositivo 27 do Código de Defesa do Consumidor que dispõe: “prescreve em cinco anos a pretensão á reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria”.

Como podemos perceber nessa esteira o Código Consumerista foge da Teoria de Câmara Leal, ou seja, a prescrição não nasce com ação e nem tão-pouco com violação ao direito, pois como vemos o dispositivo em tela é explícito quando dispõe que a prescrição tem início não com o dano, isto é, com a violação ao direito, e sim, a partir do conhecimento dele e de sua autoria, ou seja, a prescrição se inicia com a pretensão, nas palavras de Agnelo Amorim: sendo esta conceituada como o poder de exigir de outrem uma prestação.

6 NATUREZA DA AÇÃO COMO CAUSA DO CRITÉRIO DE DISTINÇÃO ENTRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Temos como critério seguro para diferenciar os dois institutos acima, a natureza da ação, ou seja, partimos da causa e não do efeito. Portanto, a partir da classificação de Chiovenda podemos concluir no que tange aos grupos de direito, só os direitos a uma prestação que estão propensos a uma violação e os que são protegidos por meio de uma ação condenatória estão sujeitos a prescrição, por outro lado, os direitos potestativos, jamais, poder-se-á relacionar com as ações condenatórias, porquanto não são suscetíveis de violação ou lesão, portanto, nunca incidirá sobre eles o instituto da prescrição, e sim, a figura da decadência ou da perpetuidade. Agnelo Amorim(1961) em sua excelente obra enfatiza:“Deste modo, fixada a noção de que o nascimento da pretensão e o início do prazo prescricional são fatos correlatos, que se correspondem como causa e efeito, e articulando-se tal noção com aquela classificação dos direitos ”

7 DECADÊNCIA

O mais interessante é saber que os prazos sujeitos a decadência extinguem o direito, e por conseqüente, de forma indireta extingue a ação, - já que o direito não sobrevive -, enquanto os prazos sujeitos a prescrição não extingue nem o direito e nem a ação, extingue, na verdade, a eficácia da ação.

(...) tanto na decadência quanto na prescrição a ação (judicial) não é atingida de modo direto, e sim, indiretamente. De modo direto são atingidos o direito (na decadência) e a pretensão (na prescrição)

Assim, pode-se dizer, com relação aos direitos potestativos subordinados a prazo, que o prazo não é fixado, propriamente, para a propositura da ação, mas para o exercício do direito. E se quase sempre não se atenta para essa circunstância é porque, na maioria dos casos, tais direitos, quando subordinados a prazo, se exercitam por meio de ação. Também se verifica a situação inversa: há direitos potestativos que se exercitam (facultativa ou mesmo obrigatoriamente) por meio de ação, mas, apesar disso, não estão subordinados a prazo. Exemplos: os direitos potestativos exercitados por meio das ações de divisão e investigatória de paternidade (FILHO, 1961, p.24).

Em matéria de decadência, não se fala em perda da pretensão, e sim, em perda do direito por não reclamá-lo no prazo prefixado em lei. Ressalte-se, que o direito, aqui, pontuado trata-se de direito potestativo.

Então, o que seria direito potestativo? Na lição de Cristiano Chaves: *são exercidos através de mera manifestação de vontade do próprio titular, independentemente da submissão de terceiros, inadmitem os direitos potestativos violação e, via de consequência, não trazem consigo pretensão (típica de direitos subjetivos – que, por isso, submetem-se a prazos prescricionais). Na mesma linha, dando enfoque aos tipos de ações o autor de renome faz uma breve distinção entre prescrição e decadência, vejamos:*

Noutra dimensão, é de ser sublinhado que a prescrição está associada às ações condenatórias (nas quais se materializam as prescrições), enquanto a decadência atrela-se às ações constitutivas (em que o pedido é caracterizado pelo exercício de um direito cujo exercício dependerá do próprio titular apenas) (CHAVES, 2008, p.575).

Todavia, o mais importante e fundamental em matéria de decadência, é saber, que quando a lei não determina prazo para que um direito potestativo seja exercitado, esse direito não caduca e, muito menos, prescreve, visto que não está submetido aos prazos extintivos.

8 NATUREZA JURÍDICA DA OBSTACULIZAÇÃO DA DECADÊNCIA

Nas lições do Mestre Rizzato Neves não há de se falar no que tange a obstaculização do prazo decadencial como sendo suspensivo ou interruptivo, e sim, em constitutivo. Vejamos seu posicionamento:

Expliquemos como exemplo.

José adquire um ferro elétrico. Vai passar sua camisa e vê que o ferro não aquece. Típico vício do produto. Ele tem, portanto, 90 dias para reclamar junto ao fornecedor.

Dentro do prazo faz a reclamação, digamos por escrito.

O prazo decadencial foi, assim, obstaculizado com a reclamação formulada.

Passados alguns dias, José recebe resposta por escrito do fornecedor, dizendo que não vai consertar o ferro elétrico, dando uma justificativa qualquer.

Ora o que acontece a partir dessa resposta?

José passa a ter o direito de pleitear aqueles outros direitos previstos nos três incisos do §1º do art. 18. Isto é, surge um direito subsequente ligado à negativa do fornecedor.

Na verdade, a reclamação do consumidor constitui o seu direito de pleitear aquilo que a lei subsequentemente lhe garante (no caso expressamente previsto no §1º do art. 18) e aperfeiçoa-se com a resposta negativa do fornecedor.(NUNES, 2005, p.165)

Portanto, o que o Mestre nos ensina é que o efeito da reclamação do artigo 26 é constitutivo do direito material, sendo este um direito subsequente.

Por outro giro, Cláudia Lima Marques e Héctor Valverde Santana declinam pela idéia da interrupção, enquanto Nelson Nery Júnior e Zelmo Denari entendem que se trata de prazo suspensivo.

Apesar da jurisprudência dos Tribunais Superiores ainda não ter enfrentado esse tema, deve ser descartada o prazo de suspensão, haja vista ser mais prejudicial ao consumidor(GARCIA, 2011, p.214), entretanto, segundo o Autor

muitas decisões que tratam do assunto se arrimam na linha de Zelmo Denari, um dos elaboradores do Código de Defesa do Consumidor.

9 A RELEVÂNCIA DA DISTINÇÃO ENTRE VÍCIO DOS PRODUTOS E SERVIÇOS DOS CHAMADOS ACIDENTES DE CONSUMO(DEFEITO OU RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO E SERVIÇO) PARA APLICAÇÃO DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS E DECADENCIAIS QUE REGEM AS TRATATIVAS CONSUMERISTAS

Nada mais didático do que a lição do Mestre Rizzatto Nunes e uma emblemática decisão da Ministra do STJ no que tange a diferenciação entre vício e defeito do produto e serviço e sua relevância para aplicação do prazo prescricional.

Primeiramente, é oportuno caracterizar vício pelo próprio conceito dado pelo art. 18 da lei 8.078/90, ou seja, vício se caracteriza pela qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. E quanto ao defeito do § 1º do artigo 12 da mesma lei conceitua que o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

Nos exemplos do mestre acima citado fica mais fácil a compreensão, vejamos:

a) fazem com que o produto não funcione adequadamente, como liquidificador que não gira; b) fazem com que o produto funcione mal, como a televisão sem som, o automóvel que morre toda hora etc.; c) diminuem o valor do produto, como risco na lataria do automóvel; d) não estejam de acordo com informações, como o vidro de mel de 500 ml que só tem 400 ml(...)(NUNES, 2005, p.166)

Já o defeito nas palavras de Rizzatto pressupõe o vício.

Há vício sem defeito, mas não há defeito sem vício. O vício é uma característica inerente, intrínseca do produto ou serviço em si. O defeito é o vício acrescido de um problema extra, alguma coisa extrínseca ao produto, que causa um dano maior que simplesmente o mau funcionamento, o não

funcionamento, a quantidade errada, a perda do valor pago – já que o produto ou serviço não cumpriram ao fim que se destinavam. O defeito causa, além desse dano do vício, outro ou outros danos ao patrimônio jurídico material e ou moral e/ou estético e ou/à imagem do consumidor.

Logo, o defeito tem ligação com o vício, mas em termos de dano causado ao consumidor, é mais devastador.

Temos, então, que o vício pertence ao próprio produto ou serviço, jamais atingido a pessoa do consumidor ou outros bens seus. O defeito vai mais além do produto ou serviço para atingir o consumidor em seu patrimônio jurídico mais amplo (seja moral, material, estético ou da imagem), por isso, somente se fala em propriamente em acidente, e no caso, acidente de consumo, na hipótese de defeito, pois é aí que o consumidor é atingido. (NUNES, 2005, p. 167)

Em síntese, um exemplo que aclara qualquer dúvida sobre vício e defeito trazidos por vários manuais, inclusive por Rizzatto é:

Dois consumidores vão a concessionária receber seu automóvel zero-quilômetro. (...). Os consumidores não sabem, mas o sistema de freios veio com problemas de fábrica.

Aquele que sai na frente passa a primeira esquina e segue viagem. No meio do quarteirão seguinte, pisa no breque e este não funciona. Vai, então, reduzindo as marchas e com sorte consegue parar o carro encostando-o numa guia.

O segundo, com menos sorte, ao atingir a primeira esquina, depara com o semáforo no vermelho. Pisa no breque, mas este não funciona. O carro passa e se choca com outro veículo, causando danos em ambos os carros.

O primeiro caso, como o problema está só no freio do veículo, causando danos não só em outras áreas do próprio automóvel como no veículo de terceiros, trata-se de defeito. (NUNES, 2005, p. 168)

Sabendo a diferença entre vício e defeito (fato do produto ou serviço) fica fácil saber que o prazo prescricional de 5 (cinco anos) inserto no art. 27 do Código

de Defesa do Consumidor não é aplicável aos danos causados em virtude dos vícios dos produtos e serviços, pelo simples fato do aludido artigo dispor: "Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados **por fato do produto ou do serviço** prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria". Pois bem, como defeito está intimamente correlacionado com o fato do produto e serviço, e referido dispositivo não deixa dúvidas, então, o prazo prescricional de cinco anos é aplicável somente aos danos causados pelos defeitos dos produtos e serviços, ficando, assim, o prazo decadencial de 30 ou 90 dias do artigo 26 da lei 8.078/90 para os vícios do produto e serviço.

É assim que se posicionam os Tribunais Superiores. Vejamos o voto da relatora do STJ, que se coloca como referência para dirimir todas as dúvidas sobre prazos atinentes a reclamação, art. 26 da norma consumerista, garantias contratuais, art. 50 da lei 8.078/90, e legais, art. 24 da mesma lei, que estão intimamente ligados aos vícios e defeitos dos produtos e serviços:

EMENTA: CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE PELO FATO OU VÍCIO DO PRODUTO. DISTINÇÃO. DIREITO DE RECLAMAR. PRAZOS. VÍCIO DE ADEQUAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL. DEFEITO DE SEGURANÇA. PRAZO PRESCRICIONAL. GARANTIA LEGAL E PRAZO DE RECLAMAÇÃO. DISTINÇÃO. GARANTIA CONTRATUAL. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DOS PRAZOS DE RECLAMAÇÃO ATINENTES À GARANTIA LEGAL. - No sistema do CDC, a responsabilidade pela qualidade biparte-se na exigência de adequação e segurança, segundo o que razoavelmente se pode esperar dos produtos e serviços. Nesse contexto, fixa, de um lado, a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, que compreende os defeitos de segurança; e de outro, a responsabilidade por vício do produto ou do serviço, que abrange os vícios por inadequação. - Observada a classificação utilizada pelo CDC, um produto ou serviço apresentará vício de adequação sempre que não corresponder à legítima expectativa do consumidor quanto à sua utilização ou fruição, ou seja, quando a desconformidade do produto ou do serviço comprometer a sua prestabilidade. Outrossim, um produto

*ou serviço apresentará defeito de segurança quando, além de não corresponder à expectativa do consumidor, sua utilização ou fruição for capaz de adicionar riscos à sua incolumidade ou de terceiros. - **O CDC apresenta duas regras distintas para regular o direito de reclamar, conforme se trate de vício de adequação ou defeito de segurança. Na primeira hipótese, os prazos para reclamação são decadenciais, nos termos do art. 26 do CDC, sendo de 30 (trinta) dias para produto ou serviço não durável e de 90 (noventa) dias para produto ou serviço durável. A pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou serviço vem regulada no art. 27 do CDC, prescrevendo em 05 (cinco) anos. - A garantia legal é obrigatória, dela não podendo se esquivar o fornecedor. Paralelamente a ela, porém, pode o fornecedor oferecer uma garantia contratual, alargando o prazo ou o alcance da garantia legal. - A lei não fixa expressamente um prazo de garantia legal. O que há é prazo para reclamar contra o descumprimento dessa garantia, o qual, em se tratando de vício de adequação, está previsto no art. 26 do CDC, sendo de 90 (noventa) ou 30 (trinta) dias, conforme seja produto ou serviço durável ou não. - Diferentemente do que ocorre com a garantia legal contra vícios de adequação, cujos prazos de reclamação estão contidos no art. 26 do CDC, a lei não estabelece prazo de reclamação para a garantia contratual. Nessas condições, uma interpretação teleológica e sistemática do CDC permite integrar analogicamente a regra relativa à garantia contratual, estendendo-lhe os prazos de reclamação atinentes à garantia legal, ou seja, a partir do término da garantia contratual, o consumidor terá 30 (bens não duráveis) ou 90 (bens duráveis) dias para reclamar por vícios de adequação surgidos no decorrer do período desta garantia. Recurso especial conhecido e provido.(grifo nosso) STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 967623 RJ 2007/0159609-6.Relator(a):***

*Ministra NANCY ANDRIGHI. Julgamento: 16/04/2009. Órgão
Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA. Publicação: DJe 29/06/2009.*

10 DIÁLOGO DE FONTES

No Código de Defesa do Consumidor foi inserido em seu texto cláusulas e Princípios gerais alicerçado nos direitos fundamentais da quarta dimensão que adveio de um processo histórico, sociocultural e dialético, ou seja, caminhando com o tempo, dando uma valorização extensiva ou sistemática, abrindo arestas com escopo de interagir a ordem econômica com o direito do consumidor criando um conflito/confronto jurídico-social.

Sendo um microsistema que é o CDC se relaciona intimamente com outros ramos do Direito, dentre eles; processo civil, civil e outros. E assim, há uma perfeita interação entre normas do seu próprio texto como de outros textos legais.

Relação essa que prega o diálogo entre as normas legais aplicando o Princípio Pró-omnes, inserindo no caso concreto a norma mais favorável. Coloca-se como exemplo o Código Civil, tendo em vista ser uma lei central, logo, os Princípios Gerais que regem o Negócio Jurídico, que são regras, do códex civil aplica-se ao Código de Defesa do Consumidor (exceto que seja um Princípio do CDC), por ser a proteção do CDC de índole constitucional, logo, o consumidor pode se beneficiar de qualquer norma do ordenamento jurídico, sendo assim, uma norma interfase, pois, conforme art. 7º do estatuto consumerista os direitos previsto no Código do Consumidor não excluem outras: "Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade".

Com bem nos ensina Leonardo Medeiros Garcia que a tradicional técnica de solução de conflitos aparentes das normas se resolvia pela anterioridade, especialidade e hierarquia, porém, modernamente, a solução é objetivar o equilíbrio entre elas, sem excluí-las entre si, procurando harmonizá-las e coordená-las, propiciando o diálogo das fontes. E conclui:

O diálogo de fontes propiciará, portanto, a conexão intersistemática existente entre o CDC e outros diplomas legais, mais especificamente, o Código Civil de 2002, em decorrência da forte aproximação principiológica entre

ambos, buscando ampliar os benefícios e amparar melhor o consumidor.(GARCIA, 2011,p. 98)

Conforme Cláudia Lima Marques *apud* Leonardo de Medeiros Garcia(2011, p.99) em sua obra Direito do Consumidor, ela afirma que existem três tipos de diálogos possíveis entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, dentre elas, o presente artigo, porém, ir-se-á ater ao diálogo sistemático de coerência e ao diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais. Na primeira, pela aplicação simultâneas das duas leis, consoante lição de Leonardo Medeiros Garcia, em síntese dos ensinamentos da Mentora dessa classificação, diz:

Uma lei serve de base conceitual para outra. Geralmente acontece quando uma lei é geral e outra é especial. Uma, é o sistema e, a outra, o microsistema. O CDC(norma específica microsistema) teve a preocupação de disciplinar conceitos específicos que importem ao Direito do Consumidor (conceito de consumidor, fornecedor, produto e serviço).Conceitos gerais não foram disciplinados. Nesse sentido, utilizaremos o conceito do CC(prescrição, decadência, nulidade, pessoa jurídica e etc.).(GARCIA, 2011, p.108)

Já para segunda classificação no que tange a aplicação coordenada de duas leis leciona Claudia Lima Marques *apud* Leonardo de Medeiros Garcia:

Uma lei pode complementar a aplicação da outra, a depender de seu campo de aplicação no caso concreto, a indicar a aplicação complementar tanto de suas normas, quanto de seus princípios, no que couber, no que for necessário, ou subsidiariamente.(...)

Assim, na relação de consumo, aplica-se prioritariamente, as normas do Código Civil. Assim ocorre no tocante `prescrição, quando o CDC tocou no tema apenas no art. 27.Com efeito, o CDC apenas definiu o que lhe interessava, ou seja, que o prazo prescricional é de 5 anos e que a contagem se inicia quando da ocorrência do dano e de seu conhecimento. Todas as outras questões sobre prescrição, desde que não se trate de prazo e do momento do início da contagem, são retiradas do sistema(Código

Civil) de modo subsidiário, como por exemplo, as hipóteses de interrupção e suspensão de prazos. A possibilidade de aplicação coordenada das leis é interessante, de modo a evitar a repetição de artigos desnecessariamente.

O reconhecimento da teoria do dialogo de fontes já é corriqueiro pelos tribunais, especialmente os Superiores, vejamos: "O microsistema introduzido pelo Código de Defesa do Consumidor não pode ser desvinculados dos demais princípios e normas que orientam o direito pátrio, notadamente o Código Civil. Ao contrário, o que deve haver é a integração entre sistemas"⁷. (STJ. EREsp. 702524/RS, Rel^a.Min^a. Nancy Andrichi, Rel. p/ acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 09/10/2006)^[7]

11 CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou demonstrar de forma modesta a grande lição deixada pelo insigne e saudoso jurista Agnelo Amorim Filho que nos deixou um legado de enorme importância social que orienta os mais diversos estudiosos do direito, dentre eles doutrinadores de renome, e o mais importante, foi adotado pelo legislador brasileira, por meio da lei 10.406/2002 e a 8.078/90, trazendo, assim, uma relevante contribuição a ordem jurídica brasileira, descomplicando e desembaraçando todos os percalços deixado pelo código civil de 1916 que deu a matéria um tratamento assistemático tratando todos os prazos extintivos como prescricionais.

É de fundamental importância que os institutos de um Estado Democrático de Direito sejam aplicados de forma fluente e segura, que traga acima de tudo a paz social, e uma das maiores colaboração para essa tranquilidade foi distinguir ação de pretensão, deixando para trás o conceito de prescrição de Clóvis Beviláqua(prescrição é a extinção da ação), pois enquanto a pretensão surge como um direito de exercitar uma reclamação perante o Estado-Juiz, e se não exercitada, por um período estipulado por lei, ela se extingue pelo fenômeno chamado

prescrição, a ação, ao revés, subsiste, pois, é um direito subjetivo autônomo, abstrato, de caráter eminentemente processual, não se podendo,

jamais negá-lo , pois corolário das garantias e direitos fundamentais da Carta da República Federativa do Brasil de 1988.

O ponto de maior dificuldade entre os estudiosos do direito é: como saber se um prazo é decadencial ou prescricional? Mas é simples, claro que para chegar a essa conclusão, passamos primeiro por toda Teoria de Agnelo Amorim Filho para concluir que prescricionais vão ser os prazos fixados nos artigos 205(regra geral de 10 anos) ou os específicos do dispositivo 206, todos do Código Civil Brasileiro, estando, com certeza, atrelados as ações condenatórias.

Em outro giro, temos todos os demais prazos como decadenciais atinentes às ações constitutivas, e não havendo prazo pré-fixado para aquele determinado direito não estará submetido à extinção caso não exercite o seu direito. Além de se afirmar, que as ações declaratórias nada há de se falar em sujeições de prazos, sendo sempre perpétuas.

Como percebemos, o mestre paraibano sintetizou todo seu estudo da forma mais simples e didática possível afirmando que não há ações condenatórias perpétuas, ou seja, imprescritíveis, nem tão-pouco, sujeito a decadência, conclui-se que estão sujeitas apenas a prescrição, tendo em vista o direito a uma prestação. Já as ações constitutivas estão sujeitas a decadência jamais a prescrição, uma vez que o direito em tela é potestativo.

Ademais, o estudo aqui delineado procurou facilitar ainda mais a árdua tarefa do tema em questão quando trouxe ao bojo do presente artigo a Teoria do Diálogo de Fontes objetivando o entendimento sistemático entre as normas do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor.

Por essas razões, o objetivo desse trabalho é procurar conscientizar e propagar que existe um método simples, fácil e seguro de maximizar as técnicas de aplicação e possibilitar, ao mesmo tempo, minimizar as celeumas existentes que envolve os institutos da prescrição e decadência, reduzindo, assim, a necessidade premente da dificuldade pelos juristas na aplicação dos aludidos prazos extintivos, que na verdade, como bem coloca Marcelo Marques Roncaglia(2006) que as regras atinentes à contagem dos prazos prescricionais e decadenciais devem ser claras, não acarretando maiores desafios hermenêuticos.

10 REFERÊNCIAS

AMELLOTI, Mario. **A prescrição da Ação no Direito Romano**.Milano,1958

CIMA, Maria Rosa. **Prescrição e Decadência no Direito Romano**.Torino,1996

Constituição Federal de 1988.Vade Mecum. São Paulo: Rideel, 2009.

Código de Defesa do Consumidor. Vade Mecum. São Paulo: Ridel, 2009.

FILHO, Agnelo Amorim (RT 300/7 e RT 744/723).**Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis**. Revista de Direito Processual Civil. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961.Disponível em <http://pt.scribd.com/doc/15092015/criterio-cientifico-para-distinguir-a-prescricao-da-decadencia-e-para-identificar-as-acoes-imprescritiveis>.Acesso em agosto de 2010

Froehlich, Charles Andrade.**Prescrição e decadência no novo código civil de 2002**. Disponível no site <http://jus.uol.com.br/revista/texto/4895/prescricao-e-decadencia-no-novo-codigo-civil-2002/2>.Acesso 28/10/2010

GALLO, Paulo.**Prescrição e Decadência em Direito Comparado**.Torino,1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, 9ª Ed.,rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária.2007.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor**. 7ª ed.RJ:Ed.IMPETUS, 2011.

JÚNIOR, Fredie Didier. **Curso de direito Processual Civil**.7ed. Salvador:PODIVM,2007,VI.2.

JÚNIOR, Fredie Didier. **Curso de direito Processual Civil**.7.ed. Salvador:PODIVM,2007,VI.4.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Alguns Aspectos Relevantes da Prescrição e Decadência do Código Civil**.2003.

JÚNIOR, Nelson Nery ; NERY, Rosa Maria de Andrade.**Código Civil Comentado**.7ª ed.RT.2009

LEITE, Gisele. **A controvérsia sobre a prescrição e decadência em face do Novo Código Civil.** Disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=274. Acesso em 10/10/2010

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**, 2ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

REALE, Miguel **Visão geral do Projeto do Código Civil.** Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/index.html>> Acesso em 08.10.03

RONCAGLIA, Marcelo Marques. **Ainda a Prescrição e a Decadência: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e a Segurança Jurídica.** Revista Dialética do Direito tributário. 2006

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Parte Geral**, 34ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 1º vol. 2007.

ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves. **Direito Civil. Teoria Geral.** 7ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SHIGUEMITSU, Jorge Fujia e SCAVONE, Luiz Antônio. **Comentário ao Código Civil.**

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça** - RECURSO ESPECIAL: REsp 967623 RJ 2007/0159609-6. Relator(a): Ministra NANCY ANDRIGHI. Julgamento: 16/04/2009. Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA. Publicação: DJe 29/06/2009. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4369312/recurso-especial-resp-967623-rj-2007-0159609-6-stj>>. Acesso 20/08/2011

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** EREsp. 702524/RS, Relª. Minª. Nancy Andrighi, Rel. p/ acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 09/10/2006) <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=titulo:ERESP%20702524%20RS&s=jurisprudencia>. Acesso 01/12/2011

VENOSA, Silvio de Salvo. **Prescrição e Decadência**. Disponível em <<http://www.leonildocorrea.adv.br/curso/civil41.htm>>. Acesso 20/10/2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil . Parte Geral**. 7ª edição, São Paulo: Jurid atlas 2007.

NOTAS:

[1] FILHO, Agnelo Amorim. Revista de Direito Processual Civil. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961. (RT 300/7 e RT 744/723).

[2] JÚNIOR, Fredie Didier. Curso de Direito Processual Civil. 7ª Ed. Salvador: PODIVM, 2007, VI.4, p.260 e JÚNIOR, Nelson Nery ; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 7ª Ed. São Paulo: RT. 2009

[3] LEITE, Gisele. A controvérsia sobre a prescrição e decadência em face do Novo Código Civil. Disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=274. Acesso em 10/10/2010

[4] Registre-se, conforme veremos adiante, de acordo com o critério adotado por Agnelo Amorim Filho que uma pretensão para ser perpétua basta saber a natureza da ação.

[5] Câmara Leal afirma, peremptoriamente: sem exigibilidade do direito, quando ameaçado ou violado, ou não satisfeita sua obrigação correlata, não há ação a ser exercitada; e, sem o nascimento desta, pela necessidade de garantia e proteção ao direito, não pode haver prescrição, porque esta tem por condição primária a existência da ação.

[6] Nelson Nery: A fórmula oferecida por Câmara Leal, segundo a qual a decadência extingue direito, enquanto a prescrição extingue a ação, não é suficiente para explicar a complexidade do fenômeno, e mais do que isso, está superada pelo texto do CC189, que fala expressamente que a prescrição extingue a pretensão de direito material e não a ação (2009, p.397)

[7] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp. 702524/RS, Relª. Minª. Nancy Andrighi, Rel. p/ acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 09/10/2006 <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=titulo:ERESP%20702524%20RS&s=jurisprudencia>. Acesso 01/12/2011

COMO SE PREPARAR PARA O JÚRI UM DIA ANTES

OSNY BRITO DA COSTA JUNIOR: Advogado criminalista, graduado pela universidade federal do Amapá, especialista em penal e processo penal-FAMAP-ESTACIO, especialista em docência no ensino superior-IESAP, ex-membro comissão direitos humanos OAB-AP, Professor de Processo Penal, Curso Buraslan, Professor Direito Constitucional, Curso Equipe, Professor de Direito Penal, Projeto Concurseiros Unidos. Atualmente advogado no Escritório Profissional Maurício Silva Pereira - Advocacia e Consultoria.

RESUMO: Trata-se de artigo jurídico para auxiliar o jovem advogado criminalista em uma defesa no tribunal do júri quando contratado na última hora, orientações iniciais para trincheiras da defesa do seu constituinte.

PALAVRA-CHAVE: Advogado, Tribunal do Júri, defesa.

INTRODUÇÃO

Um dos maiores desafios do advogado é o enfrentamento do tribunal do júri, onde o direito nas palavras do tribuno Ercio Quaresma, transpira, exalo odor, ganha vida.

Como deve o advogado que está iniciando sua carreira, atuar para exercer a plenitude de defesa no Júri?

Bom, esse artigo é para orientar o jovem advogado nos seus primeiros passos nas trincheiras pela defesa da liberdade de seu constituinte.

Imaginemos, você é contratado para fazer um julgamento um dia antes do plenário, e agora ? o que fazer ?

DESENVOLVIMENTO

Primeiramente, o advogado deve realizar a leitura de todo o processo, conhecer as provas, ler todos os depoimentos prestados desde a fase inquisitória, depoimentos prestados na fase judicial, atualmente são gravados em mídia, por

essa razão deverá degravar, para utiliza-los no júri, lembrando que a primeira fase de admissibilidade da denúncia é parecido com uma instrução comum.

Após conhecer todo o processo e fazer a leitura de todos os laudos periciais, deve-se dar atenção especial ao interrogatório do réu, pois este é o primeiro momento que a ampla defesa é exercida e pelo próprio acusado, em sede de autodefesa.

Verifique se a versão do réu prestada na delegacia está uniforme com a versão prestada em juízo, pois a acusação sempre gosta de bater nas contradições do seu cliente.

Em regra geral, as teses mais comumente adotada irão depender do interrogatório:

Se o réu afirma que não praticou que teria sido terceiro, poderá ser utilizada a tese da negativa de autoria.

Caso o réu confesse a autoria, poderá ser utilizada a tese da legítima defesa, excludente da ilicitude, prevista no **Art. 25** do CP:

“Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

Poderá ainda ser utilizado o Homicídio privilegiado, que é uma causa especial de redução de pena:

§1º Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço).

Desistência voluntária, onde a defesa busca desclassificar o crime para lesão corporal, quando o réu afirma que lesionou mas não teve intenção de matar ou desistiu da empreitada:

Art. 15 - O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados

Eleita a tese defensiva, lembrando que o defensor poderá utilizar mais de uma tese defensiva, de forma sucessiva ou subsidiária, em homenagem ao princípio da plenitude de defesa que vigora no Tribunal do Júri, deverá entrevistar-se com o réu.

Nessa entrevista irá repassar os fatos, esclarecendo eventuais dúvidas, e orientando o cliente para melhor versão da verdade à luz da defesa, pois a verdade deve ser sempre como o voo retilíneo da andorinha.

Pronto, você já conhece todas as provas contra o seu cliente, já elegeu a tese defensiva a ser sustentada, já preparou o cliente para o interrogatório, momento chave de um julgamento.

Agora o advogado deverá verificar a presença das nulidades no processo, pois no início da abertura do julgamento deverá sustentar as nulidades encontradas, sob pena de preclusão.

O processo no júri é lógico, primeiro é realizado o pregão das partes, depois realizada a escolha dos jurados, busque escolher o júri conforme o fato que está sendo julgado, por exemplo, se está defendendo um caso que teve como vítima uma mulher, busque maior número de jurados homens, sempre bom dispensar conservadores e pessoas muito religiosas, você irá identificar pelas vestimentas, antes de aceitar ou recusar o jurado, você pode recusar até 3 (três) jurados sem qualquer motivação, é o que chamamos de escolhas desmotivadas, a defesa deve ficar atenta para a melhor estratégia no início do júri.

Terminada a instrução deverá ser realizado a sustentação oral, 1h30min para cada parte, iniciando pela acusação depois a defesa, com possibilidade de réplica e tréplica.

CONCLUSÃO

O debate é a exposição da tese da defesa com os fundamentos jurídicos, um fato, pode ter duas verdades, um da acusação e outra da defesa, por isso, você deve estar bem alinhavado os fatos contados à luz da defesa, é de bom alvitre que

você treine a dinâmica dos fatos com outras pessoas, com amigos amigos, namorada, colegas de trabalho e tente convence-los da sua dinâmica, e aponte as provas que corroboram esse fato, isso irá fortalecer o seu discurso no momento de sua defesa, e ainda, é sempre bom se colocar no lugar do réu, questionar o que eu faria se estivesse nessa situação.

Os pontos de debate você deve anotar como tópicos, para não esquecer no momento da sustentação oral, o que deve impreterivelmente deve ser explicado, atacado ou defendido.

Bom tribunais, esta foram algumas dicas para sua preparação rápido para um júri, se tiverem dúvidas ou dicas de temas para o próximo artigo deixem nos comentários.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO À PROPRIEDADE, DA EVOLUÇÃO INTERPRETATIVA A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

ANTONIO WILTON DA SILVA: Graduado em história Especialista em história contemporânea, acadêmico em Direito e professor.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar um princípio basilar da sociedade ocidental, o direito à propriedade, apresentando os seus desmembramentos e suas limitações no campo do direito, no decorrer da história do pensamento jurídico Brasileiro, nos aspectos, constitucional, penal, civil, esmiuçando as atuais limitações desse direito no que tange as restrições ao mesmo como a supremacia do interesse público e a função social da propriedade.

Palavras chave: Direito à propriedade, História, limitações, função social

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze a fundamental principle of Western society, the right to property, presenting its dismemberment and limitations in the field of law, in the course of the history of Brazilian legal thought, in the aspects, constitutional, criminal, civil, the current limitations of this right as regards the restrictions on it as the supremacy of the public interest and the social function of property.

Key words: Right to property, History, limitations, social function

SUMÁRIO: 1.0- Introdução; 2.0- Considerações sobre os avanços no direito à propriedade na legislação brasileira; 3.0- A função social da propriedade; 4.0- Supremacia do interesse público sobre o privado; 5.0- Outras limitações ao exercício da propriedade; 6.0- Considerações finais; 7.0- Referencias Bibliográficas.

1.0- INTRODUÇÃO

A propriedade é em tese uma das construções sociais mais importantes e mais debatidas em toda a história, uma das primeiras invenções sociais humanas a ser submetida a ideia de legislação, sendo essa noção tratada desde os mais remotos códigos até a atualidade, seja no código de Hamurabi, Lei das 12 tabuas ou nas relações jurídicas dos milênios que se seguem o trato sobre esse tema é

complexo e bastante conflitivo, sendo as restrições a propriedade elemento crucial em diversos conflitos ao longo da história.

Na idade média a propriedade em todos os séculos que antecederam as revoluções burguesas a noção de propriedade era sinônimo de Patrimônio, do latim: Bens de Família, perdurava assim a hereditariedade e a impossibilidade, até mesmo jurídica, da ideia de propriedade além das mãos dos monarcas, do clero e da nobreza, porém com o iluminismo, o liberalismo e toda a gama de novas percepções acerca do homem, da sociedade, e dos direitos individuais, a propriedade recebe uma nova roupagem, como um dos direitos universais inerentes ao homem.

O direito à propriedade, celebrado no ideário das revoluções modernas estampou-se na declaração de independência dos EUA 1776, na declaração dos direitos do homem e cidadão na França em 1789, e a partir desses celebres tratados, os códigos e constituições das nações ocidentais tomaram como referência, o pensamento liberal burguês da liberdade como um bem absoluto inalienável natural de todo o ser humano.

Tal a importância desse conceito que na declaração Universal dos Direitos Humanos, Assinada em 1948 e recepcionada por centenas de países, ele está presente no artigo XVII em que versa: "*1. Todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.*" Essa referência, no entanto, com o passar do tempo passou a ser vista e interpretada de uma forma mais abrangente, ao passo que o Estado se torna mais atuante em seu papel de mantenedor da ordem social.

Com o tempo e com a influência de novas percepções acerca dos direitos coletivos em detrimento ao interesse individual, a noção de que a propriedade como bem e como um direito fundamental não tem nenhuma limitação ou restrição cai por terra, e os legisladores aos poucos vão restringindo, delimitando, até onde e sob quais critérios esse direito continua a ser absoluto, e assim como em circunstâncias extremas, até a liberdade é tirada, a propriedade também passa a se sujeitar a fenômenos como a desapropriação e expropriação.

Tais fenômenos em discussão, em tese, não são uma afronta aos direitos individuais, tendo em vista que a coletividade sob a tutela do estado, os bens

históricos e o meio ambiente como algo pertencente a todos, são os principais beneficiados com algumas dessas limitações, e sendo o Brasil um país continental que a Séculos se estabeleceu sobre uma economia fundiária onde propriedade é sinônimo de dominação, advém do direito na atualidade a formula para se quebrar certas amarras.

2.0- CONSIDERAÇÕES SOBRE OS AVANÇOS NO DIREITO A PROPRIEDADE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.

A ideia de propriedade, e sua principal referência nos primeiros séculos de história do Brasil, que seria a propriedade fundiária, existiu durante muito tempo sem uma expectativa de direito, sendo a primeira forma de colonização e ocupação do território brasileiro uma espécie de relação entre o proprietário, no caso a coroa portuguesa, e os eventuais possuidores, aqueles que receberam os lotes de terra, conhecidos como sesmarias. Tal era a situação que enquanto o Brasil era colônia, seria mais fácil ser proprietário de outro ser humano, através da pratica da escravidão que do território.

Assim prescrevem as ordenações Filipinas, uma das primeiras regulações que podem ser chamadas de legislação aplicada a colônia, a cercado tema relativo a distribuição da propriedade:

“Forais e cartas de povoação. - Não se deve confundir essas duas espécies de documentos que, embora aparentem estreita semelhança divergem profundamente em relação a sua natureza jurídica.

Na verdade, encontram-se diplomas pelos quais o Rei, ou a senhor, concede a um grupo de colonos terra para agricultar com matos e pastos de fruição comum mediante o pagamento periódico de certos encargos ou a prestação de certos serviços. Estes diplomas que estabeleciam relações jurídicas análogas a Enfiteuse chamam-se cartas de povoação”

Embora houvesse através das cartas de doação o repasse da terra aos foreiros e esses obtivessem o controle hereditário sobre as sesmarias, essas ainda pertenciam a coroa, de tal forma que desta partiam as permissões e proibições inclusive em relação ao que poderia ou não ser cultivado em determinado espaço,

com o tempo e com o avanço da ocupação do território brasileiro, tal mecanismo de ocupação irá dar lugar a outro fenômeno jurídico, ao passo que o Brasil passara por mudanças absolutas também em seu aspecto político.

Com a independência as terras antes pertencentes a coroa portuguesa, agora pertenciam ao estado, e no ano de 1824 uma nova constituição, a primeira do país, trazia além peculiares contradições, como a manutenção da escravidão e um poder moderador que dava um caráter quase absoluto ao monarca, também trazia em sua égide liberal com visível influência do código napoleônico, uma nova análise acerca da propriedade:

Assim dispunha o art. 179 da Constituição de 1824:

“Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indenisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.”

Aqui é possível observar não somente o olhar liberal da propriedade como um direito individual do Cidadão, ao mesmo tempo que já apresenta limitações a esse direito em oposição ao interesse coletivo, tal legislação se amplia com a edição da lei de terras de 1850, tal legislação apresentava a primeira legislação acerca do direito agrário, traçava regras a respeito de temas como posse ou do trato das terras iniciando com o seguinte estatuto: *“Art. 1º Ficam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra.”*

Nhoque tange a legislações posteriores ao passo que o Brasil tornou-se em 1889 uma república, não houve grandes avanços ou mudanças significativa, o Brasil que despontava no século XX era um Gigantesco mosaico de latifúndios que contrastava gigantescas propriedades com um vasto número de despossuídos, a constituição que surge com a república, acompanha a mesma visão positivista do

texto anterior, o reflexo disso é o código Civil de 1916 que vigorou até 2002 que embora inove na apreciação da propriedade como relação jurídica ratifica o direito à propriedade como absoluto.

As constituições que se seguem apresentam poucas mudanças significativas sendo apenas na constituição de 1946 após a ditadura do estado novo que o texto constitucional vem a inovar, com observações no que tange a ideia de bem-estar social no seu Artigo 141:

Art. 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

Os avanços que se seguem na segunda metade do século XX são um divisor de águas, sendo na constituição de 1967, essa em vários aspectos autoritária instituída em pleno regime militar, a primeira menção a ideia de função social da propriedade em seu artigo 157 nesse particular pela Emenda nº 1, de 1969, veio, pela primeira vez, consagrar a expressão "função social", ao estabelecer:

Art. 157 – A ordem econômica tem por fim, realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

(...)

III função social da propriedade?

(BRASIL, 1967)

Em tese passa a sim a concepção de direito à propriedade ser reconhecida em texto de lei, não só como um instrumento de realização individual, mas como uma ferramenta necessária para ser utilizada em prol da sociedade, em fim em 1988 com a Constituição Cidadã, fruto de um período de estabilização social do país, tem-se a configuração atual e mais abrangente da noção de direito à propriedade, que dentro de um estado social se consagra como um fenômeno jurídico submetido a coletividade como apresenta a CF de 1988 ao apresentar os princípios da ordem econômica em seu Artigo 170 :

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim

assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

III - função social da propriedade.

3.0- A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

O artigo 5º da constituição de 1988 consagra o direito à propriedade como um dos direitos fundamentais expressamente apresentados no texto constitucional, porém a carta constitucional nesse mesmo artigo em seu inciso XXIII principia que a propriedade deverá atender a sua função social, que importância tem esse princípio que apresenta um limitador ao exercício do direito à propriedade, o texto constitucional ainda vai além definindo em seus artigos o que o legislador entende como função social da propriedade, tanto para a propriedade rural quanto para a propriedade Urbana.

Apresenta a Constituição federal considerações sobre o desenvolvimento social urbano no artigo 182 trazendo a seguinte redação:

"Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

[...]

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor."

Esse artigo complementa a redação do Art. 21 que versa sobre a prerrogativa da união de estabelecer diretrizes para o zoneamento urbano de forma a priorizar a coletividade esse artigo em seu inciso XX traz a seguinte redação: "*Art. 21. Compete à União: XX - Instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;*"

Quanto a propriedade rural, tema bastante debatido e repetitivamente sendo o centro de grandes polemias, seja no campo legal, seja nas situações fáticas, no que tange os conflitos de acesso à terra, por exemplo. Essa temática

também foi abraçada pela constituição, trazendo um mecanismo inovador em relação a essa temática, por apresentar em tese uma tentativa de se apresentar mecanismos para uma efetiva justiça social no que tange a tão debatida reforma agrária, apresentado regras para o que segundo o legislador constitucional, são necessárias para a efetiva realização da função social da propriedade rural, dispostos no Artigo 186, com o seguinte verso:

"Art. 186 da CF/88 – A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - Aproveitamento racional e adequado;

II - Utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - Observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - Exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores."

Para que a propriedade rural se adeque à sua função social, deverá preencher todos os quatro requisitos.

A inovação trazida por esse artigo se complementa no artigo 191 reproduzido integralmente no código civil de 2002 na redação do art. [1.239](#); definindo-se assim o instituto da usucapião constitucional ou especial rural do mesmo modo regulamentado pela Lei [6.969/1981](#). Dispõe o caput do art. 191 da CF/1988 que:

"Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade".

Com os avanços nas discussões sobre os direitos da coletividade em face do ente privado, o legislador durante a redação do código civil de 2002, em total

oposição ao que versava o código civil de 1916, buscou mecanismos para cercear abusos ao direito a propriedade até mesmo pelo proprietário, tais mecanismos possibilitam a efetivação da função social e econômica apresentados pela constituição, tais imposições ao proprietário que desrespeita o princípio da função social estão explicitados *no código civil* de 2002, no art. 1.228, §§ 03 e 04:

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por **necessidade ou utilidade pública ou interesse social**, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, **obras e serviços** considerados pelo juiz de **interesse social e econômico relevante**.

Consagram-se nesse código no título relativo aos direitos reais, como forma de aquisição e de perda de propriedade as várias modalidades de Usucapião, seja ordinário ou extraordinário, especial, urbano, rural, ou até mesmo o usucapião especial de bem móvel, todos esses instrumentos são a síntese da noção construída pelo legislador de que a propriedade ela existe com a finalidade de cumprir determinações que perpassam o indivíduo do proprietário, todas essas inovações trazidas como esse novo código vem em resposta aos anseios coletivos esse que na Perspectiva de Miguel Reale o objetiva da seguinte maneira:

"É constante o objetivo do novo Código no sentido de superar o manifesto caráter individualista da Lei vigente, feita para um país ainda eminentemente agrícola, com cerca de 80% da população no campo. Hoje em dia, vive o povo brasileiro nas cidades, na mesma proporção de 80%, o que representa uma alteração de 180 graus na mentalidade reinante, inclusive em razão dos meios de comunicação, como o rádio e a televisão. Daí o predomínio do social sobre o individual"

4.0- SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO

O princípio da supremacia do interesse público, mesmo estando implícito no nosso ordenamento jurídico, tem importância basilar em toda a estrutura jurídica da administração pública, seu peso equipara aos princípios explícitos no texto constitucional no caput do art.37 sendo esses, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, esse princípio está presente desde a constituição imperial, quando se vislumbra a menção da desapropriação por parte do estado mediante indenização, assim como nas demais constituições que se desdobram ao longo da história republicana. Tal princípio é basilar, nas palavras de Celso Antônio bandeira de Mello:

[...]mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (Mello 2010)

A partir dessa evolução no campo do direito experimentada por uma nova perspectiva garantista por parte do Estado, são visíveis as mudanças e o peso que a coletividade, o bem comum e o interesse público, em oposição ao interesse particular, passaram a ter, no que tange as relações entre a administração pública e o meio privado, seja nas relações contratuais, concessões, ou mesmo obras públicas, que quase sempre quando necessário, mediante desapropriação e indenização essas adentram a propriedade privada para garantir o prosseguimento de projetos de interesse geral.

Algo que se deve observar é que se fala em um conflito de princípios, quando situações assim ocorrem-no plano fático, um princípio implícito, mas absolutamente reconhecido, e um constitucionalmente apresentado que é o direito à propriedade, assim fazendo uso de pensamentos como o de Robert Alexy, que em seu livro: "*Teoria dos direitos fundamentais*", discorre sobre a regra da ponderação e se tratando de conflito no caso concreto, o estabelecimento do uso da proporcionalidade para dirimir tais conflitos.

O mecanismo que é utilizado para realizar, no caso concreto a imposição do interesse público sobre o privado, no que tange a propriedade está descrito em diversas regulamentações, como no Decreto-Lei nº 3.365/41 e na Lei nº 4.132/62, também estando presente em códigos mais atuais como na própria CF de 1988 em seu (Art. 5º.XXIV):

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

Além da Constituição também se encontra no Código Civil de 2002 (art. 1.228, §§ 3º e 4º; art. 1.275, inciso V) através desses artigos o legislador buscou definir mais claramente o vocábulo desapropriação, porém além dessas descrições, residem na doutrina, as interpretações mais abrangentes da aplicabilidade ou limitações do estatuto da desapropriação para finalidade pública, sobre a complexidade desse estatuto assim Brilhantemente expressa Hiyoshi Harada ao destacar sua amplitude:

“um instituto de direito público consistente na retirada da propriedade privada pelo Poder Público ou seu delegado, por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, mediante o pagamento prévio da justa indenização em dinheiro (art. 5º, XXIV, da CF), por interesse social para fins de reforma agrária (art. 184 da CF), por contrariedade ao Plano Diretor da cidade (art. 182, § 4º, III da CF), mediante prévio pagamento do justo preço em títulos da dívida pública, com cláusula de preservação de seu valor real, e por uso nocivo da propriedade, hipótese em que não haverá indenização de qualquer espécie (art. 243 da CF) (HARADA, 2012:16).

Como descrito, existem várias regras para que a desapropriação venha a ocorrer e a maioria das hipóteses para tal é mediante indenização ao proprietário, um fato muito comum é a grande quantidade de litígios judiciais relativos a não concordância com os valores de tais indenizações entre o proprietário e o poder

público, neste sentido, é o é válido o entendimento de Gasparini (2008, p. 854-855):

A contestação – defesa do expropriado –, nos termos do art. 20 da Lei Geral das Desapropriações, só pode versar sobre os vícios do processo judicial ou impugnação do preço, ou, ainda, incidir sobre ambos. É, como se vê, restrita, portanto, só pode girar em torno desses dois aspectos [...]

Uma outra situação que tem de ser observada é a absoluta necessidade e urgência para se praticar algo tão radical, como a supressão do direito à propriedade, como assim alerta o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello:

(...) se o expropriado puder demonstrar de modo objetivo e indisputável que a alegação de urgência é inverídica, o juiz deverá negá-la, pois, evidentemente, urgência é um requisito legal para a imissão na posse, e não uma palavra mágica, que, pronunciada, altera a natureza das coisas e produz efeito por si mesma. (MELLO, p381)

Para todos os efeitos o estado que tem por si só um poder de ação desproporcionalmente maior em relação ao interesse privado, não goza desse poder de forma absoluta ou desmedida tendo a sua capacidade de restringir ou dilapidar a propriedade do particular, restrita aos seus requisitos indispensáveis, essa observância se dá na lógica de que o estado não pode suprimir direitos e garantias individuais constitucionalmente expressas, assim o judiciário por vezes toma posições favoráveis ao ente privado, quando identifica abusos de direito por parte da administração pública.

Como por exemplo nessa decisão do tribunal de justiça do estado de São Paulo que acabou por rechaçar a superioridade do interesse público sobre o privado, na revisão da apelação **APL1262252720078260000**, com voto do relator, Ferraz de Arruda que defendeu que no conflito entre o interesse público contra o privado sofre mitigações ao permitir-se ser aplicada de maneira suplementar a outros dispositivos legais.

5.0- OUTRAS LIMITAÇÕES AO EXERCÍCIO DA PROPRIEDADE.

Mesmo o princípio do direito à propriedade sendo estabelecido como clausula pétrea e direito fundamental, tal direito é vislumbrado em toda a sua importância tanto na constituição de 1988 quanto no código Civil que em consonância como texto constitucional, estabelece garantias a propriedade e algumas das restrições a esse direito no seu artigo 1228 § 1o:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1o O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Algumas restrições descritas no artigo citado, fazem referência a manutenção e preservação, referenciando legislações especiais específicas no trato de temas, como patrimônio histórico e meio ambiente, essas legislações apresentam não só restrições como eventualmente modalidades, não só de desapropriação mediante pagamento, como também de expropriação da propriedade, caso o proprietário venha a cometer determinados atos tipificados e puníveis em lei, um exemplo consistente desse tipo de legislação está na lei 8.257/91 em seu artigo primeiro que traz a seguinte redação:

Art. 1º As glebas de qualquer região do país onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, conforme o **art. 243 da Constituição Federal.**

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializado no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e

custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.

Essa lei não só discorre sobre a expropriação da gleba "Imóvel rural", mas também discorre sobre a expropriação de bens dos mais variados que forem apreendidos em função desse tipo de ato ilícito, uma outra forma de expropriação além da apresentada em tela, foi incluída ao texto constitucional, com a emenda constitucional N? 81, de 05 de junho de 2014, após a sua edição, o artigo 243 da constituição Federal passou a vigorar como seguinte texto:

"Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Uma outra restrição ao exercício do direito à propriedade se dá em relação ao meio ambiente, tendo em vista que mesmo em espaços privados a legislação garante a proteção de fauna flora, dos recursos naturais, em resumo, bens pertencentes a coletividade, a constituição trata o meio ambiente como um bem, e um direito inerente a todo o povo tendo um capítulo dedicado exclusivamente a essa temática, apresentando no caput do Art. 225 o seguinte texto:

"Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. "

Fauna, flora, recursos naturais e patrimônio cultural, são bens indisponíveis, pertencem ao povo como um todo, e não podem ser mitigados em função do direito à propriedade. O desrespeito a esses bens constitucionalmente protegidos, remete a punições, nas esferas penal, cível e administrativa, existindo inclusive uma legislação específica que trata de crimes ligados ao meio ambiente trata-se da Lei n.º 9.605 de 12 de fevereiro de 1998 (Lei de Crimes Ambientais), tipificados por essa lei estão os crimes contra a fauna a flora, crimes que envolvem a poluição, exploração mineral e abusos contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural.

Uma outra inovação em relação a observância da necessidade coletiva em face do interesse privado está na lei de águas (Política Nacional de Recursos Hídricos) LEI Nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, que traz a seguinte descrição em seu art. 1º (incisos I e IV): *"I - a água é um bem de domínio público; III - em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais;"* Aqui o legislador interpreta que mesmo em reservatórios privados, algo extremamente comum em áreas muito secas do Nordeste, a água é um recurso que não deve ser desperdiçado e seu acesso não pode ser impedido.

6.0- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consagrado como um direito fundamental, em tese absoluto e previsto em diversas legislações no decorrer do tempo, o direito à propriedade é um dos pilares em que se apoiou o avanço das sociedades até os dias de hoje, porém esse direito em tese absoluto e inalienável ao passo em que se fundamentava, com o avanço da própria sociedade humana se configurava como um instrumento de liberdade individual em detrimento a anseios de outrem.

A sociedade moderna que se firma com as premissas, de liberdade, igualdade e fraternidade, apresentavam o direito à propriedade, sintetizando nesse aspecto o interesse daqueles, que desejavam a proteção da propriedade que possuíam em face do estado, sendo que tal direito não se estendia para aqueles que se quer possuíam propriedades a serem protegidas, tal observação facilmente se aplica a como a propriedade foi tratada na história do Brasil, ao longo de vários séculos, da colonização, império e boa parte da nossa história republicana.

No Brasil, em certo atraso em relação a diversos outros países, no decorrer do Século XX, em especial na suas últimas décadas, o direito à propriedade passou a ser visto, não apenas como instrumento inquestionável da vontade do particular, mas além disso como um bem que perpassa a vontade do indivíduo em detrimento a coletividade, e de certa forma com a Constituição de 1988, fundamenta-se uma nova forma de se interpretar o direito à propriedade, não desrespeitando o princípio que é *clausula pétrea* desse texto constitucional, mas fazendo a ponderação desse com outros princípios e garantias também constitucionalmente expressos.

A propriedade passa a ser vista como sendo um fenômeno possuidor de prerrogativas, dotado de uma função social, de uma finalidade econômica, de limitações, restrições e de vedações, seja pela preservação de bens valiosos para a coletividade, seja para impedir o uso da propriedade para fins prejudiciais ao bom convívio social, e nesse ínterim, surge a flexibilização desse princípio, a possibilidade de restrição, desapropriação e de forma mais gravosa a expropriação como mecanismo punitivo ao proprietário que descumpra as limitações impostas em lei.

É também a propriedade reconhecida como item fundamental a sobrevivência e subsistência, e através de instrumentos como o Usucapião, inovação descrita tanto na Constituição Federal de 1988, como no código civil de 2002, um método em que se propicia ao mesmo tempo a perda e aquisição da propriedade, perda para aquele que não exercitou efetivamente o uso adequado da propriedade, aquisição para aquele que cumpriu os requisitos para tal, consagra-se assim através desse estatuto um princípio equiparado ao direito a propriedade, a imposição diante desse direito da efetivação da sua função social.

7.0- REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

ALEXY. Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2.ed São Paulo: Malheiros, 2011

BRASIL. Código Civil de 2002: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm > Acesso: 17/03/2019 as 22:57

BRASIL. Constituição Imperial de 1824 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm Acesso: 15/03/2019 as 15:28

BRASIL. Constituição federal de 1947 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm Acesso em 15/03/2019 as 20:15

BRASIL. Constituição federal de 1967 <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-direito-de-propriedade-nas-constituicoes-brasileiras,50686.html> Acesso: 15/03/2019 as 20:40

BRASIL. Constituição federal de 1988

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso:
Acesso:15/03/2019 as 20:40

BRASIL. **Emenda Constitucional** n° **81**
05/06/2014http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc81.htm#art1Acesso:17/03/2019 as 23:10

BRASIL. **Lei de Aguas. Plano Nacional de Recursos Hídricos LEI N° 9.433/97**

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9433.htm Acesso: 18/03/2019 as 23:10

BRASIL. **Lei dos Crimes ambientais. LEI N° 9.605/1998.**

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm Acesso:
15/03/2019 as 20:44

BRASIL. **Lei de terras de 18 de setembro de 1850.**http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm Acesso:
15/03/2019 as 17:45

BRASIL. **Lei 8.257 de 1991:** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8257.htmAcesso:17/03/2019 as 22:50

BRASIL. **TJ-SP. Apelação APL1262252720078260000.** Relator: Ferraz de Arruda. Data do julgamento: 08/02/2011, 13ª Câmara de Direito Público. Disponível em < <http://tj-sp.jusbrasil.com/jurisprudencia/18130460/apelacao-apl-1262252720078260000-sp-0126225-2720078260000>> Acesso em: 17/03/2019 as 23:20.

FERNANDES REGO. Ernesto Aníbal, **História do direito português I** – Lisboa 1941(Pág. 201)

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação doutrina e pratica.** 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MELLO. Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito Administrativo.**28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010(Págs.966-967)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010 (Págs.381)

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/> Acesso em: 18/03/2019 as 08:25

REALE, Miguel. **Visão geral do novo Código Civil. Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002

HISTÓRIA DO PROCESSO PENAL

PAULO BYRON OLIVEIRA SOARES NETO:

Professor Efetivo do Governo do Estado de São Paulo; Licenciado e Bacharel em Matemática pela Universidade Ibirapuera; especialista em Gestão Escolar e Coordenação Pedagógica pela Uniasselvi; graduando em Direito (UNIP); Graduando em Engenharia de Produção (UNIVESP); Pós graduando em Ensino de Filosofia (UNIFESP); pós graduado em Direito Tributário e mestrando em Direito e Negócios Internacionais pela Universidade del Atlântico - Espanha.

DANIEL PAULO PEREIRA DA SILVA

VINICIUS AUGUSTO M. CANIATO DE CASTRO

RAFAEL SANCHES

(Coautores)

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo apresentar a historicidade do processo penal, surgimento, vertentes e demais fatores relevantes. Para tanto, através de pesquisas bibliográficas apresentaremos ao leitor um projeto consistente que, por seu turno, para posterior aprofundamento requer maiores estudos.

Palavras-chave: História, Historicidade, Processo Penal.

Abstract: The present work has as objective to present the historicity of the criminal process, emergence, slopes and other relevant factors. To do so, through bibliographic research we will present to the reader a consistent project that, in turn, for further study requires further studies.

Keywords: History, Historicity, Criminal Process.

INTRODUÇÃO

A história do Direito processual penal não tem relação com a história do Direito Penal material, mas parte da premissa da evolução da sociedade, ou seja,

se o surgimento do Direito Penal se apresentou como mero instrumento punitivo, com a evolução das sociedades ocorre o surgimento do devido processo legal, evidentemente com suas respectivas diferenças e evoluções, onde o indivíduo (réu) passa a ter o direito de se defender das acusações a ele imputadas.

Contudo, a forma de governo, a Constituição, se entrelaçam com o Processo Penal, visto que, de acordo com a Constituição de determinado governo, lei maior do Estado, esta direcionará as demais leis do referido Estado.

Portanto, em um Estado Democrático de Direito será preservado o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, a vedação de provas ilícitas, a duração razoável do processo, dentre outros, tendo então entendimento que durante o decorrer do processo o indivíduo *a quo* é meramente um acusado de determinado fato típico e não um condenado.

De outro lado, temos diversos períodos da história moderna, onde vimos nações viverem em Estado de Exceção, como Alemanha nazista, que fez da exceção, regra, e usou deste expediente para exterminar inimigos e opositores, ou mesmo o Brasil que ainda vive em Estado de Exceção no tocante à legislação pena vigente, não obstante, passou por sucessivos períodos de regimes exceção que deixam rastros até os dias de hoje.

Neste contexto, daremos ênfase ao Tribunal do Povo - Volksgerichtshof, instituído como tribunal de exceção na Alemanha de Hitler, num período paralelo ao Estado de Exceção em que o Brasil, adotou os atuais Código Penal e Código de Processo Penal vigentes até os dias de hoje.

De acordo com a afirmação de Pontes de Miranda (1979, p.36):

[...] o processo criminal reflete, mais do que qualquer outra parte do direito, a civilização de um povo [...] onde o processo é inquisitorial, a civilização está estagnada ou rola em decadência. Onde o processo é acusatório, com defesa fácil, a civilização está a crescer ou a aperfeiçoar-se”.

Durante o decorrer deste artigo abordaremos com maior ênfase a questão dos tipos de processos inquisitório e acusatório.

1. O PROCESSO PENAL NA GRÉCIA

Os ideais democráticos surgem na Grécia, na cidade de Atenas.

A democracia existente a época era do tipo direta, ou seja, exercida diretamente pelo povo em praças públicas, com igualdade entre os cidadãos gregos. Neste ponto, vale ressaltar que mulheres, escravos e demais indivíduos de descendência estrangeira não eram considerados cidadãos e portanto não tinham o direito de participar dos atos democráticos.

Os principais debates relevantes a democracia ateniense eram realizados na Ágora, uma espécie de câmara onde o povo ateniense argumentava sobre os assuntos pertinentes e de interesse da pólis.

Conforme destaca Paulo Bonavides (2010, p.288):

A democracia antiga era a democracia de uma cidade, de um povo que desconhecia a vida civil, que se devotava por inteiro à coisa pública, que deliberava com ardor sobre as questões do Estado, que fazia de sua assembléia um poder concentrado no exercício da plena soberania legislativa, executiva e judicial.

De fato, os pontos positivos desta democracia direta eram a isonomia (todos aqueles considerados cidadãos atenienses eram iguais perante a lei); a isotimia (vedava todo e qualquer privilégio por razões de funções hereditárias ou títulos, com isto, todos os cidadãos tinham acesso a coisa pública); e a isagoria (concedendo o mesmo direito a palavra a todos os cidadãos, sendo assim, possibilitando o debate em condição de igualdade e com idêntica forma de expressão e quantidade).

Por certo, não se tratava a época quanto a Constituição, mas por seu turno no estado democrático ateniense existiam normas de organização (aproximadamente como normas constitucionais) e normas reguladoras que deveriam estar de acordo e em conformidade com as normas organizacionais.

Em relação ao Processo Penal o procedimento existente que levava à condenação se dá através de acusadores privados, ou seja, cidadãos atenienses.

Tal fato ocorre pela paridade entre as partes e a vedação de produção e influencia de provas pelos juízes, também era proibida a denúncia anônima e ainda a lei de punição para quem cometesse determinada acusação caluniosa, e, por fim, a necessidade da acusação apresentar as provas que fossem utilizadas no decorrer do processo. Os julgamentos eram públicos e restavam preservados o direito ao contraditório e a ampla defesa.

O processo a época é marcado pela simbiose do cidadão para com a sociedade, sendo a vida pessoal do então acusado um prolongamento do Estado.

2. A MONARQUIA ABSOLUTISTA

Diante da queda do Império Romano ocorrera um ambiente de instabilidade e hostilidade, visto que, desaparece o centro político social então existente. Surge, por sua vez, o absolutismo que decorre do interesse do domínio político, acúmulo de capitais e a tutela dos senhores feudais.

O Senhor Feudal passa a ter controle absoluto sobre o território em sua posse, sendo então a autoridade máxima na região sob seu domínio. Com interesse de proteção dos domínios conquistados, os senhores feudais começam a fazer alianças, a fim de proteger seu território, todavia devido aos inúmeros feudos e alianças firmadas faz surgir uma figura única de controle, ou seja, um Rei que representava todos os feudos e nomeado por Deus, com isto, controlaria o poder dos senhores feudais e garantiria a proteção de seus domínios.

Destarte, o Rei começa a ter poder soberano, ao lado do Papa estes poderes se tornam complementares, firmando uma legitimação ideológica para afirmação da soberania apoiada no poder controlador da massa pelo catolicismo.

Com isto temos que as características do Absolutismo são: ausência de regra limitadora; ausência de controle interno ou externo; e a falta de legitimidade jurídica.

Eis que então que Constituição e Processo Penal subordinam-se a vontade do soberano, sendo assim, exercia seu poder de acordo com seu juízo de valor e a favor de seus interesses em conluio com o cristianismo.

Tais condições geraram consequências e neste momento histórico que surge o Direito Canônico e a Santa Inquisição. A partir deste ponto surge o processo penal inquisitório, invertendo, portanto, a lógica processual existente na Grécia.

No sistema inquisitório o processo é secreto, não há o contraditório e ampla defesa, as provas são providas pelo princípio legal da valoração. O acusado responde o processo preso e sendo torturado. A confissão é a principal prova neste sistema.

3. A DEMOCRACIA MODERNA

Fruto do iluminismo surge como resposta aos governos absolutistas, iniciada pelos burgueses com ímpeto pela liberdade comercial restam por impulsionar movimentos ideológicos, artísticos, populares e políticos.

Desta feita, o povo passa a conquistar espaço na participação política do Estado e, com isso, vislumbrando a possibilidade de alterações no contorno histórico.

Com a democracia moderna surge o Estado de Direito, que é marcado pelo liberalismo econômico e, também, provendo a liberdade e o individualismo como direitos supremos. A sociedade se desenvolve e com isso seus anseios e necessidades, eis então que se apresenta o Estado Social de Direito o qual possui como elemento principal a conciliação entre o capitalismo e o bem estar social.

Posteriormente temos a evolução para o Estado Democrático de Direito demarcada pelo equilíbrio de direitos individuais e sociais, ou seja, procura a efetivação da saúde, educação e do trabalho, mantendo as garantias de liberdade, do contraditório, da ampla defesa, da igualdade material e da dignidade do ser humano.

Dantas (2009, p. 338), específica o Estado Democrático de Direito da seguinte maneira:

O Estado Democrático de Direito é a expressão contemporânea do Estado de Direito, conferindo-lhe um sentido material e uma unidade de sentido orientada para a realização de objetivos que consubstanciam a auto-representação da comunidade política, sendo estruturado e

conformado a partir da programaticidade constitucional. O Estado Democrático de Direito é essencialmente, de acordo com o texto, e conforme exigência do contexto brasileiro, um Estado programático.

De acordo com o exposto, conforme a evolução da sociedade e suas normas constitucionais há a evolução dos sistemas processuais penais.

4. DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA X ESTADO DE EXCEÇÃO

A partir da Revolução Francesa, marco histórico que dá início a Idade Contemporânea, no ano 1789, as relações sociais mudam de contexto, saindo de um plano onde um Soberano define as regras e procedimentos a serem seguidas por súditos, para um novo momento onde o população passa a ter poder de representação, cidadania, garantias, resgatando o sentido da democracia, ilustrada naquele momento pela publicação da Declaração dos Direitos do Homem, que mais a frente transborda na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1945), como consequência dos abusos e arbitrariedades praticados durante a Segunda Guerra Mundial (1939 – 1945) pelo Regime Nazista, que objetivando um processo de “limpeza” étnica e moral, dizimou milhões de vidas humanas no evento que ficou conhecido como Holocausto.

4.1. Processo Penal de Exceção no Nazismo.

O Estado de Exceção é o um recurso previsto legalmente para um governante possa ter meio de ação e decisão rápidas em situações de crises graves, onde a paz social e a segurança nacional estejam severamente ameaçadas. É o resultado de um patamar de indeterminação entre a democracia e o absolutismo (AGAMBEM, 2005). O estado de exceção é instância política marcada pela confirmação do poder de quem toma decisões, despontando, assim, como indício de uma teoria constitucional decisionista (cf. HOLMES, 1996, p. 46), destarte, quando a exceção se torna a regra geral e se concretiza no tempo, o que deveria ser transitório se torna permanente e assim o totalitarismo destrói a democracia, por consequência de seus próprios limites.

4.2. A Alemanha de 1930

A Constituição de Weimar na Alemanha de 1933, em seu art 48, previa a possibilidade que o Presidente da República, pudesse utilizar do instituto do

Estado de Exceção em casos de ameaça a segurança e à ordem. Foi a partir desse art 48, que ao assumir o poder, Hitler decretou Estado de Exceção, suspendendo as liberdades individuais, sob a premissa de “proteção do povo e do Estado alemão”.

Esse cenário de crise fomentou a ascensão do “Nacional Socialismo”, redundando em uma grave crise econômica e o aparelhamento da violência estatal, com objetivo de forçar a estabilização da nação.

O arcabouço jurídico alemão, foi mobilizado para legitimar o regime autoritário em meio à uma intensa propaganda que pregava a personificação do Estado na figura do “Führer”, como um salvador da pátria.

Os efeitos do regime a partir de então instaurado foram sentidos de modo mais brusco na esfera processual penal, ambiente burocrático no qual se cumpriram formalidades que resultaram em cerca de 31 mil mortos em Dachau, 56 mil em Buchenwald, 102 mil em Mauthausen, 202 mil em Auschwitz, 250 mil em Sobibor, 904 mil em Treblinka e 900 mil em Auschwitz-Birke, apenas para citar os centros de extermínio mais conhecidos (cf. AMADO, 2009, p. 31-32).

4.3 O Volksgerichtshof - Tribunal do Povo

O Volksgerichtshof, Tribunal do povo, foi instituído por lei de 24 de abril de 1934, com a atribuição de julgar matérias que tratassem de traição, de ataques ao Presidente do Reich, de destruição de propriedade militar, bem como de assassinatos e tentativas de assassinatos de autoridades governamentais (cf. MÜLLER, 1991, p. 140). Essa mesma lei estabeleceu os procedimentos de instrução penal e também alterou o Código Penal vigente, conceituando traição.

Basicamente qualquer oposição regime nazista passou a ser considerada traição, foram tipificadas 5 condutas principais: a alta traição (Hochverrat), de espionagem (Landesverrat), de traição no contexto de operações militares (Kriegsverrat), de tentativa de subversão junto às forças militares (Wehrkraftzersetzung), bem como o tipo de objeção de consciência (Kriegsdienstverweigerung). Esse último desprovido de contornos objetivos, o que possibilitava uma amplitude de procedimentos judiciais e interpretações, onde

qualquer pessoas tida como opositora ou crítica ao regime podia ser de imediato presa por 5 anos.

O Tribunal do Povo consistiu em sistema judicial do partido Nazista, que com o tempo ganhou jurisdição exclusiva para processar acusações de traição, com exceções daqueles cujos acusados detinham foros militares.

O VGH funcionava efetivamente fracionado em três Câmaras, as quais denominavam-se Senados, o que é característico na tradição da organização judiciária alemã. Cada um desses Senados contava com cinco magistrados. Pelo menos dois deles deveriam ser juízes de carreira; os demais eram servidores públicos identificados com a ordem nazista; de igual modo, os juízes de carreira.

Era condição fundamental para ser recrutado para o VGH, a identificação com as ideias do regime e a lealdade ao Reich, esse elemento sem dúvida justificava a sanha acusatória e condenatória do tribunal. Um típico tribunal de exceção, comprometido com o regime e a condenação dos inimigos em detrimento a apuração real dos casos levados ao tribunal.

Os juízes era indicados pelo partido e era condição para recrutamento ao VGH, a comprovação de racial, de que o indicado não detinha sangue ou linhagem Semita, pois viria a ser sua jurisdição, os julgamentos relativos aos crimes previstos no Estatuto da Raça, que era aplicado através do decreto datado de 7 de abril de 1933, com base no qual se expulsaram todos os judeus e não arianos do serviço público alemão, o que, por consequência, afastou judeus e não arianos da administração da justiça.

Cabia ainda aos juízes, a instrução acusatória, e a sentença condenatória. Do ponto de vista procedimental, o magistrado tinha também poderes de supervisão sobre os outros promotores, o que tirava qualquer possibilidade de defesa técnica dos acusados, mesmo tendo esses direito a ser formalmente representados por advogados a sua escolha, ou seja, funcionava como um tribunal político, afim de eliminar por meio da condenação a morte, seus oponente e críticos.

Em 1939, ano em se iniciou a Segunda Guerra Mundial, o Tribunal do povo chegou a condenar 470 pessoas a morte e 150 pessoas a pena de trabalho forçado nos campos de concentração Nazistas, já em 1944, no ápice da caos bélico, esses

números chegaram a 2000 condenados a morte e 1500 condenado a pena de trabalho forçados.

Aqui podemos observar, através do sistema judiciário alemão, como o sistema jurídico pode ser subvertido para atender às demandas e objetivos políticos de grupos e líderes radicais, reduzindo qualquer perspectiva de satisfação de direito, porém com a abjeta aparência de legalidade constitucional e processual.

5. O ESTADO DE EXCEÇÃO E O PROCESSO PENAL NO BRASIL

Um breve estudo nos mostra que o Brasil República vem sendo governado constantemente em Estado de Exceção, já na chamada republica velha, o País fora governar em Estado de Sítio por diversos períodos intercalados, desde a primeira Constituição republicana de 1891 até a chamada Nova República, que nasce de com o Golpe de Estado, encampado pelo então Presidente Getúlio Vargas, em 10 de novembro de 1937.

Com o golpe de Estado, vem a implantação de uma Ditadura Militar, e a consequente outorga de uma nova Constituição, que ficou conhecida como a Polaca, pois tinha inspiração fascista, regime político, que imperava na Polônia e outros países da Europa, com destaque para a Itália de Benito Mussolini, que assumiu como Primeiro Ministro em 1922 e só deixaria o posto após sua morte durante a Segunda Guerra Mundial em 28 de abril de 1945, como aliado à Hitler e a Alemanha Nazista.

É no contexto, de um período de Guerra Mundial, Outorga Constituição Fascista, Golpe de Estado, Poder totalitário, Regime Militar, insurgências e revoltas nas capitais dos Estados, que surge o Código Penal Brasileiro em 1940, e o Código de Processo Penal de 1941, ambos vigente no país até os dias atuais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema processual penal acusatório surge na Grécia, porém a partir da queda do Império Romano e o estabelecimento dos feudos, ocorrera a necessidade de alianças a fim de proteção e manutenção dos territórios dos Senhores Feudais.

Diante destas alianças houve a necessidade de um regente, ou seja, um Rei o qual acaba por perceber poderes absolutos. Com a integração entre o Rei e o catolicismo surge o Direito Canônico e a Santa inquisição e o sistema processual

penal acusatório existente na Grécia, passa a ser o sistema processual penal inquisitório.

Com a evolução da sociedade e a reação do povo contra o absolutismo, nasce a democracia moderna e de sua evolução, a Constituição de Estados a partir de uma norma reguladora geral que apoia todo o arcabouço jurídico deste Estado;

Atualmente ainda existem Estados que utilizam do sistema processual penal inquisitório. No Brasil é aplicado o sistema processual penal acusatório, apesar de alguns doutrinadores defenderem um ideal de sistema processual penal misto, fato é que é inequívoco a percepção de que nosso sistema penal, ressaltados os princípios Constitucionais embarcados na Carta Cidadã de 1988, é um sistema penal de exceção com regras e procedimentos complexos que sobreviveram a períodos de regimes autoritários e a regimes democráticos, porém, no caso deste último, fica evidente o conflito insustentável entre legislação infraconstitucional penal e Constituição Federal, o que acarreta insegurança jurídica e sobrecarga do sistema punitivo, que acolhe as divergências por meio dos tribunais superiores, e estes por sua vez, ainda que sem estrutura adequada, acabam obrigados a legislar por súmulas, estabelecendo e corrigindo procedimentos e práticas processuais por meio de jurisprudências.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nova Edição. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 4ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRASIL, **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. Diário Oficial da União (DOU) 31.12.1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em mar 2019.

_____, **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.** Diário Oficial da União (DOU) 24.10.1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: mar 2019.

COGO, Rodrigo. **Medidas de exceção como instrumentos de governabilidade: Breve análise da realidade constitucional brasileira.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&%20artigo_id=9051>. Acesso em mar 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da idade Média ao Século XXI.** São Paulo: Saraiva, 2010.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo Dirigente e Pós-Modernidade.** São Paulo: Saraiva, 2009.

GODOY, A. S. M. **Processo Penal, Estado de Exceção e o Volksgerichtshof: O Tribunal do Povo na Alemanha Nazista.** In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 127. Crime e Sociedade. 2017; Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.127.07.PDF>. Acesso em mar 2019.

GOMES, A. S. T., MATOS, A. S. M. C. **O estado de exceção no Brasil republicano.** In: *Rev. Direito e Práxis*, Vol.08, N.3, 2017. p. 1760-1787

Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n3/2179-8966-rdp-8-3-1760.pdf>>. Acesso em mar. 2019.

JUNIOR, Carvalho Almério. **Código do Processo Penal está em contradição com a Constituição.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-jun-05/codigo_processo_penal_contradiz_constituicao>. Acesso em mar 2019.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Democracia, Liberdade, Igualdade: os três caminhos.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

ONU, **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_Universal_dos_Direitos_Humanos> Acesso em mar 2019.

PINHEIRO, Raphael Fernando. **A teoria do direito penal do inimigo sob a perspectiva do contrato social**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11334>. Acesso em mar 2019.

RESENDE, Maria Ruiz e. **A Constituição de 1937 - A Polaca**. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/constituicao-de-1937-a-polaca/>>. Acesso em mar. 2019.

SILVA, Kelly Cardoso da. **Direito Penal do Inimigo: Aspectos jusfilosóficos e normativos**. Jundiaí, Paco Editorial: 2016. Edição do Kindle.

A COLABORAÇÃO PREMIADA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

TAINÁ BRUZON OLIVEIRA:

Bacharelanda do curso de Direito matriculada em Fernandópolis.

ADEMIR SANCHES GASQUES
(Orientador)

RESUMO: A colaboração premiada é um instituto presente no Direito Penal brasileiro concebido como forma de auxiliar o Estado na persecução penal aos crimes de maior lesividade e de difícil investigação, como os ligados ao crime organizado, posteriormente, só pode ser autorizada quando a lei expressamente prevê. Trata-se de pesquisa bibliográfica e documental. Observou-se que a colaboração premiada tem um papel significativo no desdobramento da crise política na qual o Brasil está envolvido. O objetivo deste trabalho é mostrar a importância da colaboração premiada no combate ao crime organizado, mostrando sua história e conceito, os desafios da colaboração premiada no âmbito da nova Lei das organizações criminosas, demonstrando o impacto que o crime organizado teve através da colaboração, mostrando algumas operações conhecidas nacionalmente. Por fim será um tema de grande relevância social no atual momento, precisando analisar pontos contrários e favoráveis apontados pela doutrina com relação ao instituto.

Palavras-Chave: Legislação, Crime Organizado, Colaboração Premiada.

ABSTRACT: The award-winning collaboration is an institute present in Brazilian Criminal Law conceived as a way of assisting the State in the criminal prosecution of crimes of greater lesivity and of difficult investigation, such as those related to organized crime, later, can only be authorized when the law expressly foresees. This is a bibliographical and documentary research. It was observed that the award-winning collaboration plays a significant role in the unfolding of the political crisis in which Brazil is involved. The objective of this work is to show the importance of the award-winning collaboration in the fight against organized crime, showing its history and concept, the challenges of the collaboration awarded under the new Law of criminal organizations, demonstrating the impact that organized crime has had through collaboration, showing operations known nationally. Finally, it will be a topic of great social relevance in the present moment,

needing to analyze contrary and favorable points pointed by the doctrine with respect to the institute.

Keywords: Legislation. Organized Crime. Award Winning Collaboration.

INTRODUÇÃO

Nos tempos atuais, vamos sofrendo com o gritante aumento da criminalidade, envolvendo organizações criminosas. O passado nos mostra como a criminalidade cresceu, se modernizou e se especializou, exigindo do Estado uma reestruturação do sistema penal, com a criação de medidas para se obter provas, tendo que sair do modo obsoleto, criando meios para combater o crime organizado, é nesse cenário que surge como aliada ao Estado o Instituto da Colaboração Premiada, atuando nos casos de grande complexidade.

Como esclarece Zauli (2017) o instituto da colaboração premiada, tem o propósito de levar o maior número de pessoas a investigação, vejamos:

O instituto da delação premiada, ou popularmente denominada colaboração premiada, objetiva, acima de tudo, levar ao conhecimento das autoridades o maior número possível de sujeitos e demais circunstâncias envolvidas em uma infração penal (ZAULI, 2017, p.01).

A Colaboração Premiada é, portanto, um instrumento que o Estado dispõe para conseguir solucionar diversos casos. É um acordo que o Ministério Público faz com os investigados de um crime para que eles colaborem com a produção de provas contra outros envolvidos e em contrapartida o Ministério Público oferece aos colaboradores uma pena menor. Se o investigado concordar com a colaboração, ele vai apresentar ao Douto Membro do Ministério Público as informações que ele tenha e que possam levar a incriminação dos demais envolvidos. Normalmente, o colaborador terá como benefício da sua colaboração uma redução de pena; ou o cumprimento da pena em um regime mais brando. Vale ressaltar que a colaboração tem muita importância, pois o Estado dificilmente conseguiria obter as informações, principalmente se tratando de crimes complexos de organizações criminosas.

Vejamos o que diz Bonaldi (2015): “Em uma evolução histórica tem-se que diversas disposições legais vêm disciplinando as modalidades de colaboração por parte do réu ou acusado ao longo dos últimos anos em nosso ordenamento jurídico (BONOLDI, 2015, p.03).”

No Brasil, o instituto da colaboração premiada é previsto em várias legislações, são elas: Código Penal (arts. 159, §4º, e 288, p.u.), Lei dos Crimes contra o [Sistema Financeiro Nacional](#) – nº 7.492/86 (art. 25, §2º), Lei dos Crimes de Lavagem de Capitais – nº 9.613/88 (art. 1º, §5º), Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária e Econômica – nº 8.137/90 (art. 16, p.u.), Lei de Proteção a vítimas e testemunhas – nº 9.807/99 (art. 14), Nova Lei de Drogas – nº 11.343/06 (art. 41), e, mais recentemente, na Lei que trata do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – nº 12.529/2011 (art. 86).

A colaboração não é simplesmente alegar tal fato, mas sim fornecer informações valiosas, realmente eficazes e que o Estado não tenha conhecimento, sendo certo que as colaborações devem ser confirmadas por outros meios de prova, para valer, algo totalmente correto, mediante os benefícios concedidos ao investigado

O presente artigo desenvolve uma análise sobre a temática da importância da colaboração da premiada no processo penal brasileiro, buscando explorar de que modo essa questão particular do direito penal ira se desenvolver na realidade jurídica brasileira e contribuir para sociedade, abordando história, conceito, legislação e repercussões na sua aplicação, bem como buscando aperfeiçoar meu conhecimento, por fim, quais têm sido os posicionamentos dos Doutrinadores e dos Tribunais.

A metodologia a ser seguida é um estudo exploratório e descritivo, capaz de analisar todas as informações possíveis para se obter uma resposta concreta com base na realidade.

De acordo com Crosset (2012) a revisão integrativa da literatura representa um recurso para a construção do conhecimento em direito. A síntese dos resultados de uma pesquisa de revisão integrativa da literatura facilita a transferência de um novo conhecimento para a ação, pois este tipo de pesquisa fornece aos profissionais de diversas áreas de atuação o acesso rápido aos

resultados relevantes de pesquisas que fundamentam as condutas ou a tomada de decisões, proporcionando um saber crítico.

1. COLABORAÇÃO PREMIADA: BREVE RELATO HISTÓRICO E SEU CONCEITO

A colaboração premiada, surgiu como um “prêmio”, onde consistiria em uma redução da pena aplicada ao infrator que delatasse os companheiros e suas atividades ilícitas de forma espontânea.

No direito brasileiro, os primeiros sinais de colaboração premiada, foi verificado nas Ordenações Filipinas (1603-1867), onde trazia um livro próprio a respeito, tratando se de crimes de falsificação de moedas.

Outro marco do instituto, pode ser verificado durante a Ditadura Militar, onde era utilizado esse método para descobrir as pessoas que iam contra o governo, portanto para a época consideradas criminosas.

A partir disso, várias disposições legais esparsas, foram trazidas para o nosso Código Penal, ao longo do tempo, como a Lei nº 7.492/86-crimes contra o sistema financeiro, Lei nº 8.072/90-crimes hediondos, Lei nº 8.137/90-crimes tributários e a Lei nº 12.850/2013, todas fornecendo benefícios ao criminoso que fornecer informações valiosas sobre os crimes, claro, cada uma com suas peculiaridades próprias.

Conforme ensina Bonaldi, vejamos:

O surgimento do instituto da colaboração premiada, no Brasil, ocorreu com o advento da Lei nº 8.072/90 – Lei dos crimes hediondos - que em seus arts. 7º e 8º já previa a redução da pena de 1/3 a 2/3 para o coautor ou partícipe que colaborasse com informações à justiça criminal, nos crimes de extorsão mediante sequestro praticados por quadrilha ou bando, por meio de colaboração voluntária e eficaz e alterando o art. 159 do Código Penal para conter essa previsão (BONALDI, 2015 p. 06).

Na Itália, em meados de 1860 as organizações criminosas adquiriram enorme força, pois os latifundiários perderam o direito de manter milícias privadas,

onde originou a criação de grupos extremamente influentes e armados, que serviriam para garantir a estabilidade entre chefes e funcionários, futuramente chamados de MÁFIA.

Tamanho foi o crescimento desses grupos, que se espalhou por todo território nacional, constituindo um poder paralelo frente ao Estado, onde em 1982 criou-se a “Operação Mãos Limpas”, com o objetivo de voltar a ordem ao país, contendo a violência e erradicando a impunidade, originando a Lei “misuse per la difesa dell ordenamento costituzionale”, surgindo nesse advento de lei o instituto da colaboração premiada no país, onde se garantia a extinção da punibilidade, proteção do colaborador e de sua família.

Já no direito americano a colaboração premiada é chamada de “Plea Bargaining”, e é por meio deste instituto que a promotoria Norte Americana oferece ao réu a chance de diminuir o tamanho da sua pena, promovendo através destes acordos entre as partes. Segundo dados estatísticos, disponibilizados pela associação cearense de magistratura, apenas 10 % dos casos vão para a análise do mérito feito pelos juízes.

De acordo com os ensinamentos de Silvia, vejamos:

Nessa esteira, pode-se perceber que o entendimento supracitado possui raízes econômicas e não jurídicas, e por isso se faz tão difícil dissociar tal instituto da estrutura judiciária dos Estados Unidos. E diante de tal dificuldade, averigua-se que não há rigidez constitucional com relação à colaboração premiada nos Estados Unidos, situação está diferenciada do Brasil, onde vigora princípio da indisponibilidade da ação, isto é, não se pode desistir da ação (SILVIA, 2017 p. 12).

Partindo para a o Continente Europeu, mais precisamente em Portugal, o instituto da colaboração premiada já rendeu ótimos frutos, gerando inúmeras diminuições de penas, perdões judiciais, pois conforme disciplina a lei local, a pena pelo crime de associação criminosa pode ser diminuída ou até mesmo não ser aplicada se o criminoso impedir ou se esforçar ao máximo, para impedir a continuação ilícita dos grupos criminosos, organizações ou associações ou até mesmo comunicar a autoridades a existência das mesmas, de modo a evitar práticas de crimes futuros.

Na Alemanha, o instituto da colaboração, funciona parecido do que em Portugal, onde beneficia o colaborador com a diminuição de pena ou até deixa de

aplica-la, quando de forma espontânea denuncia ou impedir a pratica do ilícito envolvendo organizações criminosas.

O sentido da palavra delação, vem do latim, que possui o significado de denunciar, revelar, acusar, conforme explica Araújo: "A palavra delação, em seu sentido etimológico, vem do latim, onde possui o sentido de delatar, denunciar, revelar crime ou delito, acusar como autor de crime o delito, deixar perceber, denunciar-se como culpado, acusar-se (ARAUJO, 2015, p. 07)."

O instituto da colaboração premiada é o ato voluntario e consciente do colaborar, onde admite sua participação no crime, fornece dados das atividades criminosas praticadas pela associação, imputa fatos criminosos aos seus comparsas, por consequência óbvia a isso, facilita o desmanche dessas operações, sendo que o nome premiada não é à toa, uma vez que atendidos os requisitos exigidos em lei, acarretara em redução de sua pena e até mesmo em isenção absoluta da sanção penal

Assim traz explicito o Decreto n.5015/2014 em seu art. 2º, vejamos:

Para efeitos da presente Convenção, entende-se por: Grupo criminoso organizado - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concentradamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material (SILVA, 2017 p. 02).

Existem atualmente 4 (quatro) pressupostos para existir a colaboração premiada: a) consciência e voluntariedade na admissão da pratica delituosa, uma vez se não houver participado das infrações penais, apenas servira como testemunha ou informante; b) fornecer dados eficazes, informações valiosas do funcionamento da organização criminosas; c) nomear os comparsas, que até o presente momento eram desconhecidos perante a autoridade policial ou judicial, que concorreram para a produção do ilícito penal; d) obtenção dos benefícios pelo colaborar, desde que preenchendo os demais requisitos previstos em lei.

Para Damásio de Jesus (2015) assim conceitua:

Colaboração é a incriminação de terceiro, realizada por um suspeito investigado, indiciado ou réu, no bojo de seu interrogatório (ou em outro ato). “Colaboração premiada” configura aquela incentivada pelo legislador, que premia o delator, concedendo-lhe benefícios como redução de pena, perdão judicial, aplicação de regime penitenciário brando etc.

O Brasil, ao implantar o instituto da colaboração premiada, sofreu demasiada influência de institutos jurídicos estrangeiros, como por exemplo o Direito Norte Americano e Italiano.

O que fica ainda mais claro com os ensinamentos de Aras (2015), vejamos: “O Brasil, ao adotar o instituto da colaboração ou colaboração premiada, sofreu forte influência do instituto jurídico existente no Direito Comparado, referindo-se especialmente às legislações dos Estados Unidos e da Itália.”

2. COLABORAÇÃO PREMIADA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Desde os primórdios da civilização, já mostra a presença do instituto da colaboração premiada na sociedade, como podemos ver na traição, que se encaixa perfeitamente entre os seres humanos e o assunto em tela. Citando alguns exemplos, notamos Joaquim Silvério dos Reis que denunciou Tiradentes, Calabar delatou os brasileiros, entregando aos holandeses.

Com a evolução dos ordenamentos jurídicos previram a possibilidade de se premiar os traidores, com algumas benesses, surgindo a colaboração premiada.

A origem histórica do instituto pode ser encontrada desde os primórdios das civilizações, já tendo relatos desde o sistema anglo-saxão, de onde advém a expressão *crown witness*, ou testemunha da cora.

Nos Estados Unidos foi amplamente utilizado durante a guerra contra o crime organizado, na Itália foi adotado com êxito frente ao desmantelamento das máfias, alcançando resultados expressivos e eficientes, na luta contra a violência e a impunidade de tais grupos, uma vez que os poderes das Máfias já se assemelhavam ao do Estado Italiano.

Segundo Araújo (2015, p.09), nos diz que:

A colaboração premiada está presente em diversos diplomas do nosso ordenamento jurídico pátrio. Por vários anos a legislação brasileira se manteve inerte quanto à regulamentação do instituto, vindo a ser positivada apenas

em na década de 90 a partir da promulgação da lei dos crimes hediondos.

O art. 8º, parágrafo único da lei nº 8.072/90 prevê que o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou a quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá pena reduzida de um a dois terços. Esta lei foi a primeira lei que cuidou expressamente da colaboração premiada.

Com o advento da nova lei nº 12.850/13, que trata sobre as organizações criminosas, veio focado na organização criminosa e no crime organizado, sendo um evento de natureza processual incidental, podendo ser utilizada tanto no procedimento investigatório quanto no processo criminal, permitindo inclusive sua aplicação no inquérito policial, após a sentença e execução criminal.

A nova legislação, aumentou os benefícios ao colaborador, prevendo, não apenas redução de pena e sim o perdão judicial e a possibilidade da substituição da pena corpórea por restritivas de direito, aumentando o quadro de possibilidades de benefícios possíveis e principalmente estabeleceu requisitos de validade para a aquisição das benesses, algo que revolucionou a lei e passou mais credibilidade a mesma.

A lei nº 9.613 prevê em seu Artigo 1º, parágrafo 5º, benesses semelhantes a lei nº 9.034/95, mas de uma forma mais completa, trazendo em seu texto, que o colaborador poderá mesmo após sua condenação, aceitar colaborar, sendo uma das possibilidades o cumprimento de pena em regime aberto, substituindo a pena por restritiva de direitos, para o coautor ou partícipe, onde espontaneamente colabora de forma que as autoridades consigam informações valiosas sobre as infrações penais ou localização dos objetos do crime.

Vemos na lei nº 9.807/99, meios de proteção as vítimas e testemunhas ameaçadas, vindo por meio de seu Artigo nº 15, instituir proteção aos acusados ou condenados que houverem ajudado na investigação policial ou no processo criminal.

Já a lei de drogas, mais especificadamente a lei nº 11.343/06, estabelece a colaboração premiada em seu Artigo nº41, vejamos:

Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

Assim diante do que foi estudado observa-se como é grande e diversas a legislação referente à colaboração premiada e de como ainda vem se expandindo cada dia mais.

3. REPERCUSSÕES SOBRE A COLABORAÇÃO PREMIADA E SUAS INFLUÊNCIAS NO BRASIL

O Estado por meio da colaboração premiada, vem impactando o crime organizado e dismantando operações, uma vez que os benefícios são expostos, os criminosos se veem tentados a ajudar, auxiliando o Estado no combate ao crime. Geralmente as benesses oferecidas é o único meio de defesa do acusado, causa de diminuição de pena ou até mesmo troca pela pena restritiva de direitos.

Segundo Bonaldi (2015) a colaboração premiada tem grande fora nas relações negociais envolvendo o Estado, vejamos:

A delação ou colaboração premiada tem forte incidência no âmbito das relações negociais, comerciais e de serviços envolvendo o Estado, visto que esse setor como hodiernamente é do conhecimento de todos, convivem desde há muito com a pressão de interessados, propondo facilidades ou vantagens e até propinas (BONALDI, 2015 p. 17).

A posição mais vantajosa para cada acusado, considerando as escolhas dos outros envolvidos, passa a ser falar tudo o que sabe. Isso permite não só avançar mais nas investigações como também instruir melhor o processo. Sem a colaboração premiada, a posição de equilíbrio era ficar calado e contar com a incapacidade da polícia de coletar provas suficientes para a condenação.

Vários acusados na Operação Lava Jato, optaram pelo segundo caminho, mas muitos outros como o caso de Paulo Roberto Costa, Youssef, diretores da Camargo Correa, trilharam o caminho da colaboração, pois o que manda nestas operações é: se um dos acusados colabora o melhor resultado para os outros é colaborarem, já se ninguém colabora o melhor resultado é ficar em silêncio. Pois quem colabora recebe benesses, já quem não colabora recebe a lei como ela é, sem vantagens.

As operações policiais já tiveram grandes avanços com o instituto da colaboração premiada, podemos destacar a Operação Caixa de Pandora, Banestado, Mensalão, as quais sofreram muito graças a Colaboração Premiada,

sendo o fato mais conhecido a Operação Lava Jato, instalada na 13 ° Vara Federal de Curitiba PR.

Uma reportagem recente, revelou números fantásticos sobre a maior ação de corrupção e lavagem de dinheiro realizado no Brasil, sobre enorme influência do instituto da colaboração premiada, ao todo são 48 prisões preventivas, 46 prisões temporárias, 138 denunciados, 30 condenados, R\$ 870 milhões recuperados e R\$ 2,4 milhões bloqueados em contas pelo Brasil e exterior, além de pagamentos de multas e ressarcimento realizados pelos denunciados no valor de R\$ 6,7 bilhões e ainda a reportagem deixa claro o aumento destes números com mais tempo de trabalho, algo inimaginável a tempos atrás.

Diante do exposto ficou evidente que o Estado ganha com colaboração premiada mediante o combate ao crime organizado garantindo a efetivação das investigações.

4. MOMENTO DE APLICAÇÃO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Conforme previsto na lei nº12.850/13, mais precisamente em seu Artigo 4, parágrafo 2, diz que a competência para oferecer a colaboração premiada é do Ministério Público, em qualquer fase do processo, ou do delegado nas fases do inquérito policial, com a aprovação do Ministério Público.

As negociações serão realizadas entre o delegado, o investigado e o advogado do réu, sempre com o aval do Ministério Público, ou diretamente, entre o Promotor, investigado e seu advogado.

Nunca haverá concessão de benesses sem uma contrapartida de informações por parte do acusado, com o intuito de se alcançar a solução do delito e identificar novos participantes na organização criminosa. Portanto é necessário que o órgão ministerial avalie o conteúdo das informações e se for o caso conceda os benefícios ou não.

O advogado do acusado, tem papel fundamental no instituto da colaboração premiada, uma vez que o mesmo deve ponderar se as concessões são realmente benéficas e se for o caso tentar mais benefícios em troca de demais informações, e facilitar a explicação ao colaborar.

De modo a conferir maior efetividade à colaboração premiada, tanto a autoridade policial, durante o inquérito policial, quanto o Ministério Público, a qualquer tempo, devem alertar os indiciados (e acusados) sobre a possível pena a que estarão sujeitos em caso de condenação e sobre

os benefícios que poderão obter em caso de colaboração efetiva (LIMA, 2017, p. 732).

Em razão do crime de organizações criminosas ser demasiadamente complexos e demorarem mais tempo para serem investigados, o legislador previu a possibilidade de suspensão por até seis meses, podendo ser prorrogados por mais seis meses, para análise das informações colhidas, resultantes do acordo de colaboração premiada, tal disposto se encontra no artigo nº4, parágrafo 3 da lei 12.038/13.

Como já mencionado, não há qualquer disposto em relação ao momento da celebração do acordo de colaboração, podendo ser no Inquérito policial, processo penal, ou mesmo após a sentença condenatória, sempre atendo ao preenchimento dos requisitos.

5. Eficácia da colaboração premiada para a obtenção de prova

A produção de provas em nossa legislação foi criada baseada em crimes rotineiros em nossa sociedade, como furto, roubo, agressão e outros, e os operadores do direito se acomodaram aos meios comuns de obtenção de prova, como a confissão do acusado, oitiva de testemunhas, documentos. Mas com o surgimento de novos tipos de crimes, especialização da criminalidade e atualização do crime organizado, foi necessário que tivesse mudanças, buscando meios mais eficazes para se combater este tipo de crime, pois os métodos tradicionais já não se mostravam eficazes.

A colaboração premiada segundo Mendonça (2016) é:

instrumento essencial para que se possa ter uma persecução penal eficiente em relação ao crime organizado e a delitos conexos, de difícil comprovação. [...] inclusive, pode-se afirmar que há uma tendência internacional em se reconhecer que, para enfrentamento da criminalidade organizada, em razão de suas características, necessita de meios excepcionais de investigação, diante da insuficiência dos métodos tradicionais.

O juiz no conhecimento do caso, apreciara e ira valorizar as informações prestadas pelo colaborador, com total discricionariedade, escolhendo qual beneficio ira aplicar de acordo com a efetiva participação do mesmo no processo, gravidade do delito, tamanho da lesão causada e levando em conta também a personalidade do colaborador, antecedentes criminais, repercussão do fato delituoso.

Os delitos cometidos por organização criminosas, em razão do sistema de pirâmide, lei do silêncio e divisão de tarefas que são comuns nesse tipo de crime, é demasiadamente difícil a identificação dos envolvidos e principalmente dos líderes dos grupos, portanto é óbvio que os capazes para fornecer informações valiosas são os próprios agentes do crime, Mendonça assim dispõe:

o colaborador é instrumento vital de defesa da sociedade e muitos casos importantes não seriam levados a julgamento – em especial envolvendo crime organizado – sem criminosos como colaboradores. [...]. A questão, portanto, não é se o colaborador deve ou não ser usado, mas sim quando e como (MENDONÇA, 2016, p. 233, grifos originais).

O instituto da colaboração premiada ainda sofre com enormes críticas, seja pelas supostas ofensas ao princípio da proporcionalidade ou igualdade, em razão da pena aplicada ao colaborador ser muito menor que a pena aplicada a outro envolvido que não participou, ou ainda pelo fato de não ter certeza das informações prestadas pelo colaborador, muitas vezes podendo vir a dar informações falsas, somente para obter o benefício.

Mas tais críticas não prosperam, uma vez que foram criadas medidas para evitar tais fatos, sendo que, se não for confirmado a veracidade das informações ou tal informação em nada agregou a investigação, a colaboração premiada não terá valor algum, perdendo os benefícios.

Além do que o instituto da colaboração premiada já se mostrou eficaz, tendo altos números de resoluções de crimes, algo impossível antigamente, conseguindo nomes, contas bancárias, bens móveis e imóveis, valores monetários, com mais facilidade, devido aos acordos produzidos.

Portanto embora as informações precisem ser comprovadas por outros meios de prova, o instituto da colaboração premiada veio para ficar e ajudar as autoridades, a buscar solução para os conflitos, sendo mais um meio de prova a auxiliar os operadores do direito e enfim dismantelar organizações criminosas enraizadas em nossas terras.

CONCLUSÃO

Destarte a importância na colaboração premiada é o reforço que vem ganhando nas investigações criminais, bem como tem se destacado o Estado com as delações premiadas, pois muitos crimes são difíceis de esclarecer sem a colaboração de alguém que participou, a fim de promover o seu

desmantelamento e a conseqüente paralisação de suas atividades, e finalmente cumprir seu papel constitucional de garantia de segurança haverá melhor compreensão sobre a colaboração da premiada, e melhor facilidade de entender como o poder judiciário agiria nas ocorrências.

Assim, após a realização do acordo entre o Ministério Público, o investigado e seu advogado, o acordo será assinado pelas partes e pelo advogado e será encaminhado ao Juiz para a homologação. O juiz analisará a regularidade a legalidade e a voluntariedade do acordo de Colaboração Premiada. O fato de o juiz homologar o acordo, não quer dizer que ele entenda que as declarações do investigado são verdadeiras.

O investigado deve colaborar de forma inequívoca, dizendo tudo o que sabe, sem mentir ou omitir os fatos de forma que se o investigado omitir ou mentir sobre algum ponto relevante dos fatos o acordo perde a validade e ele pode acabar sendo condenado normalmente se algum fato for descoberto mostrando que ele não agiu de boa fé no cumprimento do acordo de Colaboração Premiada.

Ninguém pode ser condenado com base somente em uma colaboração, a palavra do colaborador isoladamente não é suficiente para fundamentar a condenação criminal de qualquer outro investigado. É preciso que o colaborador indique outros elementos probatórios que indiquem que o que ele está dizendo é relativamente verdade. O colaborador precisa trazer elementos que demonstrem o seu vínculo com os demais investigados e que possam levar a demais provas de que os demais investigados de fato praticaram os crimes que o colaborador alega que eles tenham praticado.

Se ao final do processo o juiz entender que as provas obtidas pelo colaborador não foram relevantes para o desvendamento do caso ele pode condená-lo normalmente nas sanções e o acordo deixa de ter validade pelo fato de o investigado não ter cumprido a parte dele que era justamente oferecer provas capazes de fundamentar a condenação dos demais réus.

Ainda que os acordos de delação Premiada sejam extremamente importantes para o Estado tentar desvendar os crimes complexos próprios das organizações criminosas ele tem muitas limitações. Quando o estado for analisar qualquer tipo de acusação obtida a partir do acordo de Colaboração Premiada,

essa análise precisa ser feita com extrema cautela. Ainda que seja uma ferramenta extremamente útil e importante para as investigações é preciso que aquelas autoridades envolvidas nessas investigações tenham sempre a consciência e o cuidado sobre pena de acabar condenando inocentes.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Denis Menezes de. **Colaboração premiada desafios e perspectivas no BRASIL**. 2015. 25 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Tiradentes – Unit, Aracaju/se, 2015.

ARAS, Vladimir. **Origem do Instituto da Colaboração Premiada**. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2015/05/12/origem-do-instituto-da-colaboracao-premiada/> . Acesso em: 15 jan.2019.

BONOLDI, Márcia Maria Vargas Rojas. **A colaboração premiada e a sua repercussão no ordenamento jurídico**. 2015. 22 f. Curso de Curso de Especialização em Jurisdição Federa, Universidade Federal de Roraima, Brasília, 2015.

CUSTODIO, Bruno Alencar. **Colaboração premiada: direitos e garantias do delator a luz da LEI N° 12.850/13. Facider**: Revista Científica, Colíder / Mt, n. 09, p.01-15, set. 2016.

CROSSETTI, Maria da Graça Oliveira. **Revisão integrativa de pesquisa na enfermagem o rigor científico que lhe é exigido**, Porto Alegre – RS, Revista Gaúcha Enfermagem, v. 33, n. 2, p. 8-9, jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rgenf/v33n2/01.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2019.

DIPP G. **A “delação” ou colaboração premiada uma análise do instituto pela interpretação da lei**. Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP Brasília 2015 p. 01-80. Disponível no <http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks> 80 p. Acesso em: 17 jan. 2019.

GOMES, Luiz Flávio; DA SILVA, Marcelo Rodrigues. **Criminalidade organizada e justiça penal negociada: colaboração premiada**. São Paulo: Fides, 04 mai. 2015. Disponível em:

<<http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/211>>. Acesso em: 01 fev. 2019.

JESUS, Damásio de. **A adoção do instituto da colaboração premiada no direito penal.** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25988/a-adocao-do-instituto-da-delacao-premiada-no-direito-penal-brasileiro>, 2015. Acesso em: 18 fev. 2019.

LUZ, André Moreira de Abreu et al. **A colaboração premiada e processo penal brasileiro: Uma análise crítica.** *Virtua Jus*, Belo Horizonte, p.01-36, jul. 2017. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/16778/16778-60853-1>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

MAGALHÃES ML. **O instituto da colaboração premiada e seus aspectos jurídicos.** Universidade federal fluminense. Niterói 2016, p. 01-29.

MENDONÇA, Ana Paula Gadelha. **A Aplicabilidade da Colaboração premiada na Nova Lei De Crime Organizado (Lei 12.85013).** 2014. 22 f. Tese (Doutorado) - Curso de Pós-graduação Lato Sensu, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2014/trabalhos_22014/AnaPaulaGadelhaMendonca.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

NUNES NETO, José André. **A Lei de drogas (11.343/06) e a (in)constitucionalidade da colaboração premiada.** 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/57262/a-lei-de-drogas-11-343-06-e-a-in-constitucionalidade-da-delacao-premiada>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

RAMOS, Leandro Ferreira. **A colaboração premiada no direito penal brasileiro.** 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj053370.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

SILVA, Livia Mara Firmiano. **A origem da colaboração premiada e suas influências no ordenamento jurídico brasileiro.** 2017. 14 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito de Varginha, Varginha, 2017. Disponível em:

<<https://www.fadiva.edu.br/documentos/jusfadiva/2016/05.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2019.

ZAULI, Guilherme Sales Meira. **A prova no processo penal brasileiro: a natureza e o valor probante da colaboração premiada**. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59505/a-prova-no-processo-penal-brasileiro-a-natureza-e-o-valor-probante-da-delacao-premiada>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

DISTINÇÃO ENTRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA À LUZ DO CRITÉRIO CIENTÍFICO PROPOSTO POR AGNELO AMORIM FILHO

FRANCISCA MARCIA MOURA LOPES: Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogada militante na área civil e empresarial.

RESUMO: O estudo em alusão explícita a importância da distinção entre prescrição e decadência com base em dois grupos idealizados por Chiovenda: direitos a uma prestação e direitos potestativos com esteio em uma corrente ternária, que as dividiu em: ação condenatória, constitutiva e declaratória, deixando para trás a confusão criada pelo o *Códex* Civil antigo, pois, na verdade não se sabia distinguir quais seriam os prazos prescricionais e decadenciais conforme a sistemática daquele código, tendo em vista a falta de critério acarretando, ainda, como maior crítica a ser levantada neste trabalho, a definição errônea de prescrição. Foi inserido no presente artigo, um explicativo histórico. O intuito do artigo, em tela, é perfeitamente, oportuno, principalmente, para fluência na ordem jurídica, assim como facilitador no âmbito dos operadores do direito, premente da dificuldade pelos juristas na aplicação dos prazos extintivos da prescrição e decadência, tendo como solução um critério fácil de distinção entre elas, critério esse, que não se funda em empirismo, e sim, tão-somente, em método científico, facilitando em muito, a aplicação desses institutos. Sendo inseridos, ainda, neste trabalho a importância no caso do não enquadramento na normatização pátria se poderia haver um prejuízo de ordem jurídico-social. Traze-se, também, na temática abordada na presente conjuntura jurídica brasileira se o Código Civil adotou o critério científico de Agnelo Amorim Filho para distinguir prescrição de decadência, distinguindo-as pela causa e não pelo efeito. Essa abordagem vai mais além, pois, se expande fazendo uma relação com as ações, com os direitos a uma prestação com os direitos potestativos, inclusive com a imprescritibilidade, e ainda, com a *supressio e surrectio*

Palavra-chave: Prescrição, Decadência, Direito Civil; ações condenatórias, constitutivas, declaratórias; direitos potestativos.

ABSTRACT: The study in reference explains the importance of the distinction between the statute of limitation and the loss of procedural rights. It is based on two groups, brought up by Chiovenda: rights to relief and unilateral rights,

supported by a ternary train of thought, which is divided into: indemnity, declaratory and constitutive actions. This new concept leaves behind the confusion created by the Ancient Civil Codex, as it was not an easy task to distinguish the statute of limitation and loss of procedural rights in the referred Codex. This was due to the lack of criteria and moreover to the wrong definition of loss of statute of limitation. A brief history was also included in this paper. The aim of this article is perfectly appropriate to keep judiciary organization fluency and to help legal professionals, considering the difficulties in determining the prescriptive period deadlines of both the statute of limitation and the loss of procedural rights. The solution found in this paper was a scientific criterion that could establish a difference between the above mentioned deadlines. Such criterion was found to facilitate the use of both statute of limitation and loss of procedural rights. Also added to this paper is the importance of a case where non-compatibility of national laws could put the justice-social organization in jeopardy. Brought forth in this work, it is also shown if the present Civil Code adopted the scientific criterion by Agnelo Amorim Filho in order to distinguish loss of procedure rights from statute of limitation, then distinguishing them by cause and not by effect. The present approach goes beyond, because it is expanded, then relating the actions with the right to have a judicial relief, unilateral rights, imprescriptibility, and *suppressio* and *surrectio*.

Key words: statute of limitation; loss of procedural rights; civil law; indemnity, constitutive, declaratory actions; unilateral rights.

1 INTRODUÇÃO

Prescrição e Decadência são institutos relevantes e estão bem presentes nas discussões jurídicas contemporâneas do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que referidas discussões têm como base as polêmicas existentes na distinção dos dois institutos retromencionados, apesar de que, no momento atual, tal celeuma vem se aclarando por meio da conscientização de um critério científico proposto pelo Mestre Agnelo Amorim Filho^[1], já aceita pela nossa jurisprudência e pela maior parte dos doutrinadores brasileiros^[2], inclusive, adotado pelo Código Civil Brasileiro de 2002.

Inicialmente, deve-se registrar que não se tem a intenção, nesse trabalho, de exaurir toda a controvérsia existente sobre o tema objeto do presente artigo, e apenas, e tão-somente, minimizar os problemas na aplicação de cada instituto, procurando por outro lado, maximizar as técnicas científicas, com auxílio do Mestre citado acima, pois, até mesmo, um grande estudioso e dedicado ao assunto, CÂMARA LEAL, diz ser um dos problemas mais árduos de Teoria Geral do Direito Civil (FILHO *apud* LEAL, 1961, p.2) e ainda há outros que afirmam que são imprestáveis os vários critérios para distinguir os institutos.

Nesse contexto de divergências, nada mais salutar do que adotar um critério, não aceito apenas pela maior parte da doutrina, mas impingido pelo legislador pátrio, desde 1990, no Código de Defesa do Consumidor e em 2002 no Código Civil brasileiro, não empírico, mas sim científico, facilitando, em muito, a distinção entre Prescrição e Decadência, e assim, aplicando-o a cada caso com maior segurança.

Esse estudo irá proporcionar ao leitor a satisfação de seus questionamentos quanto às seguintes matérias: sem seu enquadramento na normatização pátria poderia haver um prejuízo de ordem jurídico-social? O Código Civil adotou o critério científico de Agnelo Amorim Filho para distinguir prescrição de decadência? Esse critério procura fazer a distinção entre Prescrição e Decadência pela causa ou pelo efeito? Para a aplicação correta da prescrição e decadência é necessário o conhecimento da natureza da ação? O Código Civil adotou a

classificação das ações ternária de Chiovenda ou quinária de Pontes de Miranda como critério de distinção da Prescrição e Decadência?

Todos esses questionamentos iremos tentar solucionar, aqui, nesse trabalho, procurando sempre aplicar a clássica Teoria do critério científico da distinção entre prescrição e decadência proposto por Agnelo Amorim Filho, em seu artigo: critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis na Revista de Direito Processual Civil em São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961. (RT 300/7 e RT 744/723), e assim, poder-se-á responder a todas as essas indagações de forma mais simples e segura.

2 PREÂMBULO HISTÓRICO

A origem da Prescrição, em sua expressão latina, - *praescriptio* -, que advém de outra construção *praescribere*, com a formatação *prae e scriberee*, tendo como significado escrever antes, ou no começo.

A Prescrição como integrante dos institutos jurídicos foi o que mais ficou submisso a especulações de caráter filosófico, sendo observado por CASSIODORO como protetora do gênero humano, pois traria uma garantia de segurança.

Em estudo desenvolvido por Silvio de Salvo Venosa, fazendo menção ao jurista ANTÔNIO LUÍS CÂMARA LEAL, que descreveu a história do conceito etimológico da Prescrição da seguinte forma:

Quando o pretor foi investido pela lei Aebutia, no ano 520 de Roma, do poder de criar ações não previstas no direito honorário, introduziu o uso de fixar prazo para sua duração, dando origem, assim, às chamadas ações temporárias, em contraposição com as ações de direito quiritário que eram perpétuas. Ao estabelecer que a ação era temporária, fazia o pretor precedê-la de parte introdutória chamada praescriptio, porque era escrita antes ou no começo da fórmula. Por uma evolução conceitual, o termo passou a significar extensivamente a matéria contida nessa parte preliminar da fórmula, surgindo então a aceção tradicional de extinção da ação pela expiração do prazo de sua duração(LEAL apud VENOSA,2007,p.524).

Retomando ao tema, Silvio Salvo Venosa conclui em seu artigo, em síntese histórica:

O instituto da prescrição era desconhecido no Direito Romano. Vigorava, a princípio, noção de perpetuidade das ações. Foi justamente com o período anual de jurisdição do pretor, como vimos na explicação etimológica, que surgiu a temporaneidade das ações. Surge, então, necessidade de delimitar o tempo dentro do qual as ações poderiam ser propostas, criando-se distinção entre ações perpétuas e temporárias.

Justiniano estabeleceu duas espécies de prescrição: (a) longis temporis praescriptio, que corresponde ao usucapio, que exige posse, justo título e boa-fé; (b) a longissimi temporis praescriptio, que era oponível em qualquer situação e não exigia nem posse nem justo título (LEAL apud VENOSA, 2007, p. 524)..

Tal instituto historicamente remonta ao tempo da lei das Doze Tábuas, no que diz respeito mais especificamente a usucapião, como bem registra o autor supracitado:

No direito de família, a noção completou-se. O casamento formal dos romanos - cum manu - obedecia a um rito, nas duas formas, a confarreatio e a coemptio. Se não fosse obedecida alguma das formalidades, haveria nulidade, mas o decurso do tempo sanava a irregularidade, caso tivesse havido convivência conjugal durante um ano. O usus, que era outra forma de união, pela Lei das XII Tábuas, consolidava-se ao fim de dois anos de convivência, daí surgindo a palavra usucapião, que pressupõe uma aquisição pela posse, com justo título e boa-fé. Praescriptio significava, como vimos, a propositura tardia de uma demanda, fora de qualquer questão possessória (LEAL apud VENOSA, 2007, p. 524)..

Em síntese, não se falavam em prazos extintivos de direitos ou pretensões, eram denominadas na época de ações perpétuas que geraram muita intranqüilidade na ordem jurídica. A partir do anseio da sociedade na busca da paz social o instituto da prescrição surgiu timidamente por meio das ações temporais com escopo de se afastar as incertezas nas relações negociais.

2.1 Visão cronológica dos institutos da prescrição e decadência

Fazendo um apanhado percuciente com rigor histórico imparcial, observamos que não foi no direito clássico ou romano primitivo que se concebeu o importante instituto da prescrição extintiva ou liberatória. No tempo da *legis actiones* (ações da lei) o mais antigo dos sistemas de processo civil romano, o convencional era a regra da perpetuidade das ações, sendo este um fenômeno usual, o qual nesse período não passou por transformações sistematizadas, tanto no âmbito jurisprudencial como no que concerne a correções legislativas.

Segundo o CÂMARA LEAL^[3] "a prescrição era desconhecida do Direito Romano pois vigia a perpetuidade das ações. Foi a época pretoriana que fez surgir às ações temporárias e, a necessidade de distingui-las das perpétuas" (LEAL *apud* LEITE).

CIMMA(1996, p.253) disse que: "a prescrição, tal como vigora nos direitos positivos modernos, deita suas raízes no direito romano pós-clássico e Justiniano, quando a exigência de certeza nas relações jurídicas se torna essencial na vida negocial, e então, se faz exprimir na legislação".

Enquanto AMELLOTI(1958,p.8) aduziu que há registro que apenas a partir dos tempos de Teodósio II foram introduzidos na via legislativa, limites temporais para o exercício do direito em juízo.

Em face da análise de GALLO(1996), aqui, já havia o que hoje é imposição do legislador, qual seja, mesmo após a prescrição, ou seja, após sua consumação se feito o pagamento da dívida, este era havido como válido e não autorizava o exercício da restituitória.

THEODORO JÚNIOR(2003): Podem ser elidido por renúncia e não impede os efeitos do pagamento após a consumação do prazo prescricional.

Os debates sobre prescrição tinham um caráter brando que não afetava a teoria romana, só vindo a ter uma discussão mais acentuada quando entrou em evidência o Código Italiano, o qual abandonou a tese de que a prescrição era a perda da ação pelo decurso de tempo, conforme declarado pelo Art.2.934, que são os próprios direitos que se extinguem.

Segundo Sílvio Venosa (2003,p.615), para Clóvis Beviláqua transmitida ao Código Civil Brasileiro de 1916 a "Prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não-uso delas, durante um determinado espaço de tempo."

Por fim, no que concerne ao Código Civil Pátrio de 2002, em meio às interpretações historicamente dispares entre o direito italiano e o direito alemão, o ordenamento jurídico brasileiro sobre a matéria, aqui, aduzida à tradição romanística incluso no Código Civil Alemão; a qual alinhou suas diretrizes com esteio em que a prescrição é aplicada como causa de extinção da pretensão.

No que concerne no instituto da decadência, vem do verbo latino *cadere*, que significa cair. No campo jurídico, conforme Sílvio Salvo Venosa(2007,p.524), indica a queda ou perecimento de direito pelo decurso do prazo fixado para seu exercício, com a inércia do titular em não ter exercido. Nunca chegou a ser trabalhado no direito romano, e só no século XIX é que o direito moderno assimilou e fundamentou suas bases.

3 DA IMPORTÂNCIA DOS INSTITUTOS DA PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA NO DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Historicamente, os institutos da prescrição e Decadência sempre foram considerados instrumentos que resguarda a segurança jurídica e paz social. Como bem afirma Fred Didier Jr (2007, p.260). "Trata-se, portanto, de instituto com dupla função: a) assegurar a estabilidade das relações sociais; b) servir de sanção ou castigo ao negligente titular do direito".

Portanto, o exercício de um direito não pode ficar a mercê de todos, de forma perpétua, há exceções, prevista em lei expressamente^[4], em se tratando de matérias relevantes, como por exemplo: na esfera penal no que se reporta ao crime de racismo, nas ações de grupos armados, contra a ordem constitucional e

o Estado Democrático de Direito e na esfera extra-penal: nas ações ressarcitória quando o ente lesado é o Estado, os bens públicos, já que não são atingidos pela prescrição aquisitiva da usucapião e exceções não estipuladas em lei expressamente, pois prescindem de determinação de prazo, em virtude da valoração dos bens, quais sejam: direitos da personalidade, como vida, nem, liberdade, honra, cidadania, nacionalidade, além, das pretensões de natureza declaratória que visam a obter certeza nas relações jurídicas, quando não há prazo previsto em lei e as ações constitutivas sem prazo especial.

Com o fim de evitar a perpetuação da incerteza, obstando, assim, a instabilidade social, o titular do direito deve exercê-lo dentro de um prazo que a lei estipular. Pois, não seria nada justo, por exemplo, o devedor de um débito ficar indefinitivamente aguardando se seu credor irá ou não cobrá-lo, trazendo para seio social toda uma intranqüilidade. Por essa razão o legislador moderno procurando corroborar com o Princípio da estabilidade social e segurança jurídica, reduziu drasticamente os prazos prescricionais, como o prazo de 30 anos (com alteração da lei passou para 20 anos) para ações pessoais, previsto no artigo 177 do Código Civil de 1916, para 10 anos previstos no Código Civil de 2002.

Silvio de Salvo Venosa nos traz uma lição interessante no que tange a importância da inserção das figuras da Prescrição e Decadência positivado no nosso ordenamento jurídico:

Num primeiro contato, e para os não iniciados na ciência jurídica, a prescrição pode parecer injusta, pois contraria o princípio segundo o qual quem deve e comprometeu-se precisa honrar as obrigações assumidas. Contudo, como pretendemos demonstrar, a prescrição é indispensável estabilidade das relações sociais. O adquirente de imóvel precisa ter essa aquisição estabilizada e não pode ficar sujeito indefinitivamente a eventual ação de reivindicação. Esse mesmo adquirente, ao efetuar o negócio, deve certificar-se de que a propriedade adquirida efetivamente pertence ao alienante e que, no prazo determinado por lei, esse bem não

tenha sofrido turbação. Não fosse assim, o adquirente nunca poderia ter certeza de estar adquirindo bem livre e desembaraçado, porque teria de investigar, retroativamente, por tempos imemoriais, as vicissitudes do bem que adquiriu. Não fosse o tempo determinado para o exercício dos direitos, toda pessoa teria de guardar indefinitivamente todos os documentos dos negócios realizados em sua vida, bem como das gerações anteriores (VENOSA, 2007, p.522).

Como vemos, sem o surgimento dos institutos em tela, haveria no seio da sociedade um grande prejuízo, afetando tanto a seara econômica, social e jurídica.

4 DA DIFERENÇA ENTRE PRESCRIÇÃO X SUPRESSIO X SURRECTIO (MODALIDADES DE ABUSO DO DIREITO)

Hoje, partimos da ideia que o negócio jurídico e o contrato só têm validade se tiver finalidade prática perante o sistema jurídico, ou seja, deve observar os Princípios da Justiça, da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana, corolários do Estado Democrático de Direito, arraigado na Carta Magna de 1988. Sendo, assim, depreende-se que o contrato não é mais um fim em si mesmo, é apenas, um instrumento de valores constitucionais, dando, assim, uma funcionalização ao negócio jurídico.

Destarte, tem-se que a teoria clássica dos Princípios que regem os contratos como: autonomia da vontade, obrigatoriedade (*pacta sunt servanda*) e relatividade dos efeitos, tais princípios sofreram uma conformação, uma ponderação da solidariedade, ou seja, há uma conformação entre o Princípio da liberdade e o Princípio da solidariedade. Portanto, podemos afirmar, que nos tempos hodiernos, há uma junção principiológica clássica e contemporânea em decorrência dos Princípios sociais, - boa-fé objetiva e função social. Princípios estes advindo de uma releitura daqueles Princípios.

A boa-fé objetiva, segundo BGB Treu Und Glauben define-a: quando duas pessoas agem perante a outra com lealdade e cooperação. É um paradigma (modelo de comportamento) exercendo três funções no ordenamento jurídico (função: interpretativa, integrativa e corretiva). Vejamos o que interessa ao tema que está sendo abordado:

Função corretiva - É uma forma de aplicação da boa-fé objetiva como maneira corretiva do abuso de direito. Sua finalidade seria conter os excessos para que o direito subjetivo seja exercido com razoabilidade. Enunciado 361 do CJF (Baliza o artigo 475 do CCB. Teoria do Adimplemento Substancial). Temos, como exemplo: *a venire contra factum proprium, surrectio, supressio, tu quoque, duty to mitigate the on lon.*

Cada modalidade acima citada tem o seu viés de peculiaridade, sendo, assim, descreveremos em uma abordagem sucinta e simples diferenciando, especificamente, a *Supressio* e *Surrectio* do instituto da Prescrição, uma vez que referidos institutos têm incomum a inércia de um direito por um decurso de tempo.

Nesse contexto a *supressio* e a *surrectio* cria uma expectativa na outra parte em virtude de uma omissão por um determinado tempo. Enquanto a *supressio* ^[5] é a omissão duradoura de um exercício de um direito que faz na outra a expectativa de confiança de que esse direito jamais será exercitado., isto é, quando alguém é titular de um direito subjetivo e este passará a ser suprimido pelo fato de não ter sido exercido. Na *surrectio* há o exercício continuado de uma situação jurídica que gerará uma situação de vantagem para outra parte em decorrência do não exercício de um determinado direito por outrem.

Destarte, a diferença básica é que na prescrição há prazos certos, determinados em lei, enquanto na *supressio* e *surrectio* não há prazo fixado para o exercício do direito subjetivo. Na prescrição basta que alguém não exerça sua pretensão em um determinado prazo estipulado em lei, e nas duas últimas figuras. Não basta o não exercício da pretensão, mas também que a omissão tenha gerado uma expectativa de confiança daquele direito que não foi exercitado ou, no que tange a *surrectio*, especificamente, fora exercido de modo contínuo em decorrência do não exercício do outro.

Nelson Rosenvald com maestria faz a distinção:

Enquanto na prescrição e na decadência os critérios decisivos são o transcurso do tempo e a inatividade de seu titular, a supressio demanda a confiança da contraparte, motivada pela inatividade do oponente a ponto de lhe trazer

a expectativa de que nunca exercitará o direito. Por isso que o tempo para a perda do direito não se submete a prazos rígidos(ROSENVALD,2008, p.522)

5 DOS DIREITOS E DAS CLASSIFICAÇÕES DAS AÇÕES COMO CRITÉRIO DE DISTINÇÃO ENTRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Antes de adentrarmos na classificação das ações é imprescindível conhecer os direitos subjetivos que irão nortear cada tipo de ação, dentre a divisão feita por Chiovenda, tais direitos se dividem em dois grupos, que serão o sustentáculo da distinção entre prescrição e decadência, quais sejam, em direitos potestativo e direitos a uma prestação. O primeiro traduz em um direito não submisso a uma prestação ou pretensão da outra parte, ou seja, basta a mera manifestação de vontade do titular do direito conferido por lei para que se crie um estado de sujeição para outrem, não há, aqui, um concurso de vontades, há, sim, uma vontade de alguém e uma sujeição de outro alguém, por isso, não sujeito a violação, logo, inadmissível seria condenação, porquanto, não se quer que quem está sofrendo a sujeição seja condenado a dar, fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Registre-se, ainda, que referidos direitos não estão necessariamente atrelado a uma ação, muito deles, podem ser exercitados independentemente de se recorrer a via judicial, ou seja, exercitam-se pela simples manifestação de vontade do titular do direito, como: revogação de mandato, aceitação de herança. Entretanto, há situações que são necessárias o ingresso de uma ação judicial para declarar o direito (ações necessárias), a exemplo, investigação de paternidade, anulação de um contrato e etc, e há, ainda, situações em que a outra parte não anui com a simples declaração de vontade do titular do direito, então, desta forma, ou seja, subsidiariamente, recorrer-se-á a seara judicial, são as chamadas ações subsidiárias, exemplificando, o direito que tem o doador de revogar uma doação quando o donatário não concorda. Portanto, em resumo, podemos afirmar, que os direitos potestativos podem ser exercidos independentemente de ação, subsidiariamente por ação ou necessariamente por ação.

Agnelo Amorim Filho conceitua de uma maneira didática os direitos potestativo:

(...) a principal característica dos direitos potestativos é o estado de sujeição que o seu exercício cria para outra ou

outras pessoas, independentemente da vontade dessas últimas, ou mesmo contra sua vontade. Assim, por exemplo, o mandatário, o donatário e os outros condôminos, sofrem os efeitos da extinção do mandato, da doação, e da comunhão, sem que possam se opor à realização do ato que produziu aqueles efeitos. No máximo, a pessoa que sofre a sujeição pode, em algumas hipóteses, se opor a que o ato seja realizado de determinada forma, mas nesse caso o titular do direito tem a faculdade de exercê-lo por outra forma. Ex.: divisão judicial, quando os demais condôminos não concordam com a divisão amigável(FILHO,1961.p.5)

Para abrilhantar, traz em seu primoroso artigo lições de VON TUHR:

Em princípio, quando se trata de modificar os limites entre duas esferas jurídicas, é necessário o acordo dos sujeitos interessados. A possibilidade que têm A e B de modificar suas relações jurídicas recíprocas, não pode, evidentemente, conceber-se como um direito, pois não pressupõe

mais que a capacidade geral de produzir efeitos jurídicos. Sem embargo, distinta é a situação quando A ou B têm a faculdade de realizar a modificação em virtude de sua só vontade. Tais faculdades são inumeráveis e ilimitadamente diversas, porém sempre se fundamentam em certos pressupostos exatamente determinados. Neste caso cabe falar de direitos; são os potestativos(THUR apud FILHO, 1961,p.5).

Por outro lado, temos os direitos a uma prestação que advêm de uma pretensão e visam uma obrigação de dar, fazer ou não fazer que estejam propensos à lesões, sendo estes violados, ter-se-á o direito à prestação(condenação) pela via judicial, diferentemente dos direitos potestativos que tanto podem ser exercido extrajudicialmente ou judicialmente, como acima abordado.

Diante do que foi delineado sobre os direitos potestativos e os direitos subjetivos a uma prestação, passaremos a correlacioná-los com os tipos de ações. Salutar pontuar que o Código Civil de 2002 não adotou a corrente quinária proposta por Pontes de Miranda para distinguir Prescrição de Decadência, adotando, assim, a corrente ternária de Chiovenda, classificando-as em condenatória, constitutiva e declaratória.

- **CONDENATÓRIA:** Procura reconhecer à existência de um direito a prestação (positiva ou negativa), prestação essa que equivale a uma condenação. Conforme Chiovenda esse tipo de ação é um meio de proteção a um direito a prestação, que são suscetíveis de violação (direitos a uma prestação). Fredie Didier(2007) traz a idéia que esse direito confere a alguém exigir de outrem o cumprimento de uma prestação, que pode consistir em um fazer, não fazer, dar coisa, ou pagar quantia certa. Porém, a atividade jurisdicional não se exaure com a certificação do direito subjetivo. A sua efetivação necessita de atividade executiva.

- **CONSTITUTIVA:** É uma ação que efetiva direito Potestativo (direito potestativo é o direito de poder alterar, criar ou extinguir situações jurídicas). Por outro lado, Chiovenda nos ensina que ação constitutiva é um meio de exercício daqueles direitos insusceptíveis de violação (direitos potestativos). O mestre Fredie Didier(2007) afirma que sua efetivação não necessita de atividade executiva, tal como a que exige para efetivação de um direito de prestação. A decisão que certifica um direito potestativo, já o efetiva com a simples implementação da nova situação jurídica almejada, sem necessidade que sejam praticados qualquer atos materiais subjetivo .

Agnelo Amorim Filho traz dentro do contexto do direito potestativo que o seu exercício deve ser por meio das ações constitutivas, são elas:

(..) das ações constitutivas. Têm elas por objetivo o exercício de duas categorias de direitos potestativos: a) - aqueles que, por medida de segurança dos negócios jurídicos, a lei não permite sejam exercidos mediante simples declaração de vontade, nem mesmo quando estão de acordo todos os interessados, inclusive aquele que sofre a "sujeição" (ações constitutivas necessárias, segundo a

terminologia adotada por CALAMANDREI). Ex.: as ações anulatórias de casamento; e b) - aqueles direitos potestativos que são exercidos por meio de ação apenas subsidiariamente isto é, quando os outros interessados não concordam em que eles sejam exercidos mediante simples declaração de vontade. Ex.: a ação de divisão(FILHO,1961,p.14).

O autor acima citado faz alusão a relação dos prazos decadenciais com as ações constitutivas, desde que tenha prazo especial fixado em lei, vejamos:

as únicas ações cuja não propositura implica na decadência do direito que lhes corresponde são as ações constitutivas que têm prazo especial de exercício fixado em lei; e apenas essas, pois –insista-se – a lei não fixa prazos gerais para o exercício de tais ações, a exemplo do que ocorre com as condenatórias (art. 205) . Finalmente, se , para estar o acerto daquelas conclusões, analisarmos os vários prazos especiais enumerados no art. 206 do Código Civil, verificaremos que todos aqueles classificados pela doutrina e pela jurisprudência como sendo prazos de decadência, correspondem, exatamente, a direitos potestativos e a ações constitutivas. Deste modo chegamos, por dedução, a esta segunda regra: os únicos direitos para os quais podem ser fixados prazos de decadência são os direitos potestativos e, assim, as únicas ações ligadas ao instituto da decadência são as ações constitutivas que têm prazo especial de exercício fixado em lei. (FILHO,1961,p.26).

- **DECLARATÓRIA:** Almeja certificar à existência ou inexistência de uma situação jurídica. A parte busca no judiciário, apenas, uma certificação subjetiva. Declara, conforme Fred Didier(2007), apenas, aquilo que estava eivado de incerteza jurídica em relação a existência ou inexistência jurídica .

Não se deve olvidar que tanto ação condenatória como a ação constitutiva têm um viés de declaratória, haja vista que as sentenças carregam cunho declaratório da existência de um direito. O que àquelas diferem da declaratória é que esta tem cunho eminentemente declaratório, ou seja, é puramente declaratória.

Portanto, alguns doutrinadores (CALAMANDREI; BUZAID; CASTRO *apud* FILHO, 1961, p. 30) conceituam a ação condenatória como ação de natureza mista, pois são condenatórias e declaratórias simultaneamente, ao passo que, a ação constitutiva, ao mesmo tempo, é declaratória e constitutiva. Corroborando com esse entendimento, Pontes de Miranda argumenta que na ação declaratória a eficácia de declarar é preponderante.

Interessante alerta faz Agnelo Amorim Filho sobre as ações de estado no sentido de orientar que as ações declaratórias por apenas declararem uma relação jurídica de existência ou inexistência não é obrigatória sua propositura para se ter certeza de algo que já existe, sendo, tão somente uma faculdade, pois não altera, não modifica nada no mundo jurídico, destarte, alguns doutrinadores, inclusive corrente majoritária, afirmam que as ações de estado são declaratórias. Nesse passo, concordo com a tese de Agnelo Amorim Filho e outros^[6], esses as denominam de ações aparentemente declaratórias, uma vez que não têm cunho eminentemente declaratório, pois como bem assevera o autor acima as declaratórias têm como característica a faculdade/voluntariedade, ou seja, não precisa ingressar com ação para se ter certeza jurídica se uma relação existe ou não, nem tão-pouco, para se ter a produção dos seus efeitos, pois, por si só os efeitos já se produzem automaticamente, já nas ações de estado é necessário para se ter os efeitos produzidos a impetração de uma ação judicial, mesmo que se tenha certeza da existência ou inexistência da relação jurídica posta. Portanto, cabível para situação seria ação constitutiva, como bem ensina o mestre Agnelo Amorim Filho:

as ações de estado não são declaratórias, e sim constitutivas (positivas ou negativas), e realmente elas se apresentam com as duas principais características das ações constitutivas: a) são meio de exercício de direitos potestativos (o direito à aquisição, modificação ou extinção

do estado, e aos efeitos daí decorrentes); e b) as sentenças nelas proferidas sempre criam um estado de "sujeição" para terceiros, independentemente do concurso da vontade destes, ou mesmo contra sua vontade. Aliás, as ações de estado não são apenas constitutivas – elas são constitutivas "obrigatórias" ou "necessárias"(FILHO,1961, p.36).

Quanto a imprescritibilidades das ações declaratórias são de fato imprescritíveis, prova melhor, é se indagar : se houvesse um prazo, seja decadencial ou prescricional, a ação deixaria de ser imprescritível? Nada adiantaria. Pois o escopo da prescrição e decadência é trazer tranqüilidade da ordem jurídica, e como as ações declaratórias não produzem qualquer efeito no mundo jurídico, isto é, qualquer alteração, já que a existência ou não existência da relação jurídica pré-existe a certeza jurídica que se quer alcançar, desnecessário se faz a fixação de prazos para esse tipo de ação. Por essas razões, podemos afirmar que não podemos correlacionar as ações declaratórias com prazos já que não são instrumentos de exercer pretensões e nem meios de exercícios de direitos potestativos.

Diante de tudo isso, a conclusão que se impõe é a seguinte: as ações declaratórias devem ser classificadas como ações imprescritíveis. E é esta ,realmente, a classificação dada pela maioria dos doutrinadores. Entre muitos eles: CHIOVENDA (Instituições, 1/62; Ensayos, 1/32); PONTES DEMIRANDA (Tratado de Direito Privado, vol. 6º, págs. 129, 130 e 285) e FERRARA (Da Simulação dos Negócios Jurídicos, pág. 458)²⁵.

Em suma, podemos concluir, de acordo com a classificação de Chiovenda, que os direitos a uma prestação estão intimamente relacionados com ação condenatória, e os direitos potestativos estão atrelados às ações constitutivas e declaratórias, sendo, essa conclusão toda a base para diferenciar prescrição de decadência, inclusive a imprescritibilidade das ações.

6 TERMO AQUO DO DIREITO E DA AÇÃO COMO CRITÉRIOS DISTINTIVOS ENTRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Aludem alguns doutrinadores^{[7].¹⁸¹} que a prescrição tem nascimento com ação, *actio nata*, quando violado determinado direito atual, sendo esta violação causa da ação. Agnelo Amorim Filho faz uma crítica a Teoria de Câmara Leal provando que a prescrição não nasce com ação, e nem , necessariamente , com a violação do direito, aliás, afirma o autor que a prescrição começa com a pretensão, sendo esta conceituada como poder de exigir de outrem, extrajudicialmente, uma prestação. Prova disso se faz, por meio, da dívida *querable*(o pagamento é feito no domicílio do devedor), art. 327 do Código Civil de 2002, ao qual correlacionou com um exemplo bastante interessante, qual seja, se o credor, em obrigações com prazo determinado, que esteja vencido, em que não se convencionou o local de pagamento e o devedor nunca se recusou a pagar, como vemos, não há violação ao

direito do credor, uma vez que o devedor não se opôs a pagar, mas há , expressamente, a possibilidade de exigência da prestação, haja vista o vencimento da dívida. Portanto, nesse momento, surgiu a pretensão para o credor de exigir a prestação do devedor, antes mesmo da lesão ao direito do credor. E assim, bem nos ensina o autor mencionado:

Note-se ainda, para melhor ressaltar a diferença, que a pretensão é um poder dirigido contra o sujeito passivo da relação de direito substancial, ao passo que a ação processual é poder dirigido contra o Estado, para que esse satisfaça a prestação jurisdicional a que está obrigado. A rigor, só quando a pretensão não é satisfeita pelo sujeito passivo, ou seja, só quando a sujeito passivo não atende a exigência do titular do direito, é que surge, como consequência, a ação, isto é, o poder de provocar a atividade jurisdicional do Estado. Em resumo: violado o direito (pessoal ou real), nasce a pretensão (ação material) contra o sujeito passivo; recusando-se o sujeito passivo a atender a pretensão, nasce a ação processual, com a qual se provoca a intervenção do Estado. E também há casos em que a pretensão nasce antes da violação do direito. É o que ocorre, por exemplo, nas obrigações subordinadas a prazo e nas

quais não se convencionou local para o pagamento (art. 327 do Cód. Civil):

(...)a ação não nasce diretamente da violação do direito, mas da recusa do obrigado em satisfazer a pretensão. E se quase nunca se atenta para tal circunstância, e se quase sempre se confunde pretensão com ação, é porque, na maioria dos casos, se propõe a ação processual (contra o Estado), sem se exercitar antes a pretensão contra o sujeito passivo da relação substancial, pois a lei não exige que uma só seja proposta depois de desatendida a outra (FILHO, 1961, p. 17,18).

Há divergência trabalhada pela doutrina:

Nas considerações feitas, e nas que se seguem, deve ficar ressaltado o ponto de vista daqueles que, abraçando a doutrina mais moderna - e talvez a mais acertada - vêem no direito de ação, rigorosamente, um direito de tal modo autônomo e abstrato, que preexiste à relação de direito substancial. Para esses, não há como falar em nascimento da ação, do mesmo modo que não se pode falar em carência de ação. Para eles, a recusa do sujeito passivo em satisfazer a pretensão não determina o nascimento da ação, pois essa já existia. Tal recusa apenas representa uma das condições para o exercício da ação formulada por CHIOVENDA, concluir-se-á, fácil e irretorquivelmente, que só os direitos da primeira categoria, (isto é, os "direitos a uma prestação"), conduzem à prescrição, pois somente eles são suscetíveis de lesão ou de violação, e somente eles dão origem a pretensões, conforme ficou amplamente demonstrado. Por outro lado, os da segunda categoria, isto é, os direitos potestativos - (que são, por definição, "direitos sem pretensão", ou "direitos sem prestação", e que se caracterizam, exatamente, pelo fato de serem insuscetíveis de lesão ou violação) - não podem jamais, por isso mesmo, dar origem a um prazo prescricional (FILHO, 1961, p.19)

7 NATUREZA DA AÇÃO COMO CAUSA DO CRITÉRIO DE DISTINÇÃO ENTRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Temos como critério seguro para diferenciar os dois institutos acima, além da imprescritibilidade, a natureza da ação, ou seja, partimos da causa e não do efeito. Portanto, a partir da classificação de Chiovenda podemos concluir no que tange aos grupos de direito, só os direitos a uma prestação que estão propensos a uma violação e os que são protegidos por meio de uma ação condenatória estão sujeitos a prescrição, por outro lado, os direitos potestativos, jamais, poder-se-á relacionar com as ações condenatórias, porquanto não são suscetíveis de violação ou lesão, portanto, nunca incidirá sobre eles o instituto da prescrição, e sim, a figura da decadência ou da perpetuidade. Agnelo Amorim (1961) em sua excelente obra enfatiza: "Deste modo, fixada a noção de que o nascimento da pretensão e o início do prazo prescricional são fatos correlatos, que se correspondem como causa e efeito, e articulando-se tal noção com aquela classificação dos direitos"

8 DECADÊNCIA

O mais interessante é saber que os prazos sujeitos a decadência extinguem o direito, e por conseqüente, de forma indireta extingue a ação, - já que o direito não sobrevive -, enquanto os prazos sujeitos a prescrição não extingue nem o direito e nem a ação, extingue, na verdade, a eficácia da ação.

(...) tanto na decadência quanto na prescrição a ação (judicial) não é atingida de modo direto, e sim, indiretamente. De modo direto são atingidos o direito (na decadência) e a pretensão (na prescrição)

Assim, pode-se dizer, com relação aos direitos potestativos subordinados a prazo, que o prazo não é fixado, propriamente, para a propositura da ação, mas para o exercício do direito. E se quase sempre não se atenta para essa circunstância é porque, na maioria dos casos, tais direitos, quando subordinados a prazo, se exercitam por meio de ação. Também se verifica a situação inversa: há direitos potestativos que se exercitam (facultativa ou mesmo obrigatoriamente) por meio de ação, mas,

apesar disso, não estão subordinados a prazo. Exemplos: os direitos potestativos exercitados por meio das ações de divisão e investigatória de paternidade(FILHO,1961,p.24).

Em matéria de decadência, não se fala em perda da pretensão, e sim, em perda do direito por não reclamá-lo no prazo prefixado em lei. Ressalte-se, que o direito, aqui, pontuado trata-se de direito potestativo.

Então, o que seria direito potestativo? Na lição de Cristiano Chaves: *são exercidos através de mera manifestação de vontade do próprio titular, independentemente da submissão de terceiros, inadmitem os direitos potestativos violação e, via de consequência, não trazem consigo pretensão(típica de direitos subjetivos – que, por isso, submetem-se a prazos prescricionais).* Na mesma linha, dando enfoque aos tipos de ações o autor de renome faz uma breve distinção entre prescrição e decadência, vejamos:

Noutra dimensão, é de ser sublinhado que a prescrição está associada às ações condenatórias (nas quais se materializam as prescrições), enquanto a decadência atrela-se às ações constitutivas (em que o pedido é caracterizado pelo exercício. de um direito cujo exercício dependerá do próprio titular apenas)(CHAVES,2008, p.575).

Todavia, o mais importante e fundamental em matéria de decadência, é saber, que quando a lei não determina prazo para que um direito potestativo seja exercitado, esse direito não caduca (exemplo: separação e divórcio) e, muito menos, prescreve, visto que não está submetido aos prazos extintivos.

9 AÇÕES IMPRECRITÍVEIS

Sabemos que a regra é que as ações são prescritíveis, mas há ações que não estão sujeitas a limite de tempo, como os direitos potestativos em que a lei não tenha fixado prazo para exercê-lo, daí decorre que as ações puramente declaratórias e as ações constitutivas, sem prazo especial, são imprescritíveis ou perpétuas, denominação esta mais apropriada, já que envolve ações que não se sujeitam a prazos prescricionais e nem decadenciais, a exemplo, das ações meramente declaratórias e aquelas ações constitutivas³² que, não tem prazos especiais, sujeitas a tão somente, aos prazos decadenciais, como pontua Silvio Rodrigues(207, p.347). O insigne Agnelo Amorim Filho faz alusão que

doutrinadores e jurisprudência generalizam a expressão imprescritível quando na verdade a terminologia correta deveria ser ações perpétuas.

10 CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou demonstrar de forma modesta a grande lição deixada pelo insigne e saudoso jurista Agnelo Amorim Filho que nos deixou um legado de enorme importância social que orienta os mais diversos estudiosos do direito, dentre eles doutrinadores de renome, e o mais importante, foi adotado pelo legislador brasileiro, por meio da lei 10.406/2002, trazendo, assim, uma relevante contribuição a ordem jurídica brasileira, descomplicando e desembaraçando todos os percalços deixado pelo código civil de 1916 que deu a matéria um tratamento assistemático tratando todos os prazos extintivos como prescricionais.

Por outro lado, Miguel Reale,- o idealizador do Código Civil de 2002-, ele deu outro norte, partiu de três diretrizes: eticidade, sociabilidade e operabilidade (facilitação do Código Civil), tendo dado para esta última, como exemplo, o tratamento sistemático e criterioso da prescrição e decadência.

É de fundamental importância que os institutos de um Estado Democrático de Direito sejam aplicados de forma fluente e segura, que traga acima de tudo a paz social, e uma das maiores colaboração para essa tranquilidade foi distinguir ação de pretensão, deixando para trás o conceito de prescrição de Clóvis Beviláqua(prescrição é a extinção da ação), pois enquanto a pretensão surge como um direito de exercitar uma reclamação perante o Estado-Juiz, e se não exercitada, por um período estipulado por lei, ela se extingue pelo fenômeno chamado

prescrição, a ação, ao revés, subsiste, pois, é um direito subjetivo autônomo, abstrato, de caráter eminentemente processual, não se podendo, jamais negá-lo, pois corolário das garantias e direitos fundamentais da Carta da República Federativa do Brasil de 1988.

O ponto de maior dificuldade entre os estudiosos do direito é: como saber se um prazo é decadencial ou prescricional? Mas é simples, claro que para chegar a essa conclusão, passamos primeiro por toda Teoria de Agnelo Amorim Filho para concluir que prescricionais vão ser os prazos fixados nos artigos 205(regra

geral de 10 anos) ou os específicos do dispositivo 206, todos do Código Civil Brasileiro, estando, com certeza, atrelados as ações condenatórias.

Em outro giro, temos todos os demais prazos como decadenciais atinentes às ações constitutivas, e não havendo prazo pré-fixado para aquele determinado direito não estará submetido à extinção caso não exercite o seu direito. Além de se afirmar, que as ações declaratórias nada há de se falar em sujeições de prazos, sendo sempre perpétuas.

Como percebemos, o mestre paraibano sintetizou todo seu estudo da forma mais simples e didática possível afirmando que não há ações condenatórias perpétuas, ou seja, imprescritíveis, nem tão-pouco, sujeito a decadência, concluiu-se que estão sujeitas apenas a prescrição, tendo em vista o direito a uma prestação. Já as ações constitutivas estão sujeitas a decadência jamais a prescrição, uma vez que o direito em tela é potestativo. E por último, as ações declaratórias não estão sujeitas a prazo nenhum, já que não modificam, nem criam ou nem extingue direito, apenas, declara algo que já existe ou não existe, logo, não seria conveniente o legislador fixar prazo para esse tipo de ação.

Por essas razões, o objetivo desse trabalho é procurar conscientizar e propagar que existe um método simples, fácil e seguro de maximizar as técnicas de aplicação e possibilitar, ao mesmo tempo, minimizar as celeumas existentes que envolve os institutos da prescrição e decadência, reduzindo, assim, a necessidade premente da dificuldade pelos juristas na aplicação dos aludidos prazos extintivos, que na verdade, como bem coloca Marcelo Marques Roncaglia(2006) que as regras atinentes à contagem dos prazos prescricionais e decadenciais devem ser claras, não acarretando maiores desafios hermenêuticos.

10 REFERÊNCIAS

AMELLOTI, Mario. **A prescrição da Ação no Direito Romano**.Milano,1958

CIMA, Maria Rosa. **Prescrição e Decadência no Direito Romano**.Torino,1996

Constituição Federal de 1988.Vade Mecum.São Paulo: Rideel, 2009.

SHIGUEMITSU, Jorge Fujia e SCAVONE, Luiz Antônio. **Comentário ao Código Civil**.

FILHO, Agnelo Amorim (RT 300/7 e RT 744/723). **Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis.** Revista de Direito Processual Civil. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961. Disponível em <http://pt.scribd.com/doc/15092015/criterio-cientifico-para-distinguir-a-prescricao-da-decadencia-e-para-identificar-as-acoes-imprescritiveis>. Acesso em agosto de 2010

Froehlich, Charles Andrade. **Prescrição e decadência no novo código civil de 2002.** Disponível no site <http://jus.uol.com.br/revista/texto/4895/prescricao-e-decadencia-no-novo-codigo-civil-2002/2>. Acesso 28/10/2010

GALLO, Paulo. **Prescrição e Decadência em Direito Comparado.** Torino, 1996.

JÚNIOR, Fredie Didier. **Curso de direito Processual Civil.** 7ed. Salvador:PODIVM, 2007, VI.2.

JÚNIOR, Fredie Didier. **Curso de direito Processual Civil.** 7.ed. Salvador:PODIVM, 2007, VI.4.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Alguns Aspectos Relevantes da Prescrição e Decadência do Código Civil.** 2003.

JÚNIOR, Nelson Nery ; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado.** 7ª ed. RT. 2009

LEITE, Gisele. **A controvérsia sobre a prescrição e decadência em face do Novo Código Civil.** Disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=274. Acesso em 10/10/2010

REALE, Miguel **Visão geral do Projeto do Código Civil.** Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/index.html>> Acesso em 08.10.03

RONCAGLIA, Marcelo Marques. **Ainda a Prescrição e a Decadência: a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e a Segurança Jurídica.** Revista Dialética do Direito tributário. 2006

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Parte Geral**, 34ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 1º vol. 2007.

ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves. **Direito Civil. Teoria Geral**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SHIGUEMITSU, Jorge Fujia e SCAVONE, Luiz Antônio. **Comentário ao Código Civil**.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Prescrição e Decadência**. Disponível em <<http://www.leonildocorrea.adv.br/curso/civil41.htm>>. Acesso 20/10/2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil . Parte Geral**. 7ª edição,. São Paulo: Jurid atlas 2007.

BASTOS, Maurício <http://www.mauricio.bastos.nom.br/juiz-do-trabalho-substituto/1460-segunda-fase-do-maranhao.html>. Acesso 11/11/2010.

[1] **FILHO, Agnelo Amorim. Revista de Direito Processual Civil. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961. (RT 300/7 e RT 744/723.**

[2] JÚNIOR, Fredie Didier. Curso de Direito Processual Civil. 7ª Ed. Salvador: PODIVM, 2007, VI.4, p.260 e JÚNIOR, Nelson Nery ; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 7ª Ed. São Paulo: RT. 2009

[3] LEITE, Gisele. A controvérsia sobre a prescrição e decadência em face do Novo Código Civil. Disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=274. Acesso em 10/10/2010

[4] Registre-se, conforme veremos adiante, de acordo com o critério adotado por Agnelo Amorim Filho que uma pretensão para ser perpétua basta saber a natureza da ação

[5] *Um exemplo típico é o uso de área comum por condômino em regime de exclusividade por período de tempo considerável, que implica a supressão da pretensão de reintegração por parte do condomínio como um todo. Os alemães identificam a hipótese como de Verwirkung. O seu conteúdo seria o de um **direito** não exercido durante lapso de tempo razoavelmente largo e que, por*

*conta desta inatividade perderia sua eficácia, não podendo mais ser exercitado. A razão desta supressão seria a de que teria o comportamento da parte gerado em outra a representação de que o **direito** não seria mais atuado.*(BASTOS<http://www.mauricio.bastos.nom.br/juiz-do-trabalho-substituto/1460-segunda-fase-do-maranhao.html>.Acesso11/11/2010).

[6] ⁶Eduardo Couture, por exemplo, situa as ações de estado entre as constitutivas necessárias (Fundamentos del derecho procesal civil, 2. ed., p. 221; Ricardo Reimundin (Derecho procesal civil, p. 112) considera as ações de estado como tipicamente constitutivas, e Vicente Ráo admite que há algumas ações de estado que são declarativas e outras, constitutivas (O Direito e a vida dos direitos, v. 2.º, t. 3.º, p. 194)

[7] Câmara Leal afirma, peremptoriamente:sem exigibilidade do direito, quando ameaçado ou violado, ou não satisfeita sua obrigação correlata, não há ação a ser exercitada; e, sem o nascimento desta, pela necessidade de garantia e proteção ao direito, não pode haver prescrição, porque esta tem por condição primária a existência da ação.

[8] Nelson Nery: A fórmula oferecida por Câmara Leal, segundo a qual a decadência extingue direito,enquanto a prescrição extinguiria ação, não é suficiente para explicar a complexidade do fenômeno, e mais do que isso, está superada pelo texto do CC189, que fala expressamente que a prescrição extingue a pretensão de direito material e não a ação(2009,p.397)

O FIM DA SEGUNDA INSTÂNCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

WANDUIL ANTONIO DA SILVA:

Resumo: O autor analisa o tempo gasto nos julgamentos dos processos tributários, no período de 2007 a 2011, com valor superior a R\$ 400.000,00, na primeira e segunda instância administrativa do Distrito Federal (134 processos e montante de R\$ 0,97 bilhão), tendo observado que os tempos médios são de 1,16 e 2,63 anos, respectivamente. A situação é tão crítica que há processo que demorou quase onze anos (10,99 anos) só para concluir as fases de julgamento. Na amostra tem processos não julgados (11), que representam 15,36% do montante, com prazos médios de 1,35 e 6,65 anos na primeira e segunda instância, respectivamente, sendo que no pior caso o processo foi iniciado há aproximadamente 15 anos. Como a inscrição em dívida ativa só ocorre após a decisão final do julgamento administrativo, este prazo é mais que suficiente para a empresa desaparecer sem ser enquadrada como alienação fraudulenta. Analisa ainda tempos gastos com outros fatores que influenciam no caminhar do processo administrativo. Com base na doutrina e jurisprudência, sugere o fim da segunda instância administrativa ou sua substituição por uma estrutura mais eficiente.

Palavras-chave: Processo administrativo. Julgamento. Tributário. Duplo grau.

Abstract: The author analyzes the time spent in trials of tax proceedings, in the period between 2007 and 2011, with a value greater than R\$ 400,000.00, in the first and second administrative instance of the Federal District (134 cases and amount of R\$ 0.97 billion), observing that the average times are 1.16 and 2.63 years, respectively. The situation is so critical that there is a process that took almost eleven years (10.99 years) just to complete the phases of judgment. In the sample there are unjudged cases (11), which represent 15.36% of the amount, with average terms of 1.35 and 6.65 years in the first and second instance, respectively, and in the worst case the process was started approximately 15 years ago. As the active debt registration only occurs after the final decision of the administrative judgment, this deadline is more than enough for the company to disappear without being framed as fraudulent disposal. It also analyzes times spent on other factors which influence the progress of the administrative process. Based on the doctrine and jurisprudence, it suggests the end of the second administrative instance or its replacement by a more efficient structure.

Keywords: Administrative process. Judgment. Tributary. Double degree.

Sumário: Introdução. I – O retrato da situação. II – Outros fatores que afetam o andamento do processo. III – Posição dos doutrinadores e dos tribunais. IV – Repensando o PAF. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Trata-se de resumo de estudo de caso encaminhado ao Secretário de Fazenda do Distrito Federal em 14/07/2017, com planilhas que demonstram as situações envolvendo uma amostra de 134 processos, de 2007 a 2011, com valores superiores a R\$ 400.000,00, que seguiram para a segunda instância administrativa.

O presente trabalho teve como objetivo verificar os tempos médios gastos nos julgamentos de primeira e segunda instância e demais problemas referentes ao andamento dos processos administrativos tributários no Distrito Federal e suas respectivas implicações legais.

Para embasar as sugestões no final do estudo, realizou-se a pesquisa da Legislação Tributária, Legislação Processual Administrativa Tributária do DF, Lei dos Juizados Especiais, Constituição Federal, bem como pesquisa bibliográfica, abordando as opiniões de renomados doutrinadores e decisões jurisprudenciais, que trouxe clareza sobre o tema em estudo.

Após a introdução, é apresentado um retrato da situação dos processos objetos da amostra, em seguida faz-se uma análise de demais fatores que retardam o andamento do processo.

Depois de analisar a posição dos doutrinadores e dos tribunais sobre o julgamento administrativo tributário, tem-se o respaldo para apresentar sugestões para melhorar a eficiência do julgamento administrativo tributário. Ao final, conclui-se pela desnecessidade da segunda instância na forma hoje existente.

I – O RETRATO DA SITUAÇÃO

Analisando tempos gastos nos julgamentos dos processos que passaram pela primeira instância administrativa (GEJUC) de 2007 a 2011 e seguiram para o

Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais (TARF), via Recurso Voluntário, cujo valor supera R\$ 400.000,00, (134 processos que totalizam aproximadamente o montante de R\$ 0,97 bilhão), podemos observar que o tempo médio de julgamento no TARF é 2,63 anos, contra 1,16 da GEJUC, e esta relação poderia piorar caso não tivesse havido desistência de contribuintes de recursos interpostos (8 processos) e os processos ainda não julgados (11 processos) demorem a ser concluídos.

Se olharmos somente os processos não julgados (11), podemos observar que eles representam 15,36% do montante e tem um prazo médio de TARF, até a presente data, de 6,65 anos, e prazo médio GEJUC de 1,35. Dentre estes tem processo que foi autuado há aproximadamente 15 anos.

Se verificarmos os processos que estão no TARF há mais de 3 anos (32,09% dos processos e 57,72% do montante), onde temos todos os onze pendentes de julgamento e cinco dos oito em que houve desistência do recurso, perfazendo um tempo médio de 5,10 anos no TARF e 1,25 na GEJUC.

Pode se observar que quanto maior o valor do processo, maior a demora no julgamento do TARF. Isto não se justifica, visto que a quantidade de processos na primeira instância é bem superior, pois muitos não chegam ao TARF, quer seja por ter decisão favorável ao contribuinte e o valor reduzido ser menor que o exigido para o reexame necessário, quer seja porque o contribuinte não interpôs recurso voluntário.

Para se ter uma ideia desta proporção, no período em análise, o percentual médio de processos que passaram pela GEJUC e chegaram ao TARF foi de 26,52%, no entanto, se desconsiderarmos os processos repetitivos o percentual médio cai para 15,56%.

Reitere-se que os números obtidos pela GEJUC foram com efetivo inferior (em média, nove julgadores) ao do TARF, dez conselheiros (art. 53^[1] da Lei 657 de 25/01/94), até junho/2011 e quatorze após tal período (art. 86^[2] da Lei 4.567 de 09/05/2011), o que torna os tempos médios do TARF ainda piores, sem contar que em muitas decisões, só confirmam a da primeira instância.

Outro ponto a se considerar é que, com a Lei 4.567/2011, passou-se a julgar a impugnação e não mais o auto de infração, e aumentou-se o número de

membros do TARF, dentre outras alterações, que deveriam trazer mais celeridade no julgamento, no entanto, se observarmos o tempo médio do TARF nos processos após maio de 2011 (2,36 anos), vemos que este não mudou muito em relação à média geral (2,63), e, nesta situação, não dá para comparar os prazos da GEJUC com o TARF, por estarem em situação jurídicas diferentes, visto que a amostra só vai até 2011 e a quantidade de processo julgados pela GEJUC após a referida Lei é insignificante.

A situação é tão crítica que se observarmos o prazo total de julgamento administrativo, vemos que teve processo que demorou quase onze anos (10,99 anos) para ser concluído, sem contar a fase de preparo processual. Como a inscrição em dívida ativa só ocorre após o julgamento administrativo, este prazo é mais que suficiente para a empresa desaparecer sem ser enquadrada como alienação fraudulenta (art. 201 c/c art. 185 do CTN^[3]).

Se levarmos em consideração que após o trânsito em julgado administrativo o contribuinte ainda pode recorrer ao Judiciário, vemos o imenso prejuízo para arrecadação que esta demora traz.

II – OUTROS FATORES QUE AFETAM O ANDAMENTO DO PROCESSO

Pesam ainda em desfavor do processo administrativo o fato de todos os prazos da administração serem impróprios, por exemplo:

- a) uma diligência, embora seja emitida com prazo determinado, (Lei 657/1994 – § 4º do art. 24^[4] e Lei 4.567/2011 – art. 7º^[5]) nada acontecesse se este for descumprido, o que contribui para alongar os prazos para o julgamento;
- b) a inobservância nos prazos de tramitação, onde, no pior caso, o processo ficou “parado” na GEJUC, após a decisão, por 1.288 dias (3,53 anos), quando o normal aceitável seria em torno de no máximo 100 dias (art. 12, incisos II e III^[6] do Decreto nº 33.269, de 18 de outubro de 2011 – RPAF, c/c arts. 69 e 70 do RPAF^[7]) e mais 40 dias de tolerância administrativa. No entanto, na amostra selecionada só 63% dos processos atendem este critério. Fatos estes que contribuíram em muito para o aumento do tempo médio de julgamento na GEJUC;

- c) a demora do processo para chegar à primeira instância de julgamento administrativo, sendo que na amostra o pior caso foi em torno de 9 anos, o que se espera tenha sido corrigido com a Lei 4.567/2011, que reduziu bastante o preparo processual, no entanto, para verificar esta premissa, só fazendo novo estudo.

Já no Judiciário os únicos prazos impróprios são os do juiz. Os demais prazos, uma vez não obedecidos pelas partes, leva ao encerramento do processo.

Obviamente que existem diversos outros fatores que afetam o julgamento administrativo, no entanto, entendo que para a situação em análise estes são os principais.

III – POSIÇÃO DOS DOUTRINADORES E DOS TRIBUNAIS

Veja que diversos doutrinadores já apontam para o problema dos julgamentos administrativos, como ineficientes e que só procrastinam a demanda em prejuízo do estado.

A este respeito, RAMÓN VALDÉS COSTA (1984)^[8] propõe que toda lide tributária deveria ser apreciada somente pelo Poder Judiciário. Proposição esta que tem por princípio fundamental de que ninguém pode ser juiz em causa própria.

Porém, por ser a obra anterior a nossa Constituição, esta poderia estar em desacordo com os incisos XXIV, alínea "a" e LV, do artigo 5º^[9], os quais segundo vários doutrinadores garante a litigância administrativa, visto que quem peticiona tem direito a uma resposta e para tanto o processo deve ser analisado obedecidos a ampla defesa e o contraditório.

Já MARIA DO SOCORRO CARVALHO BRITO (2003)^[10] conclui em seu artigo que o processo administrativo tributário brasileiro, apesar de condignamente concebido pela Carta Magna, ainda se apresenta tímido, sem alcançar, vastamente, o seu fim maior, que é realizar a justiça administrativa, afastando a discricionariedade do órgão tributante e a arbitrariedade.

No entendimento da autora, a justiça administrativa não vem sendo alcançada, dentre outros problemas, quer seja pela morosidade no julgamento...

quer seja, ainda, porque, considerando que o nosso sistema adota a teoria dualista, que implica em processos autônomos nas esferas administrativa e judicial, ao cabo do processo administrativo... o contribuinte se utilizará das vias judiciais, repetindo todo o processo. Entende que se faz necessário repensar o contencioso administrativo em vigor em nosso país, pois, da forma como posto nas mais variadas leis existentes, a justiça administrativa, para o qual se propõe, constitui mais um entrave à célere solução da controvérsia tributária.

Veja que enquanto Valdés Costa propõe uma alternativa de solução, Carvalho Brito se limita a apontar os problemas, mas em uma coisa pode se observar a concordância de ambos, que é: O processo Administrativo Tributário precisa ser repensado.

Outro ponto a ser considerado é a não obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição na esfera administrativa. É grande a confusão feita entre o "princípio da ampla defesa", com a instância única, devendo se esclarecer que uma coisa não exclui a outra, veja que o princípio da ampla defesa, como bem expõe a Professora Renata Malta Vilas-Bôas^[11]:

"Princípio da Ampla Defesa tem como fundamento o direito de alegar fatos relevantes juridicamente e a possibilidade de comprová-los por quaisquer meios de prova em direito permitido.

Podemos assim concluir que, para que a parte possa usufruir desses dois princípios em tela é preciso que se tenha ciência dos atos praticados pela outra parte..."

Portanto, uma vez dada ciência ao contribuinte e aberto o prazo legal para que este, observando o princípio da eventualidade, apresente todas as alegações de defesa que julgue relevante, não há que se falar em desrespeito ao princípio da ampla defesa.

No mesmo sentido nos ensina o Professor Jorge de Miranda Magalhães^[12]

"...entende não se poder admitir a relação processual sem a presença do réu, que a ela deve ser chamado, seria absolutamente inócuo o regramento se, comparecendo a juízo para se defender, e opor-se à pretensão do autor, o réu não pudesse, em juízo deduzir toda a prova de seu interesse.

Daí ser chamada de pleonástica a expressão 'ampla defesa', já que toda defesa, como garantia constitucional, deve ser a mais ampla possível, inadmitindo-se a sua prévia limitação."

Por conseguinte, se o contribuinte tem oportunidade de opor a pretensão do autor sem que lhe seja imposta nenhuma limitação, a não ser a temporal, sendo lhe disponibilizado todas as provas em que se baseia a pretensão do estado, não há, também, que se falar em violação ao princípio da ampla defesa.

Vale lembrar que o princípio do duplo grau de jurisdição não é princípio constitucional como quer fazer crer alguns doutrinadores, como bem coloca João Batista do Rêgo Júnior, em artigo publicado no site: <http://ambitojuridico.com.br>,^[13] onde afirma que o que houve, na realidade, foi uma "desconstitucionalização" do referido princípio, visto que estava previsto na constituição imperial de 1824 (art. 158) e não foi replicado nas demais constituições.

Ressalte-se que já existe inclusive posicionamento judicial sobre o assunto admitindo instância única no processo administrativo:

"STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AgRg no REsp 1279053 AM 2011/0220846-2 (STJ)

Data de publicação: 16/03/2012

*Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PENA DE PERDIMENTO DE BENS. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DECRETO-LEI Nº 1.455 /76. DECISÃO IRRECORRÍVEL DO MINISTRO DA FAZENDA. AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA. AGRAVO IMPROVIDO. I - Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento segundo o qual **"não há, na Constituição de 1988, garantia de duplo grau de jurisdição administrativa"** (RMS 22064/MS, Rel. Ministro VASCO DELLAGIUSTINA, DJe 05/10/2011). II - Não se incompatibiliza com o ordenamento jurídico pátrio, que não prevê o duplo grau obrigatório na instância administrativa, a previsão contida no § 4º do art. 57 do Decreto-Lei nº 1.455/76 de decretação de pena de perdimento de bens em processo administrativo, por decisão irrecorrível do Ministro da Fazenda. III - A Lei nº 9.784 /99, que dispõe que das*

decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito, porque de caráter geral, não teve o condão de derrogar o Decreto-Lei nº 1.455/76, que regula procedimento administrativo específico relacionado à pena de perdimento de bens.IV - Prevendo o artigo 69 da Lei nº 9.784 /99 que os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei, não há, pois, falar em derrogação dos preceitos do Decreto-Lei nº 1.455 /76.V - Agravo regimental a que se nega provimento.” (grifo nosso)

Este assunto chegou ao STJ que negou seguimento ao STF com base na sumula 279 do STF “**Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.**”, por se tratar de ofensa indireta a constituição.

Como se vê, já houve pronunciamento do STJ, sobre a legalidade da instância única nos processos administrativos. De forma idêntica, em processos judiciais, pronunciou-se o STF a respeito do duplo grau de jurisdição, como bem ensina o Professor Sérgio Massaru Takoi^[14], citando acórdãos dos ministros: Moreira Alves, Sepulveda Pertence e Joaquim Barbosa.

Portanto, se o duplo grau de jurisdição não é obrigatório nem nos processos judiciais, muito menos nos administrativos.

Mas não bastasse isto, o STF também já se pronunciou a respeito, dizendo inexistir assento constitucional o duplo grau de jurisdição no processo administrativo tributário.

*“09/12/2016 SEGUNDA TURMA
AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 976.178 PARANÁ
RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI
AGTE.(S): SANDOZ DO BRASIL INDUSTRIA FARMACEUTICA
LTDA
ADV.(A/S): SILVIA MARIA COSTA BREGA
AGDO.(A/S): UNIÃO*

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

EMENTA

Agravo regimental. Tributário. Pena de perdimento. Duplo grau de jurisdição. Inexistência de assento constitucional. Inafastabilidade da jurisdição. Devido processo legal. Ofensa reflexa.

1. Segundo a jurisprudência da Corte, não há no ordenamento jurídico brasileiro a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição. A afronta aos princípios do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição, em termos processuais, configura, via de regra, apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual de 2 a 8/12/2016, na conformidade da ata do julgamento, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator."

Brasília, 9 de dezembro de 2016.

MINISTRO DIAS TOFFOLI – Relator

Conforme se observa, com base nos doutrinadores e na jurisprudência, tanto do STJ quanto do STF, a manutenção do duplo grau de jurisdição administrativa é uma prerrogativa da administração.

IV – REPENSANDO O PAF

No sentido de afastar a discricionariedade e a arbitrariedade do órgão tributante citado por Carvalho Brito, criou-se a estrutura do Tribunal Administrativo Fiscal, com representantes da Fazenda e dos Contribuintes. No entanto, não necessariamente, a união de forças opostas produz o equilíbrio e, conforme demonstrado, este "cabo de guerra" está trazendo prejuízo para a administração, protelando em muito a entrada de recursos.

Deve-se ressaltar ainda que tal estrutura:

- a) é cara, onde os cofres públicos arcam com as despesas de diversos cargos comissionados e outras específicas dos tribunais;
- b) foi testada e reprovada na justiça trabalhista onde havia os juízes classistas (vide: A [emenda constitucional nº 24](#), de 09 de dezembro de 1999), sendo que estudo da ANPEC (Associação Nacional dos Centros de Pós-Graduação em Economia) aponta melhora nos índices de eficiência na justiça trabalhista com a extinção dos juízes classistas[15].

O que a administração almeja, que é um julgamento imparcial e célere, não está sendo alcançado e penso que isto só ocorrerá com um juiz verdadeiramente imparcial.

Isto posto, tendo por base os doutrinadores e as jurisprudências acima relacionadas, bem como, uma análise dos tempos gastos nas instâncias administrativas de julgamento do DF, Tem-se o respaldo para as sugestões estruturais a seguir expostas:

1. extinção do TARF, visto ser uma estrutura cara, ultrapassada e ineficiente;
2. caso entenda pela necessidade de manutenção de uma segunda instância administrativa:
 - a. que seja criada uma estrutura similar a adotada pela Lei 9.099 de 26/09/1995 (artigos 41 a 42)[16], isto é, os recursos seriam julgados na primeira instância, por uma turma de três julgadores;
 - b. atribuição, de efeito somente devolutivo aos recursos, nos moldes do artigo 43 da Lei 9.099/1995[17] e artigo 151 inciso III do CTN[18], já que este diz que a suspensão é nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo, portanto, se a lei processual estabelecer que as reclamações, por regra, suspendem a exigibilidade do crédito tributário e os recursos só em situações especiais, não estará em desacordo com o referido comando do CTN. Ressalte-se, que tal situação traz um enorme benefício ao Estado e nenhum prejuízo ao contribuinte, visto que o CTN em seu artigo 203[19] em consonância com o § 8º do artigo 2º da Lei 6.830 de 22/09/1980 (Lei da Execução Fiscal - LEF)[20] permitem que a Certidão de Dívida Ativa

seja emendada ou substituída, até a decisão de primeira instância, assegurando ao executado a devolução do prazo para embargos. Portanto, se após a conclusão do processo administrativo a Certidão for alterada esta poderá ser substituída sem nenhum prejuízo ao contribuinte. Salvo outras exceções, entendo que seria o caso de efeito suspensivo o reexame necessário e os embargos de declaração, nos moldes da Lei 9.099/1995 (arts. 48 a 50).[\[21\]](#).

Claro que estas são apenas algumas situações que poderiam ser implementadas, obviamente, fazendo, periodicamente uma reavaliação dos resultados conseguidos, para verificar a efetividade das medidas.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, pode se concluir que o processo administrativo tributário é bastante ineficiente em especial em sua segunda instância, a qual deveria ser suprimida ou, na pior das hipóteses, adotada a forma utilizada pelos juizados especiais, de modo a dar celeridade e permitir que as demandas sigam logo para o Judiciário que é quem detém a competência para realmente decidir.

Ainda que os fatos aqui narrados se refiram ao Distrito Federal, é bem provável que, nas demais unidades da federação, a situação não seja tão diferente.

Referências:

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017.

BRASIL. Emenda constitucional nº 24, de 09 de dezembro de 1999. Altera dispositivos pertinentes à representação classistas na Justiça do Trabalho. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc24.htm>. Acesso em: 21 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Lei da Execução Fiscal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 set. 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BRITO, Maria do Socorro Carvalho. O processo administrativo tributário no sistema brasileiro e a sua eficácia. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 66, 1 jun. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4112/o-processo-administrativo-tributario-no-sistema-brasileiro-e-a-sua-eficacia>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

DISTRITO FEDERAL. Lei nº 657, de 25 de janeiro de 1994. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal contencioso e voluntário. **Diário Oficial do Distrito Federal**, Brasília, DF, 26 jan. 1994. Disponível em: <[>. Acesso em: 06 jun. 2017.](http://www.fazenda.df.gov.br//aplicacoes/legislacao/legislacao/TelaSaidaDocumento.cfm?txtNumero=657&txtAno=1994&txtTipo=5&txtParte=.)

DISTRITO FEDERAL. Lei nº 4.567, de 09 de maio de 2011. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal contencioso e voluntário. **Diário Oficial do Distrito Federal**, Brasília, DF, 11 mai. 2011. Disponível em: <[>. Acesso em: 06 jun. 2017.](http://www.fazenda.df.gov.br//aplicacoes/legislacao/legislacao/TelaSaidaDocumento.cfm?txtNumero=4567&txtAno=2011&txtTipo=5&txtParte=.)

DISTRITO FEDERAL. Decreto nº 33.269, de 18 de outubro de 2011. Regulamenta o processo administrativo fiscal contencioso e voluntário. **Diário Oficial do Distrito Federal**, Brasília, DF, 19 out. 2011. Disponível em: <[>. Acesso em: 14 jun. 2017.](http://www.fazenda.df.gov.br/aplicacoes/legislacao/legislacao/TelaSaidaDocumento.cfm?txtNumero=33269&txtAno=2011&txtTipo=6&txtParte=.)

MAGALHÃES, Jorge de Miranda. Princípios Gerais do Direito no Processo Civil. In: **Revista da EMERJ**, v.2, n.5, 1999. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista05/revista05_150.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

RÊGO JÚNIOR, João Batista do. Breve apontamento a respeito da (des) obrigatoriedade da dupla instância administrativa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 124, abr 2014. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14782>. Acesso em: 03 jul. 2017.

SCHWENGBER, Silvane B.; SOUSA, Maria da C. S. de. Mensurando o custo eficiência na justiça do trabalho ganhos de escala e o tradoff entre o 1º e 2º grau a abordagem de fronteira de custo estocástica. In: **Encontros 2006**, Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/encontro2006/artigos/A06A029.pdf>> acesso em: 18 de out. 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental no Recurso Especial 1279053-AM. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em 05 de julho de 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 976178-PR. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em 05 de julho de 2017.

TAKOI, Sérgio Massaru. O princípio do duplo grau de jurisdição é materialmente constitucional? In: **07/01/2015**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-do-duplo-grau-de-jurisdicao-e-materialmente-constitucional/14851>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

VILAS-BÔAS, Renata Princípios constitucionais do Direito Processual Civil. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande Malta, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10180&revista_caderno=21>. Acesso em: 14 jun. 2017.

NOTAS:

[1] Art. 53 - O Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais é integrado por dez conselheiros efetivos e igual número de suplentes, de reconhecida competência e possuidores de conhecimentos especializados em assuntos tributários, sendo cinco representantes da Fazenda do Distrito Federal e cinco representantes dos contribuintes, todos nomeados pelo Governador para mandato de três anos, admitida a recondução.

[2] Art. 86. O TARF é integrado por quatorze conselheiros efetivos e igual número de suplentes, de reconhecida competência e possuidores de conhecimentos especializados em assuntos tributários, sendo sete representantes da Fazenda do Distrito Federal e sete representantes dos contribuintes, todos nomeados pelo Governador do Distrito Federal para mandato de 3 (três) anos, admitida uma única recondução, a critério da autoridade competente.

[3] Art. 201. Constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular.

Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

[4] Art. 24 - Findo o preparo, o processo será encaminhado no prazo de 5 (cinco) dias à autoridade julgadora de primeira instância, que terá 20 (vinte) dias para decidir.

...

§ 4º Na apreciação dos autos, a autoridade julgadora poderá formular para a réplica os quesitos que entender necessários, de cumprimento obrigatório pelo autuante, que se manifestará no prazo de dez dias.

[5] Art. 7º Os atos serão praticados no prazo de 30 (trinta) dias, salvo disposição em contrário.

[6] Art. 12. Considera-se feita a intimação:

...

II – na data da ciência no aviso de recebimento, na hipótese do art. 11, II, ou, se a data for omitida, 15 (quinze) dias após a data da postagem da intimação nos correios;

III – 15 (quinze) dias após a publicação no DODF, observado o disposto no § 2º;

[7] Art. 69. Da decisão de primeira instância contrária ao sujeito passivo caberá recurso voluntário, com efeito suspensivo, ao Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da ciência.

Art. 70. A autoridade julgadora de primeira instância encaminhará os autos para reexame necessário, no prazo de 30 (trinta) dias, ao Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais, se a decisão exonerar o sujeito passivo de crédito tributário de valor superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a ser monetariamente atualizado, na forma da legislação específica.

NOTA: FICA ATUALIZADO PARA R\$ 14.823,22 - O VALOR PREVISTO NESTE ARTIGO 70 – CONFORME ARTIGO 13, PARÁGRAFO ÚNICO DO ATO DECLARATÓRIO SUREC Nº 106 DE 19/12/2017 – DODF DE 21/12/2017 – EFEITOS A PARTIR DE 1º/01/2018.

[8] COSTA, Ramón Valdés. A Codificação Tributária na América Latina (tradução de Brandão Machado). Direito Tributário - Estudos em Homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira (coord. Brandão Machado), São Paulo: Saraiva, 1984.

[9] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

LV - 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;

[10] BRITO, Maria do Socorro Carvalho. O processo administrativo tributário no sistema brasileiro e a sua eficácia. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 66, 1 jun. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4112/o-processo-administrativo-tributario-no-sistema-brasileiro-e-a-sua-eficacia>>. Acessado em jun/2017.

[11] VILAS-BÔAS, Renata Princípios constitucionais do Direito Processual Civil. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande Malta, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10180&revista_caderno=21> . Acesso em jun/2017.

[12] MAGALHÃES, Jorge de Miranda. Princípios Gerais do Direito no Processo Civil. In: Revista da EMERJ, v.2, n.5, 1999. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista05/revista05_150.pdf. Acesso em jun/2017.

[13] RÊGO JÚNIOR, João Batista do. Breve apontamento a respeito da (des) obrigatoriedade da dupla instância administrativa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVII, n. 124, abr 2014. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14782>. Acesso em jul 2017.

[14] TAKOI, Sérgio Massaru. O princípio do duplo grau de jurisdição é materialmente constitucional? In: 07/01/2015. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-do-duplo-grau-de-jurisdicao-e-materialmente-constitucional/14851>. Acesso em jul/2017.

[15] "...A maioria dos Tribunais aumentou a eficiência nos últimos anos sendo a extinção dos juizes classistas possivelmente um dos fatores." (Resumo)

"...Há uma melhora na eficiência nos últimos três anos, em geral, para todas as regiões, o que pode também ser atribuído à redução do número de juizes com a extinção dos juizes classistas." (pag. 16)

"...Uma das explicações para uma melhora da eficiência nos últimos três anos pode ser a extinção dos juizes classistas." (pag. 17)

<http://www.anpec.org.br/encontro2006/artigos/A06A029.pdf> acesso em: 18/10/18.

[16] Art. 41. Da sentença, excetuada a homologatória de conciliação ou laudo arbitral, caberá recurso para o próprio Juizado.

§ 1º O recurso será julgado por uma turma composta por três Juízes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado.

§ 2º No recurso, as partes serão obrigatoriamente representadas por advogado.

Art. 42. O recurso será interposto no prazo de dez dias, contados da ciência da sentença, por petição escrita, da qual constarão as razões e o pedido do recorrente.

§ 1º O preparo será feito, independentemente de intimação, nas quarenta e oito horas seguintes à interposição, sob pena de deserção.

§ 2º Após o preparo, a Secretaria intimará o recorrido para oferecer resposta escrita no prazo de dez dias.

[17] Art. 43. O recurso terá somente efeito devolutivo, podendo o Juiz dar-lhe efeito suspensivo, para evitar dano irreparável para a parte.

[18] Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

...

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

[19] Art. 203. A omissão de quaisquer dos requisitos previstos no artigo anterior, ou o erro a eles relativo, são causas de nulidade da inscrição e do processo de cobrança dela decorrente, mas a nulidade poderá ser sanada até a decisão de primeira instância, mediante substituição da certidão nula, devolvido ao sujeito passivo, acusado ou interessado o prazo para defesa, que somente poderá versar sobre a parte modificada.

[20] art. 2º ...

§ 8º - Até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos.

^[21]Art. 48. Caberão embargos de declaração contra sentença ou acórdão nos casos previstos no Código de Processo Civil. (Redação dada pela Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

Parágrafo único. Os erros materiais podem ser corrigidos de ofício.

Art. 49. Os embargos de declaração serão interpostos por escrito ou oralmente, no prazo de cinco dias, contados da ciência da decisão.

Art. 50. Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de recurso. (Redação dada pela Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

NECESSIDADE REAL DE CABIMENTO DE DENUNCIÇÃO DA LIDE EM JUIZADOS ESPECIAIS AFETO A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

DOUGLAS BELANDA: Advogado Corporativo em São Paulo/SP, tendo ocupado o cargo de Secretário da Comissão de Departamento Jurídico da OAB/SP, Seccional de Pinheiros/SP. Foi Membro da Comissão de Instituições Financeiras e Comissão de Direito do Consumidor da OAB/SP. Graduado em Direito pela FMU/SP, com especialização em Contratos e Operações Bancárias pela FGV/SP, Pós-graduado em Direito Constitucional pela FMU/SP, com MBA em Administração de Empresas pela mesma Universidade. Ademais, foi Aluno Ouvinte do Mestrado em Direito Civil na PUC/SP, bem como, Aluno Especial do Mestrado em Processo Civil na USP. É autor de artigos jurídicos e corporativos em revistas especializadas.

O Poder Judiciário brasileiro é correto e assertivo, com estruturas fortes e democráticas ao extremo, incluindo profissionais bem gabaritados e pensadores do direito e função social, em sentido lato. Em outras palavras, quem advoga ou interage com Poder Judiciário admira a capacidade técnica dos operadores do direito no Brasil e robusta legislação, fato.

Ocorre que, em que pese tal grande qualidade de nossos juristas e legisladores, temos pontos no direito que não coincidem com a agilidade e presteza no atendimento aos consulentes, sendo a denúncia da lide e responsabilidade solidária ponto controverso ao falarmos de Juizado Especial, na íntegra.

Nosso Juizado Especial (Lei nº 9.099/95), foca na necessidade de agilizar o atendimento jurisdicional já em consonância com novo CPC, entretanto, de modo peculiar “protege” a suposta impossibilidade quanto a denúncia da LIDE no JEC (Artigo 10º - Lei 9.099/95), sobre cunho de agilizar todo o entorno processual e simplificação dos atos. Observe que, possibilitar Ação de Regresso (Art. 13 do CDC) em sede de Juizado Especial não reflete, por si só, a agilidade e segurança

processual nas demandas com responsabilidade solidária (Art. 18 do CDC), todavia, com um único ente demandado no polo processual.

Em cenário de democracia e século XXI, é inconcebível um ente (Pessoa Física ou Jurídica), sofrer processo judicial na qualidade de réu no Juizado Especial e, mesmo sabendo do titular assertivo para constar no polo passivo (seja responsabilidade solidária ou não), ficar impossibilitado de trazer tal ente diretamente ao processo via denúncia da lide, por artigo cravado em bojo de tal lei federal (9.099/95).

Vide, por analogia tão somente, o artigo Art. 264 do Código Civil:

“ Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda... ”.

Quanto certa proibição da denúncia da LIDE em sede de Juizado Especial, temos o disposto no artigo 10 da Lei nº 9.099/95, em que temos:

Art. 10. Não se admitirá, no processo, qualquer forma de intervenção de terceiro nem de assistência. Admitir-se-á o litisconsórcio.

Ora, vivemos falando na qualidade de juristas quanto melhorar a efetividade da Justiça, mas por outro lado, proibimos que o réu aponte em sede de Juizado Especial o devido culpado ou ente correto para constar no polo passivo da ação judicial? Sem dúvidas, esse ponto da denúncia da lide em JEC é medida ímpar que deve ser revista por todo Poder Judiciário, por justamente estar ocasionando insegurança jurídica, tumulto em alguns casos e mais despesa ao Poder Judiciário.

Cito que, a possibilidade de denúncia da LIDE não atrasa um processo e torna referido complexo ou difícil de ser analisado, mas sim, eventual lentidão na justiça ou falta de estrutura cabalmente ocasiona tal desgasto para a sociedade. Pensando novamente em efetividade da justiça, nada mais crível do que permitir denúncia da lide em JEC para agilizar a prestação judicial ao consulente e, ainda, evitar novo processo judicial ou regresso do réu equivocadamente lesado ante responsabilidade solidária.

Note que, ser coerente em âmbito de Juizado Especial é autorizar doravante a famosa denúncia da lide, justamente para que seja posto em juízo os entes

correlacionados e assertivos para determinada ação judicial, aproveitando a instrução processual uma e não postergando o caso ou criando futura e nova ação judicial, em casos de responsabilidade solidária e outros.