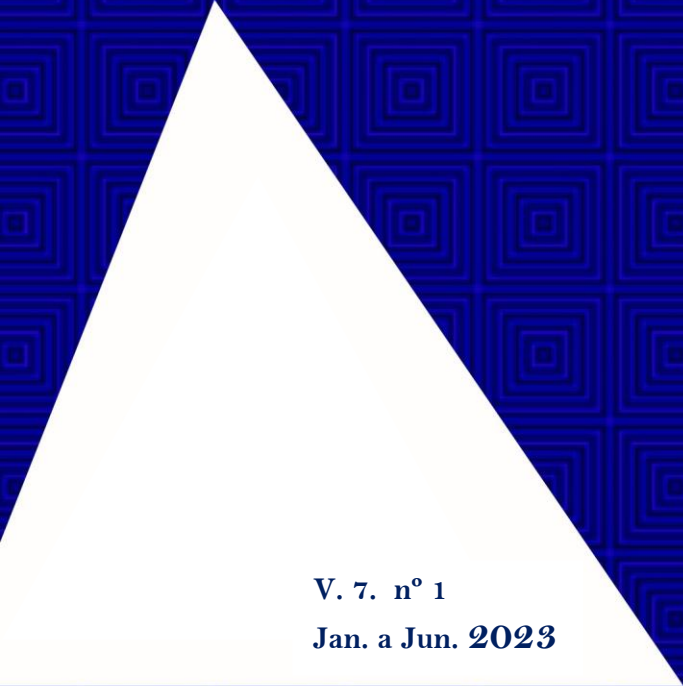
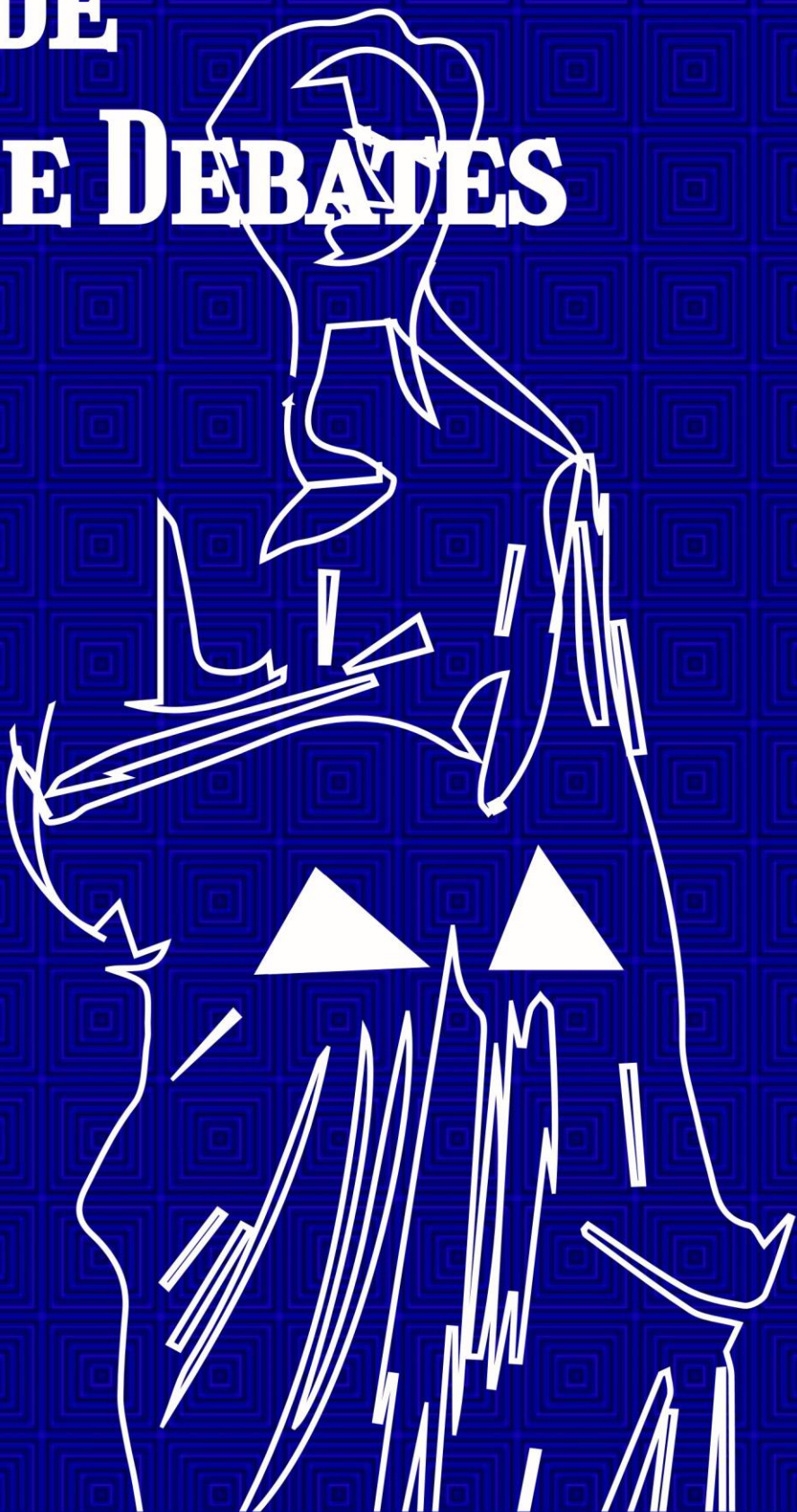

REVISTA DE ESTUDOS E DEBATES



V. 7. nº 1
Jan. a Jun. 2023



CEDES

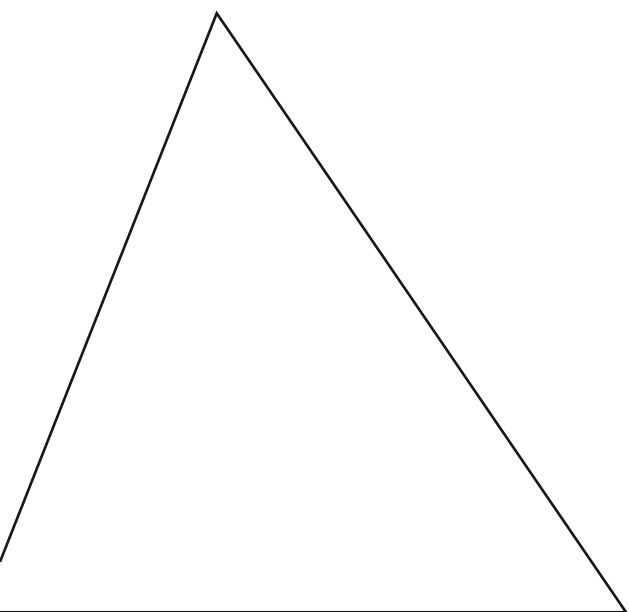
CENTRO DE ESTUDOS E DEBATES

ISSN 2525-2984



REVISTA DE ESTUDOS E DEBATES

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



CEDES

Centro de Estudos e Debates

Centro de Estudos e Debates – CEDES – 2023-2024

Diretor-Geral

Desembargador CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA

Diretor da Área de Direito Privado

Desembargador LUCIANO SABOIA RINALDI DE CARVALHO

Diretor da Área Criminal

Desembargador MARCELO CASTRO ANÁTOCLES DA SILVA FERREIRA

Diretor da Área de Direito Público

Desembargador RICARDO ALBERTO PEREIRA

Magistrados integrantes do CEDES

Desembargadora ANA CRISTINA NASCIF DIB MIGUEL

Juiz PAULO ASSED ESTEFAN

Juiz LUIZ ALBERTO CARVALHO ALVES

Juiz ANDRÉ RICARDO DE FRANCISCIS RAMOS

Juiz MARCEL LAGUNA DUQUE ESTRADA

Juíza REGINA HELENA FÁBREGAS FERREIRA

Juíza MARIA PAULA GOUVEA GALHARDO

Juíza ANA PAULA NICOLAU CABO

Juiz PAULO MELLO FEIJÓ

Juíza SIMONE DE ARAÚJO ROLIM

Juíza ANA PAULA MONTE FIGUEIREDO PENA BARROS

Juiz GILBERTO DE MELLO NOGUEIRA ABDELHAY JÚNIOR

Juiz MARCOS AUGUSTO RAMOS PEIXOTO

Juiz JOÃO MARCOS DE CASTELLO BRANCO FANTINATO

Juiz LEONARDO DE CASTRO GOMES

Juiz ALBERTO SALOMÃO JUNIOR

Juíza LÚCIA MOTHÉ GLIOCHE

Juiz RUBENS ROBERTO REBELLO CASARA

Juiz ALEXANDRE OLIVEIRA CAMACHO DE FRANÇA

Juíza ANNA ELIZA DUARTE DIAB JORGE

Juiz MARCOS ANTÔNIO RIBEIRO DE MOURA BRITO

Juíza FERNANDA GALLIZA DO AMARAL

Juiz WLADIMIR HUNGRIA

Juíza DANIELA BARBOSA ASSUMPÇÃO DE SOUZA

Juíza LUCIANA FIALA DE SIQUEIRA CARVALHO

Juíza MARCIA CORREIA HOLLANDA

Juiz RAFAEL ESTRELA NÓBREGA

Juíza JULIANA KALICHSZTEIN

Juíza SIMONE LOPES DA COSTA

Juiz FELIPE CARVALHO GONÇALVES DA SILVA

Juiz ALBERTO FRAGA

Juíza ROBERTA BARROUIN CARVALHO DE SOUZA

Juiz BRUNO MONTEIRO RULIÈRE

Juiz DANIEL WERNECK COTTA

Juiz BRUNO ARTHUR MAZZA VACCARI M. MANFRENATTI

Juíza LETÍCIA D'AIUTO DE MORAES FERREIRA MICHELLI

Revista de Estudos e Debates. V. 7 – n. 1
ISSN 2525-2984

Capa:

Laura Pinheiro Design Gráfico

Diagramação:

CEDES

Expediente:

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Estudos e Debates - CEDES

Av. Erasmo Braga, 115, sala 413 - Bloco F - Lâmina I

Centro - 20.026-090 - Rio de Janeiro - RJ

(21) 3133-4407 - cedes@tjrj.jus.br

SÚMÁRIO

- VI **APRESENTAÇÃO**
Carlos Santos de Oliveira
- 8 **O CONCEITO DO ACESSO À JUSTIÇA: UMA BREVE PERSPECTIVA DIGITAL**
Luciano Silva Barreto
Angela Dias Mendes
- 24 **A UNIVERSIDADE MEDIEVAL: O ENSINO DO DIREITO ENTRE O PODER POLÍTICO E O ESPIRITUAL**
João Marcos de Castello Branco Fantinato
- 37 **O OFERECIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP) SUGESTÃO DE UM ENUNCIADO SUMULAR**
Daniela Barbosa Assumpção de Souza
- 44 **O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E O SEU OBJETO – CABIMENTO NA SEARA PENAL E PROCESSUAL PENAL**
Anderson de Paiva Gabriel
Felipe Carvalho Gonçalves da Silva
- 72 **A MODULAÇÃO DE EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA E OS SEUS PARÂMETROS: A SEGURANÇA JURÍDICA E O EXCEPCIONAL INTERESSE SOCIAL**
Luiz Alberto Gurgel de Faria
Thiago Holanda González
- 96 **A SUCUMBÊNCIA DA FAZENDA PÚBLICA NA EXECUÇÃO FISCAL E A OBRIGATORIEDADE DO RESSARCIMENTO DOS CUSTOS DO EXECUTADO COM A MANUTENÇÃO DO SEGURO-GARANTIA OU DA FIANÇA BANCÁRIA**
Julcira Maria de Mello Vianna Lisboa
Guilherme Paes de Barros Geraldi
- 125 **A LEI Nº. 14.173/2023 E A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA EM SITUAÇÕES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR**
Ana Beatriz Caetano da Silva dos Santos
- 144 **JUSTIÇA RESTAURATIVA E AS POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO NO DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL**
Benita Carlos Guedes da Fonseca

Apresentação

Des. Carlos Santos de Oliveira
Diretor-Geral do CEDES

O **Centro de Estudos e Debates** tem a grata satisfação de dar à estampa a décima terceira edição de sua Revista semestral. Não imagina o leitor o grau de sacrifícios empreendidos pela atual diretoria para trazer à lume este exemplar, o qual se tornou realidade graças ao excelente conjunto de colaboradores que, sem qualquer ônus, ofereceu seus artigos, fator de engrandecimento de nossa publicação.

Nesse passo de dificuldades, contexto em que não haverá quem não se encontre assoberbado por tarefas sem fim, vemos desaparecer a utopia futurista tão cara a Wells, a Verne, a Azimov e a tantos outros, que asseguravam para breve a diminuição completa do esforço humano na luta pela sobrevivência. O que se vê é o justo contrário desse sonho naufragado, com o tecnicismo, no lugar de aliviar o indivíduo, escravizando-o ainda mais.

Diante dessa inexorável realidade, é, portanto, infinita nossa gratidão para com aqueles que gentilmente nos cederam seus escritos.

O texto que abre o presente volume, é de autoria do **Desembargador Luciano Silva Barreto**, integrante da 2ª Câmara Criminal e que já chefiou a Área Criminal do CEDES, e da advogada **Doutora Angela Dias Mendes**. Com grande refinamento e profundidade, os autores abordam o problema do direito constitucional do acesso à Justiça, questionando se o novo paradigma, marcado pela informatização e pela digitalização dos ritos, conseguirá dar efetividade a tal direito, sobretudo nesse cenário de globalização pós-pandemia.

Um erudito passeio pelos meandros da origem medieval das universidades, e do lugar que o ensino do direito ocupa nessa gênese, nos é apresentado pelo **Juiz João Marcos de Castello Branco Fantinato**. O magistrado, titular da 34ª Vara Cível e integrante do CEDES, maneja os conceitos da nova história com a maestria de um especialista do ramo, para a comissão editorial, exemplo do caráter interdisciplinar da presente publicação.

A **Juíza Daniela Barbosa Assumpção de Souza**, que integrou o Grupo de Direito Criminal do CEDES até o fim de 2023 e é titular da 31ª Vara Criminal, enfrenta tema tormentoso ao se debruçar sobre a possibilidade do oferecimento pelo MP do acordo de não persecução penal sem a confissão do indiciado. Sustenta a magistrada, inclusive, em certos casos, poder se oferecer o ANPP após recebimento da denúncia, medida de salutar alcance e para compreensão do novel instituto despenalizador.

O tema da possibilidade de aplicação extensiva do IRDR ao Processo Penal foi abordado pelo **Juiz Anderson de Paiva Gabriel**, Juiz Auxiliar do Ministro Luiz Fux e pelo **Juiz Felipe Carvalho Gonçalves da Silva**, titular da Vara Criminal de Maricá. Tema atualíssimo e objeto de amplo debate, em reunião ocorrida em 10 de maio, no âmbito do Grupo Criminal do CEDES, este último autor proferiu uma elucidativa apresentação acerca dos meios pelos quais tribunais

de outros estados tem adotado o instituto, marcadamente de natureza cível, à esfera processual penal, com inúmeros benefícios para a segurança jurídica e a celeridade.

Colaboradores convidados, o **Ministro Luiz Alberto Gurgel de Faria** e o **Procurador do Estado Thiago Holanda González**, do Rio Grande do Sul, examinam o problema da modulação dos efeitos das decisões judiciais em matéria tributária – tema relevantíssimo no atual contexto em que se verifica o abrangente papel dos dispositivos dos precedentes.

Igualmente convidados e que gentilmente cederam direitos de publicação de seus textos, a **Professora Dra. Julcira Maria de Mello Vianna Lisboa** e o advogado **Doutor Guilherme Paes de Barros Geraldi** debruçam-se sobre a questão da sucumbência quando condenada a Fazenda Pública, e o fazem com vasto exame da doutrina e da jurisprudência, tendo em vista a possibilidade de ressarcimento do executado das despesas que suportou a título de seguro ou garantia.

Como forma de prestigiar o convênio que a Revista mantém com a EMERJ, decidiu a comissão editorial publicar dois textos de autoria de alunas do curso de pós-graduação deste prestigioso centro de ensino e pesquisa.

Assim, a **Doutora Ana Beatriz Caetano da Silva dos Santos**, advogada, cursando o quinto período do programa de Pós-Graduação em Direito Público e Privado da EMERJ, nos apresenta análise acerca do novo posicionamento doutrinário, a partir da edição da Lei nº 14.173/2023, cujo objeto foi a impossibilidade da guarda compartilhada na ocorrência da prática de violência doméstica. Medida bastante eficaz para o interesse do menor, até o surgimento deste diploma não havia na jurisprudência acordo sobre o tema.

Por fim, mas não menos importante, a **Doutora Benita Guedes Carlos da Fonseca**, advogada com larga experiência, também aluna do quinto período daquele programa, aborda tema atualíssimo no tocante à extensão dos métodos de resolução consensual de conflitos para esfera penal, a partir de um acurado exame de fontes doutrinárias.

Desejamos a todos uma proveitosa leitura.

O CONCEITO DO ACESSO À JUSTIÇA Uma breve perspectiva digital

*Luciano Silva Barreto¹
Angela Dias Mendes²*

RESUMO: O conceito de acesso à justiça vem sendo significativamente alterado no sistema jurídico do país ao longo das últimas décadas. Vários fatores influenciaram essa mudança, entre eles, a quantidade crescente de processos travados no Poder Judiciário. Assim, novos paradigmas surgiram e, com eles, novas metodologias, com destaque para os equivalentes jurisdicionais, transformando o antigo pensamento beligerante do processo como o único meio apto a pôr fim às contendas sociais, em vias alternativas para alcançar soluções. Além disso, a pandemia da COVID-19 impulsionou a migração tecnológica no âmbito do Poder Judiciário, tendo em vista o isolamento social imposto pela letalidade do vírus. O presente artigo pretende discorrer brevemente sobre essa mudança, demonstrando como o Código de Processo Civil de 2016 e como a digitalização da Justiça vêm contribuindo para a formação de um novo paradigma dialógico-digital para solucionar conflitos se torna fundamental para o alcance da justiça no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça. Jurisdição. Tecnologias. Paradigma dialógico-digital.

ABSTRACT: The concept of access to justice has been significantly altered in the country's legal system over the past decades. Several factors influenced this change, including the growing number of lawsuits held in the Judiciary. Thus, new paradigms emerged, with emphasis on jurisdictional equivalents, transforming the old belligerent thought of the process, as the only means able to put an end to social disputes, into alternative ways to reach solutions. In addition, the COVID-19 pandemic has driven technological migration within the Judiciary, in view of the lethality of the virus that imposed social distancing. This article intends to briefly discuss this change, demonstrating how the Civil Procedure Code of 2016 and the digitalization of Justice have contributed to the new dialogic-digital paradigm for resolving conflicts, which has become fundamental for the achievement of justice in Brazil.

KEYWORDS: Access to justice. Jurisdiction. Technologies. Digital paradigm

¹ Desembargador TJRJ. Diretor da Área Criminal do CEDES, 2015-2016 e 2017-2018.

² Doutora em Direito. Professora universitária. Pesquisadora do Laboratório de Análise de Dados Digitais, Políticas Públicas e Inovação nos Territórios/UERJ. Membro titular da Câmara Técnica de Inovação e do Comitê Gestor de Privacidade da UERJ. Advogada.

Introdução

A Filosofia clássica tem sido uma grande aliada para nos ajudar a compreender o momento presente. Para alcançar o conteúdo da palavra *justiça* podemos nos socorrer de Aristóteles e suas reflexões sobre mediação, equidade e conceito de justiça política. A justiça como virtude e sua revelação do que é legal e humano. O primeiro é um conceito externo ao homem e o segundo, enraizado no próprio ser (1994, p. 331).

Podemos dizer nesse sentido que uma ordem jurídica composta por um conjunto de leis e uma ordem natural em conformidade com a sociedade estão presentes no seu universo de ideais. Seu pensamento revela conceitos duais. De um lado, a prática de “atos injustos pelo homem ímprobo, iníquos” e “de outro lado, resta o que é justo e equitativo” (1994c, p. 324). Mas há uma linha intermediária entre ambos, que é a configuração do que é justo. Os fatos não são isolados entre si, nem muito menos seus conceitos. Um fio condutor existe naturalmente entre as duas partes da mesma situação. Uma espécie de estágio intermediário entre as coisas e entre as relações pessoais, sendo este o foco do alcance da justiça. Por isso, quando se recorre à justiça, na verdade, está se recorrendo à figura “animada” da justiça que é o “juiz” (1994d, p.326), o qual exercerá o papel de mediador. Assim, ele levará os litigantes a alcançarem o meio-termo – o que é justo – para restabelecer a igualdade entre as partes.

Na Idade Média, um dos conceitos de justiça vem associado à Filosofia de São Tomás de Aquino. Sob influência do pensamento aristotélico, ele também identificava um ponto mediano entre os conceitos: há o homem particular e o coletivo, o bem e o mal, o corpo e a alma, existindo harmonia entre eles, o *mesotes*³.

Para São Tomás, a justiça é o equilíbrio das relações, das vontades, das coisas. É dar a cada um o que é seu⁴. A virtude aristotélica encontra albergue na escolástica tomasiana como uma finalidade da lei, objetivando o bem comum. Nesse caso, o papel da lei é fundamental para corporificar o Direito na sociedade. Ambos consideravam a justiça como uma virtude completa, em virtude do cumprimento das leis e do respeito à igualdade entre todos os cidadãos, não decidindo por si mesma, mas por aquilo que as próprias partes evidenciam em suas relações.

Hoje conhecemos várias acepções da palavra justiça e, por isso, sabemos que o termo não comporta somente o acesso ao Poder Judiciário, mas também uma situação de equilíbrio

³“Et ideo médium iustitiae consistit in quadam proportionis aequalitate rei exterioris ad personam exteriorem. Aequale autem est realiter médium inter maius et minus ...” (Sum. Theol., quaest. LVIII, art. X).

⁴“Ergo non sufficienter, per hoc, notificatur actus iustitiae, quod dicitur actus eius esse reddere unicuique quod suum est” (Sum. Theol., quaest. LVIII, art. XI).

entre as partes. Norberto Bobbio (1996, p. 56), em sua concepção normativista legal, analisa a justiça como igualdade e associada ao direito natural, numa justa composição de direitos, sendo dado a cada parte aquilo que lhe pertence, racionalmente distribuído.

Nos dias atuais, o conceito de acesso à justiça resulta da paulatina construção de novas bases legais que permitiram adotar formas alternativas para realizar a vontade dos cidadãos. Da mesma sorte, novas lentes conceituais que não desconsiderem a dignidade da pessoa humana e almejem o equilíbrio e a paz social. A realidade atual, complexa, multifacetada e digital nos desafia a compreender suas diversas manifestações para que de fato se alcance a justiça.

Após 30 anos da promulgação da Constituição da República de 1988 ainda observamos algumas inconsistências que afetam a eficácia do sistema de garantias constitucionais. Assim, reflexões sobre os conceitos e metodologias empregados no sistema atual são indispensáveis para auxiliar na busca de soluções contemporâneas da política de acesso à justiça.

1. Novos contornos do princípio constitucional do acesso à justiça

O direito do acesso à justiça, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988 foi recentemente amparado pelo novo sistema processual civil, no art. 3º, da Lei 13.105/15, permitindo maior efetividade na persecução de direitos. Nesse diapasão ele expressa a garantia constitucional e infraconstitucional de novos direitos, num mundo refletido por fenômenos de toda sorte. Internet, globalização da comunicação e o advento de novas tecnologias, ao conectar pessoas pelo mundo, fomentaram a demanda por direitos, além de proporcionarem o surgimento de outros.

Para o Ministro Luís Roberto Barroso, efetividade significa: “...a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social” (2007, p. 82). E foi na esteira da realização concreta, tornando viva a letra da lei, que novos paradigmas passaram a nortear a concepção da palavra justiça e seu sentido, como podemos verificar, também, sob a ótica social, uma crescente participação e iniciativas de grupos populares, o que pode ser conferido em alguns trechos dos relatórios do IBGE, abaixo:

O Brasil adentra a segunda metade do Século XXI com um sistema democrático em pleno funcionamento e ancorado em instituições robustas. Desde seu retorno, a partir da década de 1980, o regime democrático está em processo de constante desenvolvimento, por um

lado aprimorando as instituições já existentes e por outro se adaptando às novas demandas e questões lançadas pela sociedade (2013, p.155).

Ainda na perspectiva jurídica, a aprovação de novas leis de natureza material e formal que garantiram novos direitos e meios mais céleres e menos complexos para propositura de demandas configuraram um conjunto de comandos de extrema relevância para elastizar o acesso à Justiça. A Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e as Leis 9.099/95 (Juizados Especiais Estaduais) e 10.259/01 (Juizados Especiais Federais) são alguns dos inúmeros exemplos na ordem jurídica vigente.

Todas essas mudanças amplificaram o número de processos judiciais em diversas áreas judiciárias do País, pois as garantias constitucionais e infraconstitucionais de direitos desenvolveram maturidade cidadã na população para que se realizem de fato. Além disso, o volume crescente de ações judiciais são fruto da garantia ao não retrocesso de direitos. Embora haja um imenso esforço do Poder Judiciário, através de uma série de inúmeras ações (processo eletrônico, concurso para serventuários e magistrados, reestruturação interna de varas etc.), com o número crescente de novos processos e congestionamentos, surgiram novos desafios para enfrentar.

Mas a compreensão de que há limites estruturais e econômicos nesse contexto, e de que a celeridade da resposta estatal são condições de justiça e segurança jurídica, passaram a integrar a consciência da parte. Assim, formavam-se as condições objetivamente favoráveis para se repensar o conceito de Acesso à Justiça.

Para Humberto Dalla B. de Pinho, quando se pensa em Justiça tem-se em relevo que é preciso racionalizar a prestação jurisdicional. Para ele, “[...] a justiça deve ser uma espécie de cláusula de reserva, descabendo sua propagação generalizada, ao risco de se incrementar o ambiente de conflituosidade geral” (2016, p. 224).

O Poder Judiciário não deveria continuar sendo a primeira via de acesso para resolver litígios comuns da sociedade. Por isso, valioso foi o papel do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ao consolidar uma política multiportas capaz de incentivar e aperfeiçoar os mecanismos consensuais de solução de conflitos com a publicação da Resolução 125/2010.

Do ponto de vista da Administração Pública, a Lei 13.140/2015 (Lei de Mediação) “oportuniza essa mudança de rumo do próprio Estado, tornando-o mais moderno e eficiente” (FRANCO, 2015). Embora seja uma proposta desafiadora que carece de uma mudança na mentalidade dos gestores públicos do País, é fundamental que seja concretizada.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016, p.1034) a constitucionalização dos princípios, como o da Moralidade, passou a orientar a atuação dos três Poderes do Estado, vinculando a norma aos ideais de justiça. Por isso, a moral enquanto valor se contrapõe ao que a própria carta diz acerca da improbidade (art. 37, §4º). A autora entende no contexto aqui exposto, Administração Pública: “a) em seu sentido subjetivo, formal ou orgânico, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa” (2016a, p. 82).

Na esteira de um Estado empenhado para realizar o bem-estar da sociedade, seguem as palavras do nobre Professor Afrânio Silva Jardim:

De uma forma ou de outra, com pessimismos ou otimismo, não nos resta outra saída, senão o fortalecimento do Estado democrático, único instrumental de que dispomos para combater a injustiça social e proporcionar um melhor nível de vida aos homens. Não importa o gigantismo do Estado moderno, importa sim que ele esteja voltado para os interesses coletivos e sinceros da maioria da população; ganhando, destarte foros de legitimidade social (2014, p. 539).

2. Diversas acepções do termo jurisdição

Entre a variedade conceitual do termo jurisdição, ela pode ser compreendida como “a atuação estatal visando à aplicação do direito objetivo ao caso concreto, resolvendo-se com definitividade uma situação de crise jurídica e gerando com tal solução a pacificação social” (NEVES, 2016, p.1).

Jurisdição para Fernando da Costa Tourinho Filho (2003, p.47) “se apresenta como uma função do Estado consistente em fazer atuar, pelos órgãos jurisdicionais, que são os juízes e Tribunais, o direito objetivo a um caso concreto, obtendo-se a justa composição da lide”. Embora o autor tenha uma vasta experiência no campo do direito penal, sua teoria geral do processo fornece elementos substanciais para compor um leque de conceitos gerais do direito ao acesso à Justiça.

Voltando aos processualistas civis, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2009) realizam uma análise tripartite da jurisdição, ou seja, ela é poder, função e atividade. A primeira representa a possibilidade de o Estado interferir na esfera privada de todos, aplicando o direito ao caso concreto.

A jurisdição como função advém da Constituição quando foi estabelecido o Princípio da Harmonia entre os Poderes. Assim, ao Poder Judiciário sua função típica seria julgar e ao

Executivo caberia a função administrativa, muito embora ambos possam, atipicamente, em alguns casos previstos em lei, exercer função de outros poderes, como no exemplo da Sindicância nos processos administrativos no âmbito do Executivo e no âmbito do Poder Judiciário a função atípica administrativa.

Quando se fala de atividade jurisdicional temos, entretanto, um conjunto de atos praticados pelo Estado na pessoa daqueles que o representam. Nesse caso é o chamado Estado-juiz que age nos limites do instrumento processual por ele criado para aplicar o direito.

2.1 Equivalentes jurisdicionais

Como posto acima, o excessivo volume de ações judiciais motiva o debate para buscar alternativas aptas no sentido de solucionar as controvérsias existentes na sociedade. A corrente neoconstitucional do direito aponta que é necessário identificar, no caso concreto, o binômio necessidade-utilidade. Este serviria como um filtro capaz de reduzir as demandas judiciais, sem impedir o exercício do direito constitucional do acesso à justiça. A aplicação desse conceito requer do operador um raciocínio afastado do antigo conceito de jurisdição e uma aproximação da visão em que o “Estado não tem [...] o monopólio da solução dos conflitos” (NEVES, 2016, p. 3) e que, portanto, é necessário introduzir meios adequados – a cada caso concreto – para a solução dos conflitos.

Esse “escopo social da jurisdição” (NEVES, 2016, p. 6), paulatinamente inserido em nosso sistema com os Meios Alternativos de Solução de Disputas, teve origem no sistema americano *Alternativa Dispute Resolutos (ARS)*. Trata-se de movimento extrajudicial para encontrar soluções mais céleres aos problemas da vida cotidiana, que tem índole transnacional e passeia pelas instituições brasileiras desde longa data. O Decreto 4.311 de 2002 ratificou a Convenção de Nova Iorque de 1958 e dispôs sobre o reconhecimento e a execução das sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil.

O Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução 125⁵, utilizou a denominação Meios Adequados de Solução de Conflitos, numa perspectiva mais democratizante e condizente com a ordem jurídica e a realidade brasileira. Sob o aspecto social, o Estado não é o único que detém o poder jurisdicional, haja vista o desforço que muitas pessoas empregam quando são

⁵ A Resolução 125/10 pode ser consultada na íntegra em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=156>

aviltadas em seus direitos. Assim também pensa o advogado e jurista Pedro Martins⁶, reforçando a ideia de que é uma prática comum, sendo reduzida em virtude do estado de legalidade. Segundo ele, repetindo as palavras da Professora Ada Pellegrini Grinover, “os meios adequados de solução de Conflitos matam a lide sociológica” (MARTINS, 2016).

Os equivalentes jurisdicionais foram incorporados pelo atual CPC e incentivados, disseminando uma cultura dialógica e menos beligerante. Os incisos II, III, V, do art. 487 permitem a homologação por sentença de mérito da autocomposição, o que evidencia a tendência do atual sistema processual de fortalecer os meios adequados de solução de conflitos. Hoje, Mediação, Conciliação e Arbitragem são parte integrante do sistema extrajudicial de solução de conflitos, numa expressão mais adequada às novas exigências da sociedade.

A mediação foi disciplinada pela Lei 14.140, de junho de 2015, que prevê um método dialógico para levar as partes a encontrarem uma solução consensual para o problema vivido entre eles. Ela se fundamenta em princípios específicos, entre eles, a autonomia da vontade, a confidencialidade, a cooperação, a boa-fé e a imparcialidade. Aplicada nas áreas de família, trabalho, consumo, cível, empresarial, entre outras, ela é mais célere e econômica para as partes. Especialmente interessante nesse método é a preservação do relacionamento.

Tratando-se de Mediação com entes públicos, Luciane Moessa entende que é uma “decorrência lógica do princípio da eficiência”. Neste caso “o mediador atua em conformidade com regras claras”, em atendimento ao princípio da publicidade e da legalidade, funcionando como um facilitador entre o Estado e o cidadão (2015, p. 331, 350).

A Conciliação está fundamentada nos princípios da autonomia da vontade, da confidencialidade, da informalidade e da celeridade. Um terceiro imparcial participa desse método, o chamado conciliador, que auxilia as partes a chegarem a um acordo satisfatório para ambas. O conciliador não impõe uma solução, mas facilita o diálogo e a compreensão mútua entre os envolvidos, identificando os entraves da negociação a fim de facilitar o diálogo e propiciar que elas mesmas cheguem à solução que melhor lhes convier, atuando como um interventor no procedimento de negociação. Entre os tipos de conflitos que comportam a Conciliação estão os de natureza civil, familiar, trabalhista e empresarial.

Outro equivalente jurisdicional é a Arbitragem que, no Brasil, foi disciplinada em 1996 pela Lei 9.307 e, recentemente, encontrou reforço no §1º, do art. 3º, no art. 485, VII e no art.

⁶ Anotações da Palestra O novo CPC e a Arbitragem, proferida pelo eminente Advogado e jurista Dr. Pedro Batista Martins e de sua citação de Ada Pellegrini Grinover, ocorrida na sede do IAB, Rio de Janeiro em 03 jun. 2016.

1012, §1º, IV, da Lei 13.105/2015. A arbitragem é um método de solução extrajudicial de conflitos que envolvem direitos patrimoniais disponíveis e fundamenta-se nos princípios da autonomia da vontade, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro, da confidencialidade do procedimento e da celeridade e efetividade da decisão. A opção pela Arbitragem exige que as partes escolham uma pessoa ou uma instituição privada para decidir o conflito instaurado, sem a intervenção do Poder Judiciário. A decisão do árbitro ou do tribunal arbitral tem força de sentença judicial e não pode ser questionada na Justiça, salvo em casos excepcionais previstos em lei.

3. A nova realidade digital das instituições jurídicas impulsionada pela COVID-19

Ao longo dos séculos houve um esforço de criação de regras de convivência a partir de uma construção histórica e culturalmente referenciada de cada sociedade, que escolhia para si seus próprios modelos de sociedade. Parafraseando Rousseau em sua obra “O Contrato Social”, somente com uma união de forças conjuntas na sociedade seria possível alcançar um fim determinado.

De fato, há pessoas que preferem o isolamento social, mas essa não é uma regra. De acordo com o saudoso professor Goffredo Telles Junior (1953, apud DINIZ, 2006, p. 336), “o homem atinge o melhor dos objetivos quando vive em sociedade, embora possa viver sem ela”. Por isso, o Estado, ente político, deve agir em benefício da *polis*.

Entretanto, em janeiro de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou o estado de Emergência em Saúde Pública de importância internacional e impôs o isolamento social. Desta forma, o alerta da OMS deu início a um movimento internacional de aprimoramento de sistemas de informática, desenvolvimento de novos softwares e a digitalização forçada de processos administrativos, judiciais, de negócio etc. A pandemia da COVID-19 estimularia a migração para o mundo virtual.⁷

No Brasil, a adoção das novas Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC), que vinha sendo uma prática lenta e gradual, foi acelerada, levando Estado e demais setores da sociedade a superarem ideologias e unir forças para dar prosseguimento à produção, à prestação de serviços e à convivência, agora virtual. Não vamos esmiuçar o viés econômico ou político, porque fugiríamos do foco nesta suscinta abordagem. Ao longo do trabalho apontamos algumas

⁷ Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19> Acesso em: 10 jul 2023.

mudanças no âmbito do Judiciário, não sendo inoportuno citar, como exemplo, os serviços do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que envidou esforços para possibilitar assistir sessões ao vivo e obter certidões digitalmente.⁸

Indubitavelmente o vírus acelerou, no Brasil, uma tendência mundial e proporcionou o ambiente necessário para o surgimento do novo paradigma dialógico-digital do processo. “A pandemia da COVID-19 teceu o paradoxo do pensar coletivo distanciadamente, como um exercício novo, desafiante e necessário de todos” (MENDES, 2020, p. 11).

O Estado Democrático de Direito oportunizou ao povo maior participação nas decisões da sociedade e maior consciência de direitos. Mas a sociedade ainda reclama mudanças urgentes no gerenciamento do Estado, que possam efetivar os direitos garantidos constitucionalmente. Afinal, é preciso sair do campo meramente teórico das proposições democráticas para o campo real, numa práxis cotidiana de afirmação e efetivação de direitos. Uma evolução contínua do sentimento de cidadania aperfeiçoado no País. Por isso, a demanda judicial tornou-se natural e isso tem seu aspecto positivo, ao demonstrar que os direitos foram apropriados pelo cidadão, num processo gradual de empoderamento.

Da mesma forma, a Agenda 2030 da ONU influencia as decisões no Brasil. Atenderem ao apelo global para cumprir as metas descritas nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) engendra novos paradigmas internos, formando um novo desenho na arquitetura política, econômica, ambiental, social e cultural do País. Forma-se uma nova moldura consoante ao bem comum, para erradicar a pobreza, proteger o meio ambiente e promover a inclusão e a justiça social.

Nessa esteira, os Relatórios do Conselho Nacional de Justiça revelam a adequação do Poder Judiciário às exigências dos ODS, assim como o esforço das diversas áreas da Justiça para cumprir as metas estabelecidas. O documento, publicado anualmente pelo CNJ, é uma fonte de dados que auxilia o Poder Judiciário na análise e no diagnóstico dos seus problemas (Relatório CNJ, 2022, 12), além de fornecer subsídios técnicos para a formulação de políticas judiciárias que aprimorem a gestão e atendam com mais eficiência seus objetivos.

⁸ Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/24082020-Sessoes-ao-vivo-e-com-certificado.aspx>. Acesso em: 10 mar 2023.

3. 1 A relevância do CNJ na promoção do acesso à justiça.

Como dito antes, o novo CPC de 2015 trouxe mudanças significativas no processo civil, especialmente em relação aos equivalentes jurisdicionais, pois tornou obrigatória a prévia audiência de Conciliação e Mediação, incorporando os meios adequados de resolução de demandas como parte integrante do processo. Um exemplo recente e bastante significativo do aumento no percentual de sentenças homologatórias de acordo, em comparação ao total de sentenças e decisões terminativas, apresentou o seguinte quadro:

Em 2021, foram 11,9% sentenças homologatórias de acordo proferidas, valor que registrou crescimento em relação ao ano anterior, muito embora ainda não tenha retornado aos patamares que eram verificados antes da pandemia causada pela covid-19. Na fase de execução, as sentenças homologatórias de acordo corresponderam, em 2021, a 8,1%. É notória a curva de crescimento, tendo dobrado o valor ao longo da série histórica, com aumento em 4,6 pontos percentuais entre os anos de 2015 e 2021. Tal resultado pode decorrer do incentivo do CNJ para realizar conciliação na fase de execução, tendo sido um destaque na XVI Semana Nacional de Conciliação realizada (ano 2021). Na fase de conhecimento, a conciliação foi de 17,4%, um pouco acima (0,8 ponto percentual) do observado em 2020 (Relatório CNJ, 2022, p.201).

Entretanto, ainda é considerável o volume de novos processos que se somam aos antigos, fazendo crescer o número daqueles que aguardam pela solução do mérito da demanda. Apesar do esforço do Poder Judiciário para sanar esse problema, a saturação da via judicial é um fato e, na expressão psicossocial, acentua o sentimento de ineficiência da prestação jurisdicional e insegurança.

Nesse sentido, uma valiosa iniciativa para tratar esse e outros problemas foi a criação do Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ) no âmbito da estrutura do CNJ, pela Lei n. 11.364/2006, com objetivo de “1) desenvolver pesquisas destinadas ao conhecimento da função jurisdicional brasileira; 2) realizar a análise e o diagnóstico dos problemas estruturais e conjunturais dos diversos segmentos do Poder Judiciário; e 3) fornecer subsídios técnicos para a formulação de políticas judiciárias” (Relatório CNJ, 2022, p.13). A partir daí, foi criado o Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário (Data Jud), que representa uma relevante fonte de consulta para o estabelecimento de metas, proporcionando o aperfeiçoamento dos sistemas internos e a melhoria contínua da prestação dos serviços à população.

Para ilustrar a importância da centralização desses dados, apontamos a peculiar característica da Região Sudeste, no relatório. Esta região concentra tribunais considerados de grande porte, sendo os cinco maiores tribunais estaduais de grande porte responsáveis por concentrar 64% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional e 51% da população brasileira (Relatório p. 48). Mas, em relação aos casos novos por habitantes, desponta o TJRS, com 10.310, seguido pelo TJSP com 10.156 e o TJRJ com 10.092 (Relatório CNJ, 2022, p.114).

Outro registro interessante se refere ao índice de produtividade dos tribunais estaduais do Brasil, com destaque para o maior índice no TJRJ, com 2.939. Vale ainda o registro em outros tribunais.

[...]São notáveis as diferenças de produtividade dentro de cada ramo de justiça. Na Justiça Estadual, a maior produtividade está no TJRJ, com 2.939, enquanto a menor, no TJAC, com 826, ou seja, uma diferença de 2.113 casos baixados por magistrado(a). Na Justiça Federal, a variação entre o TRF mais produtivo e menos produtivo é de 1.284 processos (maior: TRF4, 2.880 e menor: TRF1, 1.596). Na Justiça do Trabalho também existem diferenças: o maior valor foi alcançado no TRT16: 1.223, e o menor, no TRT11: 562. Na Justiça Militar Estadual são julgados apenas 73 processos por magistrado(a), por ano, sem significativas diferenças entre os três tribunais (Relatório CNJ, 2022, p.118).

Em relação aos indicadores de produtividade dos magistrados e servidores da área judiciária, o segundo grau tem melhor desempenho do que o primeiro grau.

Com relação aos indicadores de produtividade dos(as) magistrados(as) e dos(as) servidores(as) da área judiciária, mensurados pela razão entre o total de casos baixados e total de pessoas atuantes durante o ano, há de se destacar que a Justiça Estadual, a Justiça Trabalhista e a Justiça Federal apresentaram maior produtividade de segundo grau do que de primeiro. Chama atenção valores como o do TJTO, com 3.605 baixados por desembargador(a), enquanto a relação por juiz(a) de primeiro grau foi de 1.178. Ao passo em que há situações diversas, como o TJRJ, que apresenta 3.507 baixados por juiz(a) de primeiro grau em contraposição com os 1.056 baixados por desembargador(a) (Relatório CNJ, 2022, p. 151).

A celeridade do processo é um elemento essencial para a entrega da justiça em todas as suas formas, sendo certo que ele depende da atuação de todos os atores nele envolvidos para

que percorra seu caminho. Por isso, o Programa Justiça 4.0 (Relatório CNJ, 2022, p. 48) revela mais uma medida significativa para o acesso à Justiça no contexto da sociedade digital.

O Poder Judiciário brasileiro demonstra que o Programa Justiça 4.0 foi um dos pilares para contribuir com esse crescente ritmo de informatização e modernização, com iniciativas notáveis, como a Plataforma Digital do Poder Judiciário (PDPJ-Br), que possibilita a disseminação do uso de um marketplace de serviços digitais jurídicos e beneficia todo o ecossistema dos sistemas de gestão processual eletrônicos, observando-se as peculiaridades regionais e técnicas; o Balcão Digital, que promove o acesso à Justiça no campo digital e normatiza o uso de instrumentos como a videoconferência para atendimento às partes; e o Juízo 100% digital, que permite a prática de atos de audiência e oitiva também por essa via (Relatório CNJ, 2022, p.19).

Podemos dizer que a mudança do conceito é uma construção constante, sendo certo que, neste caso, ela resulta da necessidade de alcançar soluções mais adequadas à nova realidade brasileira, assim como pela compreensão de que é fundamental efetivar os direitos reproduzidos na Constituição do País, sem os quais não é possível falar de justiça.

4. Considerações finais

No Brasil, inúmeros fatores impulsionaram a mudança do conceito de acesso à Justiça. A Constituição da República de 1988 consagrou a garantia de direitos fundamentais e sociais, o crescimento do sentimento de cidadania e, paralelamente, a influência do cenário jurídico internacional, pelo amplo acesso à internet, entre outros apontamentos delineados ao longo do texto, que compuseram as novas pinceladas de sua matriz conceitual.

Interessante observarmos como o quadro social reivindicatório de novos direitos, garantidos pela Constituição de 1988 e os dela decorrentes, implicou no aumento significativo das demandas judiciais no Brasil e, conseqüentemente, no congestionamento da Justiça, por incapacidade estrutural e humana de responder às novas exigências de uma sociedade mais informada e consciente.

Mas o olhar para o acesso à justiça foi redirecionado, voltando-se para as portas de saída dos processos e, conseqüentemente, para soluções que pudessem responder com mais

celeridade aos anseios das partes. Paralelamente, solucionar os conflitos antes que eles se tornem demandas judiciais, é essencial e salutar para o sistema de garantias no Brasil.

Por isso, o paradigma de uma cultura menos beligerante, paulatinamente, ocupou um espaço vital e necessário na ordem jurídica. Equivalentes jurisdicionais, formas mais dialógicas, rápidas e seguras de encontrar soluções foram introduzidas no sistema brasileiro, sendo adotados como meios hábeis e eficientes para realizar a tutela estatal. Inúmeras medidas foram adotadas para o impulsionamento de políticas públicas que assegurassem práticas criativas e seguras de diálogos na sociedade e para destinar recursos para os órgãos encarregados dessa tarefa.

Igualmente relevante foi o incentivo ao uso das vias não adversariais, para que as partes alcancem a resposta mais adequada ao caso concreto sem a necessidade de propor ações judiciais.

As mudanças introduzidas pelo Poder Judiciário, sobretudo pós pandemia, entre eles a Justiça 100% digital, a política Multiportas do CNJ e a Plataforma Digital do Poder Judiciário, viraram a chave analógica para a digital, nas mais diversas áreas da Justiça do País, sendo perceptível a melhoria na prestação dos seus serviços, conforme é possível verificar nos Relatórios do CNJ ao longo dos últimos anos.

A adoção das novas tecnologias da informação e comunicação, além de modernos recursos digitais, foi primordial nesse contexto para prover a tutela estatal. Porém, indubitavelmente, foi a Pandemia da COVID-19 a força propulsora na migração para o ambiente virtual dos processos judiciais e dos procedimentos administrativos no Brasil. Hoje é possível acessar processos judiciais, realizar audiências, requerer e praticar outros atos processuais, remotamente.

Por outro lado, não podemos esquecer que a dimensão continental do Brasil e suas diferenças sociais representam empecilhos a serem superados, sendo fundamental aprimorar os meios de acesso e a qualidade dos recursos tecnológicos para os grupos mais vulneráveis. Além disso, é preciso atentar que boa parte da população não possui habilidades no manejo hábil e consciente da internet. Constantemente, muitos deles são vítimas de infortúnios como perda do prazo para juntada de documentos, sem contar nos golpes virtuais que se proliferam a cada dia.

Desta forma, no encerramento dessa abordagem resta claro a necessidade de atuar na mudança cultural, que promova em todos os atores envolvidos nesse contexto a adoção de uma postura mais dialógica. Contudo, o esforço direcionado em sentido único pode não apresentar os resultados esperados e necessários. Sendo assim, a elaboração de um Programa Nacional de Educação Dialógica-Digital para a formação, capacitação e aperfeiçoamento dos

indivíduos e para o uso consciente dos recursos tecnológicos colocados à sua disposição, pode contribuir para ampliar a consciência e as boas práticas nesse campo. Por conseguinte, tratar a parte como pessoa humana, colaboradora do Estado no alcance de seus objetivos e não como mera usuária do sistema, é essencial para o alcance efetivo da Justiça.

REFERÊNCIAS:

ARISTÓTELES. **Arte Poética, Organon, Ética a Nicômaco**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1994 (Os Pensadores, livro V).

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. p. 82.

BATISTA, Pedro Antônio Martins. Palestra **O novo CPC e Arbitragem**. Seminário Desafios e Oportunidades da Arbitragem Doméstica Internacional, FGV, Rio de Janeiro, março 2016.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Livraria Cultura, 1998. p. 56.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm.

BRASIL. **Decreto 4311/22 e A Convenção de Nova Iorque**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 25^a ed., 2008. p. 130.

CNJ. **Relatório Justiça em Números. Brasília 2022**. Disponível em:
<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2023.

CNJ. Resolução 125/10. <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=156>. Acesso em: 10 Jul 2023.

Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 29^a ed. Rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1034 ss.

IBGE. **Brasil em números**. Centro de documentação e disseminação de informações. Vol. I, Rio de Janeiro, IBGE, 2013. p. 155, 159 e 160.

ENAP. Programa Cátedras Brasil. Caderno 126. p. 9

FRANCO, Cintia. **A solução consensual de conflitos no novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9012/A-solucao-consensual-deconflitos-no-novo-Codigo-de-Processo-Civil>. Acesso em 13 jun. 2023.

JARDIM, Afrânio Silva. **Notas sobre a teoria da jurisdição**. Revista dos Tribunais online. Vol. 8, p. 539- 556, nodes 2014.

MENDES, Angela Dias. Do limão uma limonada. In **Direito à educação em tempo de pandemia: impactos e consequências**. Org. Luciano Bandeira Arantes, Fábio Nogueira

Fernandes, Claudio Carneiro. Curitiba: Instituto Memória-Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** - Volume único. 8a ed., Salvador: Ed. IusPodivm, 2016. p. 3, 5, 9, 21.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O novo CPC e a mediação. Reflexão e ponderações. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 48 n. 190 abr./jun. 2011, p. 224. e Michele Paumgarten O acesso à justiça e o uso da mediação na resolução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10855&n_link=revista_artigos_leitura, acesso em 29 ago. 2016.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Rio de Janeiro: Abril Cultural, 1979 (Os Pensadores).

SOUZA, Luciane Moessa de (Org). **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à Justiça**. Santa Cruz do Sul: Esserenel Mondo, 2015. p. 331-350.

TELLES JR. Goffredo. A criação do Direito. São Paulo, 1953, cap III n.2 e 3 V, n. 3 e 4, in Maria Helena Diniz, p.336, **Compêndio de Introdução à ciência do direito**. 18 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 25ª ed., 2003. p. 47.

A UNIVERSIDADE MEDIEVAL *O ensino do direito entre o poder político e o espiritual*

João Marcos de Castello Branco Fantinato¹

1 - Origens

A universidade, como a conhecemos hoje em dia, nasceu espontaneamente na Idade Média, a partir de escolas desenvolvidas ao lado das catedrais dos principais centros urbanos. A mais antiga universidade surgiu em Bolonha, ainda no século XI, tendo também como embrião uma dessas escolas. Resultou da demanda por pessoas que soubessem o antigo direito romano, a fim de assessorar a Igreja, os príncipes, as comunas e os comerciantes locais. O fenômeno logo se repetiu em outras partes da Itália, em Paris, Oxford e em toda a Europa, inclusive na Península Ibérica. A estrutura dessa universidade guardava muita semelhança com as corporações de ofício de então, com particularidades próprias. Mais tarde, as universidades europeias foram encampadas pelos poderes laicos e mudaram, não sem deixar uma marca de grande relevo na história cultural do Ocidente.

De fato, após seis séculos da queda do Império e da publicação do *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, a Europa redescobriu o direito romano justiniano. Verificou-se que o direito romano constituía um direito comum, eterno e universal, aplicável a todos os povos da Cristandade, nem que fosse de forma subsidiária. A rigor, a cultura clássica herdada da Antiguidade havia sido preservada por obra dos clérigos, ordem essa que representava a maioria

¹ Juiz Titular da 34ª Vara Cível. Mestre e Doutorando em História do Direito pela Universidade de Lisboa. Integrante do Centro de Estudos e Debates – CEDES do TJRJ.

dos indivíduos letrados na Alta Idade Média. A educação clássica sobrevivia nas escolas dos mosteiros espalhados pelo Continente, como Subiaco, Monte Cassino, Cluny, Servitano etc.², centros de ensino que, posteriormente, foram reproduzidos junto às catedrais das cidades, as citadas escolas catedralícias ou colegiadas.

A matéria ensinada girava em torno do *trivium* e do *quadrivium*³, as chamadas “artes liberais”, pois provinham dos livros. Dessas disciplinas, sobretudo da retórica, nasceu o estudo e o ensino do direito. Os primeiros professores de direito em Bolonha, os glosadores, eram formados em artes liberais, e do domínio da retórica, junto com a dialética, passaram a estudar e ensinar o direito que constava dos antigos livros legais, principalmente o Código de Justiniano. Nessa mesma linha surge, em seguida, o direito canônico. Com sua obra, os glosadores fomentaram a noção de universalidade da Cristandade, unindo a Humanidade num sentimento de pertencimento a um mundo comum, o *ius commune* da *res publica christiana*.

2 - A universidade de Bolonha

Com efeito, a partir da Bolonha do século XI, esse processo de renascimento do direito romano e canônico se acentuou. Não obstante o pioneirismo de sua escola de direito, a cidade tinha herdado sua tradição de ensino de suas relações com Ravena, antiga capital imperial, e com Nonantola e Pavia, ambas sedes de importantes escolas clericais onde se ensinavam as artes liberais e o direito lombardo. E já contava com escolas clericais quando foram descobertas versões mais fidedignas do *Corpus Iuris Civilis*, principalmente o Digesto⁴, livro contendo a doutrina dos últimos jurisprudentes romanos. Com o desenvolvimento de sua escola, estudiosos do direito civil, como Irnério, passaram a reunir estudantes do mundo inteiro interessados no direito cesário, os quais reproduziam em seguida os ensinamentos obtidos nos seus países de

² Em Portugal podem-se citar, nesse sentido, embora mais recentes, as escolas episcopais de Braga, Coimbra e Lisboa, assim como os mosteiros de Guimarães, Alcobaça, Santa Cruz de Coimbra, entre outros. Sobre o tema vide a obra do Prof. JOSÉ ARTUR ANES DUARTE NOGUEIRA, *Sociedade e Direito em Portugal na Idade Média*, Lisboa, 1994, especialmente Parte I, cap. II, secção II.

³ O *trivium* era composto pela Gramática, Retórica e Dialética, e o *quadrivium* pela Aritmética, Geometria, Música e Astronomia.

⁴ A tradição reza que, em 1135, uma frota de Pisa empreendeu um saque à cidade de Amalfi, e teria trazido um exemplar antigo do Digesto para a Toscana, exemplar esse sobre o qual se teriam debruçados toda uma geração de estudiosos. FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, em sua obra *Histoire du droit romain au Moyen Âge*, Ed. Hachette, vol. III, pp. 71-78, traz dúvidas sobre a veracidade de tais fatos. Mas tal tradição continua de pé, sobretudo na Itália.

origem. Entre seus sucessores da obra de Irnério, destacam-se os famosos “quatro doutores”, que multiplicaram ainda mais o rebanho deixado por seu mestre: Búlgaro, Martino, Jacopo e Hugo.

A Itália dessa época se situava dentro dos domínios do Sacro Império Romano Germânico, construção política originária de Carlos Magno que a dinastia dos Hohenstaufen pretendia alçar ao patamar do Império Romano do tempo de Constantino e Justiniano. O direito romano ensinado em Bolonha lhe servia assim de ferramenta, adequada para a organização de poderes universais necessários para gerir tamanho império, lembrando que se tratava de um mundo bem mais fragmentado do que o da Antiguidade. Por outro lado, a Igreja, que havia igualmente estimulado a união da Europa Ocidental nessa *Renovatio Imperii*, se aliava, no campo espiritual, a essa nova universalidade então criada. Pondere-se, contudo, que as fronteiras entre Império e Igreja não eram tão precisas, e deram margem a várias disputas, notadamente a querela das Investiduras⁵ e as rivalidades entre guelfos e gibelinos⁶.

Paralelamente, despontavam cidades mercantis com fortes pretensões à autonomia, como Veneza, Florença, Milão, Génova e, notadamente, Bolonha. Não obstante se situarem dentro dos confins do Império (salvo Veneza, dada sua situação insular), desenvolveram certa independência política e jurídica, o que beneficiou o surgimento de estatutos citadinos próprios, frequentemente conflitantes com as leis imperiais. Por sua vez, em Bolonha, cidade onde nasceu a universidade, a população de estudantes estrangeiros criava conflitos com os locais, sobretudo pela aplicação das chamadas “represálias”⁷, instituto que permitia ao credor local cobrar dívidas de um terceiro da mesma nacionalidade do devedor originário.

Em 1155, passando pela região o imperador Frederico I Barba Ruiva, logrou encontrar-se com os mencionados quatro doutores (Martino, Búlgaro, Jacobo e Hugo) e obteve seu assessoramento em direito romano para suas pretensões políticas. A intenção do imperador era restabelecer as regalias imperiais, que andavam em desuso desde a queda do Império Romano. O resultado desse encontro foi o implemento de tais regalias imperiais por ocasião da Dieta de

⁵ A querela das Investiduras foi o conflito entre o Imperador e o Papado, de 1075 a 1122, envolvendo a nomeação de bispos, prerrogativa que sofria a influência do Imperador e que a Cúria romana pretendia avocar a si, sobretudo após a reforma gregoriana. A Santa Sé venceu a queda de braço, com a Concordata de Worms de 1122, dando início a um período de centralização e consolidação do poder de Roma sobre a Cristandade.

⁶ Na esteira da querela entre Papa e Imperador, surgiram na Itália dois partidos opostos que dividiram a Península em guerras fratricidas. Os guelfos se alinhavam com o Papa e tinham o apoio das classes populares das comunas italianas. Os gibelinos se punham do lado do Imperador e reuniam a antiga aristocracia cavaleiresca. Os guelfos finalmente levaram a melhor, mas criaram ditaduras populistas nas cidades onde prevaleceram, como em Bolonha, com a família dos Geremei.

⁷ Para melhor compreensão sobre o tema, vide a obra do Prof. RUY DE ALBUQUERQUE, *As represálias – Estudo de História do Direito Português (Sécs. XV e XVI)*, Lisboa, Ed. Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 1972.

Roncaglia⁸ (1158). Em contrapartida, o imperador outorgou ao estudo geral de Bolonha privilégios que retiravam da respectiva comuna a jurisdição sobre os estudantes, legando-a aos seus professores ou ao bispo se fossem clérigos (posteriormente, essa jurisdição passou aos reitores). Trata-se da *Authentica Habita*⁹, também denominado *Privilegium Scholasticum Frederici I*, estatuto que constituirá a base legal das universidades medievais e servirá de paradigma, em variados graus de influência, para os estudos gerais que surgirão por toda a Europa em seguida.

3 - A organização do estudo geral

O estudo geral de Bolonha adquiriu assim privilégios que isentavam seus alunos estrangeiros da jurisdição civil e criminal da comuna de Bolonha, além de os dispensar do pagamento de vários impostos incidentes ao longo de seu caminho de casa. Uma vez estabelecidos na cidade, esses estudantes estrangeiros agrupavam-se em “nações”, segundo a sua origem nacional, no intuito de melhor defender seus interesses. Essas nações, por sua vez, nos moldes das corporações de ofício medievais, as guildas, se reuniam em “universidades”, mais precisamente duas: a dos citramontanos, vindos das várias cidades da Itália, e a dos ultramontanos, do resto da Europa. Daí deriva, portanto, o termo “universidade”, que hoje serve para designar aquilo que na Idade Média era chamado de *Studium Generale*, estudo geral. Cada universidade, por sua vez, elegia um reitor, a fim de a representar perante a comuna.

Bolonha auferia grandes benefícios com a presença de tantos estrangeiros dentro de seus muros, pois lá gastavam suas economias, com aluguel, víveres, tabernas etc. Acredita-se que chegaram a um número por volta de 10 mil alunos no século XIII, ocasião em que a cidade sequer tinha 100 mil habitantes. Tais alunos, tanto clérigos como barões, provinham de toda Europa e, com suas economias, remuneravam seus professores pelo ensinamento que lhes era ministrado. Embora os professores não pertencessem às nações, sua relação com os alunos era de grande proximidade, sendo até idolatrados por seus pupilos. Os alunos que então concluíssem o curso obtinham a *licentia ubique docendi*, e podiam ensinar em qualquer canto da Cristandade.

⁸ Segundo fixado na Dieta de Roncaglia, as regalias imperiais constituem privilégios sobre diversos bens, áreas, prestações, direitos, prerrogativas etc., exclusivos do Imperador em seu território (*Constitutio de regalibus*), oponíveis às crescentes pretensões das nascentes Comunas italianas.

⁹ Registre-se que o texto da *Authentica Habita* foi incluído no próprio corpo do *Corpus Iuris Civilis* ao lado do Digesto, das Institutas, do *Codex* e das *Novellae*, à semelhança do que também ocorre com o *Liber Feudorum* lombardo.

A estrutura do estudo geral bolonhês apresentava esse perfil especial, nascido espontaneamente da reunião dos estudantes em torno de seu mestre, e gozando de autonomia legal, daí também certa independência acadêmica e científica. Os estudantes elegiam o reitor da sua “universidade”, escolhiam seus professores, e eram imunes civil e criminalmente perante a comuna, como já dito. Só podiam ser julgados, primeiro, pelos professores ou pelo bispo e, num momento posterior, pelo reitor. Atritos certamente existiam entre os professores e o reitor, representante dos estudantes; muito mais sérios, todavia, se revelaram aqueles entre o reitor e a comuna. Em consequência, esta acabou invadindo a independência da universidade e, a partir do século XIV, avocou para si a prerrogativa de nomear o reitor. Passou também a exigir dos professores o juramento de que não ensinariam em nenhuma outra cidade. Aliás, seu maior receio era o êxodo de professores e estudantes para fundar nova escola alhures, o que ocorreu diversas vezes, como no caso da fundação da universidade de Pádua, em 1222. A comuna passou também a remunerar diretamente os professores, em substituição à coleta cobrada dos próprios alunos. Com essa medida, plantaram as sementes da decadência do modelo medieval bolonhês de autonomia e independência do grêmio universitário, inaugurando uma nova era de intervencionismo estatal no ensino.

4 - A universidade de Paris

Outra importante universidade foi a de Paris, nascida pouco depois de Bolonha, de forma igualmente espontânea a partir de uma escola catedralícia. Já no século XII, Paris reunia milhares de estudantes estrangeiros que vinham à cidade para estudar artes liberais na escola erguida ao lado da catedral de Notre Dame. Cite-se nessa época o magistério de Pedro Abelardo, que tanto se debruçou sobre as obras da Antiguidade clássica. Tantos eram os mestres formados pela escola de artes, os *maîtres ès arts*, que eles se uniram num grêmio para desenvolver escolas superiores de teologia, direito canônico e medicina. Mas foi a faculdade de teologia que se tornou responsável pelo resgate do pensamento de Aristóteles e vários outros autores da Antiguidade. Pode-se dizer assim que a universidade de Paris conciliou o pensamento aristotélico com o cristianismo, tarefa executada por vários estudiosos do século XIII, notadamente seu famoso professor São Tomás de Aquino.

O modelo de estrutura universitária de Bolonha se distinguiu do de Paris, mais centrada em teologia, como dissemos. Ao contrário de Bolonha, que nasceu espontaneamente a partir do interesse dos alunos, a quem os professores praticamente obedeciam (“*universitas studiorum*!”),

a universidade de Paris era criação dos professores, embora subordinados à hierarquia eclesiástica (“*universitas magistrorum*”). A imunidade dos estudantes frente à cidade existia, mas a jurisdição sobre eles recaía na pessoa do bispo da cidade. Se Bolonha foi a *Alma Mater* do direito civil, Paris era a escola oficial de teologia do Papado, tanto que, tão cedo, Roma não permitiu que se abrisse outra escola de teologia na Europa, a fim de manter a uniformidade da doutrina.

Outra característica da universidade de Paris, embora não exclusiva, foi o surgimento dos “colégios”, instituições de caridade que abrigavam os alunos pobres sem condições de arcar com o aluguel de suas moradas. O mais famoso foi o colégio de Sorbonne, de 1257, resultado da doação de Robert de Sorbon, capelão e confessor do rei Luís IX, sendo ele próprio de origem camponesa humilde. Mas existiam vários outros, como o Collège de Navarre, o de Harcourt etc. O sistema colegial parisiense se desenvolveu tanto, que acabou incorporando a própria universidade. Neles eram dadas aulas suplementares às da universidade e, a partir do século XV, as aulas do curso universitário passaram a ser realizadas nas sedes dos colégios quase que com exclusividade. Em consequência disso, a própria universidade passou a se designar “Sorbonne”, dada a concentração de aulas e reuniões do grêmio que ocorriam naquele famoso colégio. A universidade de Paris, porém, foi extinta pela Revolução Francesa, a qual, de quebra, extinguiu também as corporações de ofício. Ela iria renascer em seguida com outros moldes, dentro dos quais sobrevive até hoje.

5 - Disseminação das universidades pela Europa

No século XIII em diante, as universidades se disseminaram pela Itália e por toda a Europa. Bolonha e Paris surgiram espontaneamente, assim como ocorreu com a escola catedralícia de Oxford, quando em 1190 para lá se dirigiu o professor bolonhês Vacarius, trazendo cópias dos antigos livros legais. Depois desses exemplos, não surgiram mais estudos gerais espontâneos. Alguns, entretanto, nasceram do êxodo de professores e alunos de uma universidade já existente, por motivo de algum dissídio político com a população ou os poderes locais. Esse foi o caso da universidade de Pádua em 1222, como já aventamos, quando alunos e professores de Bolonha, expurgados pelas brigas entre facções que assolavam a cidade¹⁰, migraram e fundaram aquela

¹⁰ A referência aqui diz respeito às lutas que envolveram a Itália inteira naquele século entre guelfos (pró Papado) e gibelinos (pró Imperador). Em Bolonha o partido guelfo era capitaneado pela família dos Geremei e os gibelinos

escola que, no Renascimento, ultrapassaria em prestígio sua própria matriz. Outro exemplo foi o caso de Pillio da Medicina, que saiu de Bolonha e estabeleceu um estudo geral em Modena, ainda no final do século XII. Citem-se ainda os exemplos de Vercelli em 1228, Perugia em 1276, além de Vicenza, Arezzo, Siena, Florença, Pisa e outras. Fora da Itália, êxodo semelhante ocorreu também na criação da universidade de Cambridge, em 1209, ocasião em que os estudantes de Oxford para lá migraram em consequência de um litígio com os habitantes da cidade.

Outros estudos gerais, além do mais, nasceram da iniciativa régia, como foi o caso da universidade de Nápoles, criada em 1224 por Frederico II de Hohenstaufen, chamado de *Stupor Mundi* por sua cultura. Seu intuito era formar quadros para a administração pública de seu reino, nos moldes de um imperador romano. Caso parecido foi o da universidade de Toulouse, criada em 1229, pela iniciativa do rei São Luís IX e do cardeal Romain de Saint Ange, a ser custeada pelo conde de Toulouse, Raimundo VII, em razão de sua derrota na cruzada contra os albigenses¹¹.

Os alunos que terminavam seus cursos em Bolonha e Paris retornavam aos seus países, com os livros pertinentes, e instavam seus reis a fundar escolas à semelhança de onde haviam estudado. O modelo parisiense foi exportado para toda a Europa, assim como seus colégios¹², como se verifica no Trinity College de Oxford, por exemplo. Mas a grande maioria das universidades inauguradas pela Europa a partir do século XIII se inspirou na forma de organização de Bolonha, com seu reitor, suas nações, seus livreiros, seus bedéis e, em suma, com sua independência acadêmica e científica.

pelos Lambertazzi. A vitória dos guelfos provocou um êxodo de vários professores e alunos simpatizantes com os gibelinos e instalou um regime de natureza tirânico e populista na cidade.

¹¹ Toulouse foi o epicentro da heresia cátara, que no início do século XIII assolou o sul da França. O conde de Toulouse, Raimundo VII, apoiou os cátaros, mas foi derrotado por uma cruzada levantada contra eles pelo rei São Luís. A criação da universidade em Toulouse teve assim o objetivo de criar uma contraposição intelectual às idéias heréticas que lá circulavam.

¹² Bolonha também tinha seus colégios, dentre eles o *Collegio di Spagna*, o *Avignonese*, o *Bresciano* e outros, conforme nos relata ALFANO SORBELLI, em sua *Storia della Università di Bologna*, Nicola Zanichelli Ed., pp. 224-228. Em Portugal, é famoso o testamento de Diogo Afonso Mangancha de 1447, para a criação de um colégio para alunos pobres junto ao estudo geral de Lisboa, o qual lamentavelmente não prosperou (vide MÁRIO BRANDÃO e M. LOPES d'ALMEIDA, *A Universidade de Coimbra*, Ed. da Universidade de Coimbra, pp. 142-146).

6 - As universidades da Península Ibérica

A finalidade de formar quadros administrativos foi também a razão que inspirou os reis da Península Ibérica a criar estudos gerais nos seus respectivos reinos, fora das fronteiras do Sacro Império Romano Germânico. A primeira dessas escolas ibéricas foi Palência, criada em 1180, mas de vida breve. Em 1218, Afonso IX de Leão funda Salamanca, a qual é posteriormente contemplada com a *licentia ubique docendi*, outorgada pela bula papal de Alexandre IV, em 1254. Tal credencial, que em Bolonha era inicialmente concedida pelos professores, passou para a atribuição papal com Honório III, no início do século XIII, com base nos concílios de Latrão.

Na Espanha, grande impulso ao ensino jurídico foi dado por Afonso X, o Sábio, em meados do século, com a *Siete Partidas*. Trata-se de um corpo legislativo altamente romanizado, contendo capítulo detalhado sobre a universidade⁸. Sua reputação foi tamanha que chegou a ser aplicado como direito subsidiário em Portugal. Salamanca, apesar de um início difícil, passará a integrar a lista das grandes universidades europeias a partir do século XV, com os reis católicos. No século de ouro da Espanha (século XVI), sua estrutura servirá de modelo para a criação de várias outras universidades na América espanhola, como na cidade do México, em Lima e até em Córdoba, no interior da Argentina. O descobrimento da América, com sua enorme população indígena, provocou longos debates à época sobre o direito dos índios. As ideias de seu professor Francisco de la Vitoria e de outros¹³ foram cruciais para a publicação da bula papal *Sublimis Deus*, de 1537 de Paulo III, que reconheceu que os indígenas tinham alma e não deveriam ser escravizados.

7 - A universidade portuguesa

A universidade de Portugal, em seu turno, se desenvolveu num momento em que as campanhas militares da Reconquista cristã já haviam recuperado o seu território definitivo. Nesse sentido, encerrada a luta contra os mouros, coube a D. Dinis fundar o estudo geral português de Lisboa, em 1288. Para tanto, obteve pela bula papal de Nicolau IV¹⁴, em 1290, a possibilidade de financiar sua escola com as rendas de determinadas igrejas.

¹³ Não podem tampouco ser desprezadas para o desenvolvimento do direito dos índios e do direito internacional as contribuições de Martin de Azpilcueta e Bartolomeu de las Casas.

¹⁴ Curiosamente, a bula de Nicolau IV de 9 de agosto de 1290 foi dirigida aos “*Dilectis filiis universitati magistrorum et scholarium ulixbonensi*”, a despeito do que afirmamos sobre a diferença entre Paris e Bolonha. (*apud* MÁRIO BRANDÃO e M. LOPES DE ALMEIDA, a *Universidade de Coimbra*, pag. 10),.

A universidade de Portugal nasceu, portanto, da iniciativa real e aprovação papal, sendo esta indispensável para fins de lhe conferir a universalidade do *ius ubique docendi* e para sacramentar a fonte clerical do seu custeio. As antigas escolas catedralícias ensinavam o *trivium* e o *quadrivium*, mas o estudo do direito não era senão indiretamente incluído na matéria dedicada à retórica. Com o estudo geral de Lisboa, os jovens portugueses que pretendessem estudar direito já não precisavam se deslocar a Bolonha, Paris ou Salamanca¹⁵. Poderiam obter em casa o grau de bacharelado, licenciado, mestre e até doutor, na medida em que prosseguiam nos seus estudos.

Tal regime de exame e graus veio regulamentado nos seus estatutos de 1431, os quais sucederam os de 1317 e foram finalmente aperfeiçoados por D. Manuel I, já no início do século XVI¹⁶. Lembre-se que a *licentia ubique docendi* permitia aos universitários reproduzir o ensino adquirido em qualquer lugar da Cristandade. As glosas de Acúrsio e os comentários de Bártolo adquiriram então grande popularidade em Portugal, o tanto que as ordenações afonsinas, publicadas mais tarde, no século XV, os indicavam como fonte subsidiária do direito português. A *sacra pagina* (como era chamada a teologia), todavia, teve de aguardar até o fim do século XIV para ter uma cátedra própria no estudo geral português, dada a resistência inicial do papado¹⁷ à sua disseminação fora da universidade de Paris.

Tanto Lisboa quanto Salamanca tinham, inicialmente, reitores e conselheiros eleitos pelos alunos, gozando de isenções fiscais e de jurisdição civil e criminal próprias. Tal autonomia alçava as universidades ao patamar de verdadeiro terceiro poder político da época, ao lado do rei e da Igreja. O estudo geral português vai, porém, sofrer reviravoltas, com várias mudanças de sua sede. De fato, ele foi transferido para Coimbra em 1308, em razão de conflitos entre estudantes e habitantes da cidade, para voltar a Lisboa em 1338. Depois, voltou a Coimbra, de 1358 até 1378, ficando em Lisboa até que, em 1537, D. João III o transfere definitivamente para Coimbra, numa reforma que lhe conferiu um prestígio inédito.

O grande desafio para sua consolidação era o seu custeio. A mencionada bula de Nicolau IV atendia ao pedido de D. Dinis de lhe dedicar as rendas de determinadas igrejas do reino. Todavia, com o aumento do número de lentes, tais rendas já não lhe bastavam, e se fizeram necessários novos subsídios. Ao longo do século XV, a dinastia de Avis teve de enfrentar esse desafio, com a alocação de mais rendas, provenientes das igrejas do reino e bens do clero, o que

¹⁵ A respeito do tema, vide NOGUEIRA, JOSÉ ARTUR ANES DUARTE, op. cit. Parte II, cap. III, secção III.

¹⁶ BRANDÃO, MÁRIO e M. LOPES DE ALMEIDA, op. cit. pp. 133-134.

¹⁷ A bula de Nicolau de 1290, autorizando o funcionamento do estudo geral em Lisboa, chega a excluir expressamente a teologia, ao conceder aos graduados “*in facultate quacumque, theologica dumtaxat excepta, ubique sine alia examinatione regendi*”. (apud MÁRIO BRANDÃO e M. LOPES d’ALMEIDA, op. cit. pag. 28).

gerou muitos conflitos com sua alta cúpula, sendo de se citar a resistência do poderoso Cardeal de Alpedrinha, Jorge da Costa¹⁸. Com sua fixação definitiva em Coimbra em 1537, o estudo geral cresce em prestígio, apesar da intensa interferência régia.

8 - Ocaso da universidade medieval portuguesa

Aquele modelo original de universidade, que nasceu em Bolonha e foi reproduzido em Portugal, com autonomia dos alunos e independência científica, vai, porém, sofrer grandes modificações. É verdade que as isenções fiscais e imunidades jurisdicionais dos estudantes continuaram por algum tempo, pois a *charta magna privilegiorum* promulgada por D. Dinis na sua criação foi confirmada por seus sucessores. Mas a evolução histórica da universidade, com o surgimento dos Estados-nação do Renascimento, foi gradualmente alterando o sistema medieval de outrora (multifacetado, com corporações e associações livres), no sentido da concentração do poder régio.

Os professores passaram a ser escolhidos pelo rei e D. João I de Avis cria a figura do “*protector*”¹⁹, elemento estranho ao quadro acadêmico e sobreposto ao reitor. De nada serviram os protestos da universidade, pois a figura do *protector* acabava frequentemente recaindo sobre a pessoa do próprio rei ou de membros da família real (como foi o caso do infante D. Henrique). Quando subiu ao trono D. Manuel I, a universidade se prontificou a nomeá-lo seu protetor e, nos estatutos que este monarca lhe concedeu, em 1503, a prerrogativa de os elaborar coube exclusivamente ao detentor de tal cargo.

Essa gradual perda de autonomia universitária dos moldes medievais culminou com a transferência definitiva do estudo geral para Coimbra, em 1537, e com a grande reforma de seus estatutos levada a efeito por D. João III. Não significou, é certo, a decadência da universidade portuguesa; ela continuará crescendo ao longo do período filipino, e ganhará ainda mais ênfase com a reforma empreendida pelo marquês de Pombal. Mas se iniciou uma nova era, em que o estudo geral perdeu suas características originárias provindas de seus paradigmas medievais. Seus indicadores nítidos são a exclusão ao cargo de reitor, não só de alunos, mas também de professores. E, sobretudo, a prerrogativa exclusiva de o rei promulgar novos estatutos.

¹⁸ BRANDÃO, MÁRIO e M. LOPES d'ALMEIDA, op. cit. pag. 125.

¹⁹ BRANDÃO, MÁRIO e M. LOPES d'ALMEIDA, op. cit. pag. 119.

Mais tarde, no século XVIII, o latim será abandonado como língua científica e as universidades europeias empregarão exclusivamente suas línguas nacionais. Certamente tal medida popularizou o ensino, mas reduziu o diálogo científico entre os diversos centros de estudo na Europa. E cada País, de certa forma, passou a caminhar por si só.

O último ponto de interesse a ser citado aqui é que, ao contrário da Espanha, que inaugurou universidades em várias províncias de seu império, Portugal não permitiu que se abrisse uma universidade no Brasil. Isso veio a acontecer com a nossa independência e a constituição de 1824, que criou as universidades de São Paulo e Recife.

Referências:

- AFONSO, O SÁBIO, *Las Siete Partidas, Partida Segunda, Título 31, De los estúdios en que se aprende los saberes y de los maestros y de los escolares*, 1265 (?).
- ALBUQUERQUE, Ruy e ALBUQUERQUE, Martim, *História do Direito Português*. Pedro Ferreira Artes Gráficas Ltda, 12ª Edição, Sintra, 2005.
- BELLOMO, Manlio, *Saggio sull'Università nell'età del diritto comune*, Il Cigno GG Edizioni, Roma, 1992.
- BRAGA, Teófilo, *História da Universidade de Coimbra*, Academia Real das Ciências, 1902.
- BRANDÃO, Mário e M. LOPES D'ALMEIDA, *A Universidade de Coimbra, Esboço da sua História*, Ed. Universidade de Coimbra.
- BOULAY, César Égasse du, *Historia Universitatis Parisiensis, Ipsius foundationem, facultates, magistratus, decreta etc. cum instrumentis publicis et authenticis, a Carolo Magno ad mostra tempora ordine chronologico completens*, Paris 1665.
- CAETANO, Marcello. *História do Direito Português*. Editorial Verbo, Lisboa, 1981.
- CALASSO, Francesco. *Medio Evo del Diritto*. Giuffré Ed., Milano, 1954.
- CHARTULARIUM UNIVERSITATIS PORTUGALENSIS (1288-1537), Documentos coligidos e publicados por A. Moreira de Sá, vol. 1, Centro de Estudos de Psicologia e de História da Filosofia anexo à Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa, 1967.
- CORTESE, Ennio, *Le Grandi Linee della Storia Giuridica Medievale*. Il Cigno GG Edizioni, Roma, 2000.
- CRUZ, Guilherme Braga da, *Origem e evolução da Universidade*, Coimbra, 1985.
- DENIFLE, Friedrich Heinrich Suso, *Chartularium Universitatis Parisiensis*, Chatelain, Émile, Paris, Ex Typis Fratrum Delanain, 1889.
- ESPINOSA, Gomes da Silva, Nuno. *História do Direito Português*. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2011.
- GARCIA Y GARCIA, Antonio, *Los estúdios jurídicos en la Universidad Medieval*, Madrid, 1976.
- GAUDENZI, Augusto, *Gli antichi statuti del Comune di Bologna intorno allo Studio, Bulletino dell'Istituto storico italiano*, Roma 1887.
- KANTOROWICZ, Hermann, *A medieval grammarian on the sources of Law*, tomo XV.
- MALAGOLA, Carlo, *Statuti delle università e dei Collegi dello Studio bolognese*, Bolonha, Zanichelli, 1888.
- NOGUEIRA, José Artur Anes Duarte, *Sociedade e Direito em Portugal na Idade Média*. Associação Acadêmica da Faculdade de Lisboa, Lisboa, 1994.
- , *Lei e Poder Régio, I, As Leis de Afonso II*. Associação Acadêmica da Faculdade de Lisboa, Lisboa, 2006.
- PATETTA, Federico, *La Summa codicis e le Quaestiones falsamente attribuite ad Irnerio, Studi senesi*, vol. XIV, 1897.

-----, *Sull'introduzione del Digesto a Bologna e sulla divisione bolognese in quattro parti*, *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. XIV, 1892.

RASHDALL, Hastings, *The Universities of Europe in the Middle Ages*, Oxford, 1936.

SAVIGNY, Friedrich Carl von, *Histoire du Droit Romain au Moyen Âge*. Chez Charles Hingray, Éditeur, Paris, 1839.

SERRÃO, Joaquim Veríssimo, *História das Universidades*, Porto, 1983.

SORBELLI, Albano, *Storia della Università di Bologna*, Nicola Zanichelli Editores, Bolonha 1940.

TAMASSIA, Giovanni, *La legenda d'Irnerio, Studi pubblicati pel XXXV anno d'insegnamento del Prof. Serafini*, Florença, 1892.

TIRABOSCHI, Girolamo, *Storia dell'augusta abbazia di San Silvestro di Nonantola*, com o Código diplomático da mesma, 2 volumes, Modena, 1784-1798.

VERGER, Jacques, *Les universités au Moyen Âge*, Quadrige, Paris, 1973.

O OFERECIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL Sugestão de um enunciado sumular¹

Daniela Barbosa Assumpção de Souza²

Com a edição da Lei nº 13.964/2019, também conhecida como Pacote Anticrime, vislumbrou-se não apenas o aperfeiçoamento do Direito Penal e Processual Penal no Brasil, mas, sobretudo, atender a um clamor social e à necessidade de maior rigor na punição dos crimes de grande repercussão. A partir de então, com as modificações introduzidas, entre outras medidas, as penas se tornaram mais rigorosas para os crimes praticados mediante violência ou grave ameaça, com aumento do tempo cumprido para efeitos da progressão, além do limite ampliado de 30 para os 40 anos nas penas privativas de liberdade.

Na esfera dos procedimentos, todavia, a introdução do juiz de garantias, as novas regras para a colaboração premiada e a possibilidade de celebração do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), são os institutos que mais têm despertado dúvidas entre os doutrinadores e aplicadores do Direito.

Sendo assim, dentre os temas abordados no âmbito do grupo de trabalho de Direito Processual Penal do CEDES, é bastante relevante a análise da discussão doutrinária e jurisprudencial relativa à *impossibilidade de negativa do MPRJ em oferecer o benefício despenalizador do Acordo de Não Persecução Penal, previsto no art. 28-A, do CPP, nas hipóteses em que não constar confissão em sede policial*.

¹ Com a colaboração de Eduardo Junqueira, Secretário do Centro de Estudos e Debates – CEDES.

² Juíza Titular da 31ª Vara Criminal. Integrante do CEDES.

A questão suscita inúmeras discussões, bem como manifestações ministeriais e decisões judiciais conflitantes, interferindo na duração razoável do processo e, por vezes, impedindo que o benefício despenalizador seja estendido àqueles que, por força de Lei, preencheram todos os requisitos objetivos e subjetivos para tal concessão. Soma-se a isso o fato de, ao se negar tais benefícios, sobrecarrega-se sobremaneira a Justiça Criminal, que se vê diante de inúmeras ações penais que tem por objeto delitos de menor gravidade, nos quais o ANPP beneficiaria não apenas o Autor do fato, mas, também, a Sociedade a favor da qual será revertida a prestação acordada (incisos I a V, do art. 28-A, CPP).

Isso porque, sói acontecer que a despeito de o Autor do fato preencher todas as condições favoráveis ao oferecimento do ANPP, o Ministério Público deixa de ofertar o benefício, ao argumento singelo de que o Indiciado não confessou a prática do crime em sede policial.

Ora, a simples circunstância de o investigado não ter confessado a prática ilícita, quando de sua oitiva em sede policial, não pode inviabilizar o oferecimento do Acordo; isso porque, além desta exigência não constar do dispositivo legal, naquele momento, não há sequer comprovação de que o Autor fora orientado, no sentido de que a confissão seria um requisito necessário para homologação do ANPP.

Tanto assim, que a Legislação em vigor prevê que, após formalizada a acusação penal pelo Ministério Público, estando a hipótese dentre aquelas previstas no art. 28-A do CPP, deverá ser realizada AUDIÊNCIA extrajudicial, na presença do MP, do indiciado e de seu Defensor, ocasião em que serão explicitadas as condições do benefício, na forma expressamente prevista no §3º do mencionado artigo, *verbis*:

Art.28-A.

§ 3º. O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e **será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.** (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

Nesta audiência extrajudicial, caso o Indiciado manifeste o desejo de aceitar o ANPP, deverá realizar a confissão formal e circunstanciada, prevista no art. 28-A, caput, do CPP, **preferencialmente gravada em áudio e vídeo** ou reduzida a termo, conforme prevê o art. 18, § 2º, da Resolução 181/2017 do CNMP, a saber:

Art. 18.

*§2º. A **confissão detalhada** dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)*

No mesmo dispositivo, o Conselho Nacional do Ministério Público prevê que:

§ 3º O acordo será formalizado nos autos, com a qualificação completa do investigado e estipulará de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento, e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018).

Desta forma, forçoso concluir que a circunstância de o investigado não ter confessado os fatos na fase inquisitorial, não autoriza a negativa de oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal, quando o benefício sequer foi formalizado pelo Órgão competente, MPRJ, tampouco garantiu-se ao Réu o direito de comparecer acompanhado de Defesa técnica, para a devida compreensão da hipótese legal.

Na verdade, ao proceder desta forma, o MPRJ pretende que os Investigados confessem os fatos em sede inquisitorial, sem que lhes tenha sido sequer oportunizado o ANPP, portanto, sem a mínima garantia de que aquela confissão lhes trará o benefício legal.

Neste sentido, o STJ, por meio da 6ª turma, decidiu que a ausência de confissão do Autor do fato no inquérito Policial, não impede que o Ministério Público analise o oferecimento do acordo de não persecução penal, conforme excerto a seguir destacado:

“(...) 6. No caso, porque foi negada a remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça (art. 28-A, § 14, do CPP) pela

mera ausência de confissão do réu no inquérito, oportunidade em que ele estava desacompanhado de defesa técnica, ficou em silêncio e não tinha conhecimento sobre a possibilidade de eventualmente vir a receber a proposta de acordo, a concessão da ordem é medida que se impõe.

7. Ordem concedida, para anular a decisão que recusou a remessa dos autos à Procuradoria Geral de Justiça – bem como todos os atos processuais a ela posteriores – e determinar que os autos sejam remetidos à instância revisora do Ministério Público nos termos do art. 28-A, § 14, do CPP e a tramitação do processo fique suspensa até a apreciação da matéria pela referida instituição (STJ – 6ªT. - HABEAS CORPUS Nº 657165 - RJ).

Na mesma linha, o Enunciado nº 3, aprovado durante a I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do CJF/STJ:

Enunciado 3: A inexistência de confissão do investigado antes da formação da opinio delicti do Ministério Público não pode ser interpretada como desinteresse em entabular eventual acordo de não persecução penal.

Da mesma forma, tem sido a interpretação a respeito do tema em debate pela Doutrina, conforme artigo publicado na Revista Consultor Jurídico (Soares, Rafael Jr. e Daguer, Beatriz. *O momento da confissão e o acordo de não persecução penal*. Consultor Jurídico. Em 05 de setembro de 2021, 18h15min), e referências Doutrinárias que o embasam, verbis:

“Portanto, de acordo com a lógica do atual artigo 28-A, da legislação processual penal, descabe exigir a confissão prévia do investigado para fins de avaliação dos requisitos do ANPP pelo Ministério Público, tendo em vista que a autoincriminação deve ser tratada como opção, com suas vantagens e

desvantagens, do indivíduo em razão da oferta do benefício e de acordo com as condições fixadas pelo Ministério Público”.

Segundo Tiago Bunning Mendes e Guilherme Brenner Lucchesi, menos de 20% dos crimes previstos no Código Penal não permitirão o ANPP por não preencherem o requisito objetivo da quantidade de pena. (In Lei anticrime: a reforma penal e a aproximação de um sistema acusatório? [livro eletrônico]). 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 57).

“(...) a autoincriminação prévia do investigado em nada interferiria na ponderação acerca da viabilidade do ANPP, servindo apenas como prejuízo à defesa na fase de ação penal e em outras esferas do Direito”. (BITTAR, Walter Barbosa; SOARES, Rafael Junior. Capítulo 4 — Código de Processo Penal – Decreto-Lei 3.689/41. In: Comentários ao pacote anticrime: Lei 13.964/2019 [Org. Walter Barbosa Bittar]. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 57.).

Na mesma esteira, vale transcrever ementa em Acórdão da lavra do eminente Des. Paulo César Vieira Carvalho Filho, integrante da 4ª Câmara Criminal desta Corte:

HABEAS CORPUS. LIMINAR DEFERIDA PARA DETERMINAR A SUSPENSÃO DO PROCESSO ORIGINÁRIO. DEFESA TÉCNICA QUE ALEGA CONSTRANGIMENTO ILEGAL DIANTE DA RECUSA DE OFERECIMENTO DO ANPP E DO INDEFERIMENTO DA REMESSA DOS AUTOS ORIGINÁRIOS AO PGJ. OFERECIMENTO DE ANPP NÃO CONSISTE EM DIREITO SUBJETIVO DO DENUNCIADO, SENDO POSSÍVEL A SUA RECUSA DESDE QUE DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONSTA DOS AUTOS ORIGINÁRIOS QUE O MINISTÉRIO PÚBLICO, EM COTA

DA DENÚNCIA, SE MANIFESTOU PELO NÃO OFERECIMENTO DO ANPP POR AUSÊNCIA DE CONFISSÃO FORMAL, A QUAL CONSISTE EM REQUISITO OBJETIVO, BEM COMO POR INSUFICIÊNCIA DA MEDIDA, SENDO ESTE REQUISITO SUBJETIVO. DEFESA TÉCNICA DO RÉU QUE, NA PRIMEIRA OPORTUNIDADE DE SE MANIFESTAR NOS AUTOS, PUGNOU PELA REMESSA DOS AUTOS AO PGJ. DECISÃO DO JUÍZO NATURAL QUE INDEFERIU A REMESSA DOS AUTOS AO PGJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. "A INEXISTÊNCIA DE CONFISSÃO DO INVESTIGADO ANTES DA FORMAÇÃO DA OPINIO DELICTI DO MINISTÉRIO PÚBLICO NÃO PODE SER INTERPRETADA COMO DESINTERESSE EM ENTABULAR EVENTUAL ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL". ENUNCIADO N. 3, APROVADO DURANTE A I JORNADA DE DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL DO CJF/STJ. AFASTADO O DESCUMPRIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. ANÁLISE DO REQUISITO SUBJETIVO QUE CONSISTE NO MÉRITO MINISTERIAL, INSUSCETÍVEL DE APRECIACÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. REMESSA AO PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA QUE SE IMPÕE. INTELIGÊNCIA DO ART. 28-A, §14 DO CPP. ORDEM CONCEDIDA. (Habeas Corpus nº 0075847-03.2023.8.19.0000 - Ref. Processo Originário nº 0805564-15.2022.8.19.0045 - Relator: Des. PAULO CESAR VIEIRA DE CARVALHO FILHO. 4ª Câmara Criminal. Julgamento: 12/12/2023).

Por fim há que se destacar a necessidade de fundamentação e motivação idônea, quando da negativa do órgão ministerial em oferecer o ANPP, não bastando apenas alegação da ausência da confissão, em fase policial, tratando-se, inclusive, de causa de nulidade absoluta, conforme excerto abaixo, no qual se grifa:

6. No voto condutor do acórdão embargado consignou-se expressamente que a propositura do acordo de não persecução penal não pode ser condicionada à confissão extrajudicial, na fase inquisitorial e que, por constituir um poder-dever do Parquet, o não oferecimento tempestivo do ANPP desacompanhado de motivação idônea constitui nulidade absoluta. (STJ. 6ª T. EDcl no AgRg no HC 762049 / PR.)

Por todo o exposto, verifica-se que o benefício do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), **não pode deixar de ser oferecido, sob o único argumento de que Réu não confessara os fatos em sede policial**, quando lá comparecem, na quase totalidade das vezes, desacompanhados de Defesa técnica, bem como não são sequer esclarecidos quanto ao benefício despenalizador e as condições necessárias para seu oferecimento, posicionamento, esse, sufragado pela Corte Cidadã.

Sendo assim, nos termos dos artigos 121 a 123 do Regimento Interno deste Tribunal, sugere-se a aprovação, pelo E. Órgão Especial da Corte, do enunciado sumular assim vazado:

A ausência de confissão do Indiciado, na fase inquisitorial, não impede o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal pelo Ministério Público, quando preenchidos os demais requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 28-A, do CPP.

O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E O SEU OBJETO – CABIMENTO NA SEARA PENAL E PROCESSUAL PENAL¹

THE INCIDENT OF REPETITIVE DEMANDS RESOLUTION AND ITS OBJECT - FITTING IN CRIMINAL PROCEDURE

Anderson de Paiva Gabriel²

Felipe Carvalho Gonçalves da Silva³

RESUMO: O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR – foi estatuído pelo Código de Processo Civil/2015, como uma promessa para efetivação dos princípios da segurança jurídica, isonomia e duração razoável do processo. Este artigo tem por escopo analisar o objeto do IRDR, bem como o seu cabimento na seara penal e processual penal.

PALAVRAS-CHAVE: Incidente de resolução de demandas repetitivas; objeto; processo civil; processo penal; penal.

ABSTRACT: The Repetitive Demand Resolution Incident - IRDR - was stipulated by the Code of Civil Procedure/2015 as a promise to enforce the principles of legal certainty, fairness and reasonable length of proceedings. This paper aims to analyze the object of the IRDR, as well as its appropriateness to the criminal procedure area.

KEYWORDS: Incident of repetitive demands resolution; object; civil Procedure; criminal procedure; criminal.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. 3. O Objeto do IRDR. 4. O IRDR na Seara Penal e Processual Penal e o necessário Diálogo entre as Fontes. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

¹ Texto originalmente publicado na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 77. jul/set 2020 e gentilmente cedido para a presente edição.

² Doutorando e Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, aprovado em 1º lugar no XLVII Concurso. Anteriormente, atuou como Delegado de Polícia do Estado do Rio de Janeiro e como Delegado de Polícia do Estado de Santa Catarina. Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, especialização em Direito Público e Privado pelo Instituto Superior do Ministério Público, especialização em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá e especialização em Gestão em Segurança Pública pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Professor de Direito Processual Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e da Escola de Administração Judiciária (ESAJ). Integrante do Comitê Gestor de Segurança da Informação (CGSI) do TJRJ. Integrante do Conselho Editorial da Revista da EMERJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Integrante do Fórum Nacional de Juízes Criminais (FONAJUC) e do Grupo de Estudos de Processo Penal do Instituto de Magistrados do Brasil (IMB). Membro do Conselho da HSSA (Humanities e Social Sciences Association) da University of California-Berkeley.

³ Doutorando e Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Anteriormente, foi Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro (2002-2006). Titular da 2ª Vara Criminal de Belford Roxo. Integrante do Fórum Nacional de Juízes Criminais (FONAJUC). Presidente da Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro (AMAERJ) no biênio 2020/2021.

1. INTRODUÇÃO

O acesso à justiça tem sido ressignificado como um sistema multiportas que abarca ferramentas voltadas para uma maior efetividade⁴. Nesta senda, encampando a doutrina processual moderna, voltada à efetivação dos direitos fundamentais, o Código de Processo Civil de 2015 forjou um microssistema voltado à formação de teses jurídicas centrais aplicáveis a ações e recursos seriados, a fim de maximizar a segurança jurídica⁵, a isonomia⁶ e a duração razoável do processo⁷.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é um desses instrumentos, criado para harmonizar as referidas garantias fundamentais com a necessidade de efetividade.

2. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Cumprе ressaltar que o CPC/2015 revela um hibridismo vanguardista entre a *civil law*, derivado do sistema romano-germânico e no qual nosso direito possui raízes mais profundas⁸, e a *common law*, oriunda do direito anglo-saxão e cuja influência se fez notar com mais força em nossa CRFB/88 e em nosso modelo de controle de constitucionalidade.

Nesse diapasão, o referido Código consubstancia a nossa maturidade jurídica, uma vez que não se trata de um diploma que simplesmente reproduz o que a legislação de outro país, seja da família da *civil law* ou da *common law*, mas que acolhe os ensinamentos e a experiência de cada uma delas, transmutando-os em institutos próprios, numa singularidade peculiar à nossa realidade, o que nos leva a adjetiva-lo como antropofágico, em alusão ao análogo movimento literário modernista de 1922⁹.

⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STANCATI, Maria Martins Silva. A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*, vol. 254, abr. 2016, p. 18.

⁵ FUX, Luiz. Segurança jurídica no novo código de processo civil. In: RÊGO, Werson (Coord.). *Segurança jurídica e protagonismo judicial: desafios em tempos de incertezas – estudos jurídicos em homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Veloso*. 1. ed., Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017. p. 541-542.

⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Jurisdição e pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais*. 1 ed., Curitiba: Editora CRV, 2017. p. 167.

⁷ FUX, Luiz; SANTANA, Irapuã. A construção de um código de processo civil cidadão. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (coords.); MIRZA, Flávio (org.). *Direito processual*. 1. ed., Freitas Bastos Editora, 2015. p. 21.

⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro entre dois mundos. In: *Revista Forense*, v. 359. Rio de Janeiro, 2002, p.124.

⁹ Podemos, aqui, traçar um paralelo com o movimento modernista que marcou nossa literatura, em especial, o “Manifesto Antropófago”⁹ ou “Antropofágico”. Trata-se de um manifesto literário escrito por [Oswald de Andrade](#), publicado em maio de 1928, que tinha por objetivo repensar a dependência cultural brasileira... Propunha,

Aqui reside o traço único do CPC/2015, que não só concilia a jurisprudência com os diplomas legais, como funde a busca pela pacificação dos litigantes (conflict-solving process) com a implementação de políticas públicas (policy-implementing process) e uma maior efetividade, sem descuidar da observância das garantias fundamentais processuais.

Assim, em busca de racionalização das decisões judiciais, o Código de Processo Civil, em seu artigo 926, determina a uniformização, estabilidade e coerência da jurisprudência. Pretende-se a promoção de julgamentos uniformes, seguros, isonômicos, capazes de contribuir para a resolução de conflitos em tempo razoável¹⁰.

O julgamento de casos repetitivos tem papel de destaque neste intento. Com efeito, o artigo 928 do CPC estabelece como julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos, podendo ter por objeto questão de direito material ou processual.

A melhor doutrina aponta a existência de um microsistema construído para a formação de teses jurídicas centrais aplicáveis a ações e recursos seriados¹¹.

Observe-se que o IRDR tem, no artigo 928, idêntico tratamento jurídico ao dos Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos, e tais instrumentos fazem parte de um mesmo título do Código, denominado “Dos processos nos tribunais e dos processos de competência originária dos tribunais”.

Neste sentido, Antônio do Passo Cabral sustenta que:

basicamente, a devoração da cultura estrangeira e das técnicas importadas e sua reelaboração com autonomia, transformando o produto importado em exportável... No Manifesto Antropofágico, Oswald de Andrade fez uso de teorias de diversos autores e pensadores mundiais, como Freud, Marx, Breton, Francis Picabia, Rousseau, Montaigne e Hermann Keyserling, retomando características dos primórdios da formação cultural brasileira, quais sejam: a combinação das culturas primitivas (indígena e africana) e da cultura latina, formada pela colonização europeia. Havia, ainda, a preocupação de que houvesse efetiva absorção cultural e não mera utilização de elementos importados, de modo que a cultura brasileira não se tornasse um amontoado de fragmentos de culturas exteriores. Nesse diapasão, o Manifesto Antropofágico foi um marco no Modernismo brasileiro, pois propôs a alteração da forma com que o brasileiro encarava o influxo de elementos culturais do mundo, ensejando a ascendência de uma identidade nacional e o orgulho da produção cultural própria. O novo Código, em verdade, também busca assimilar as melhores qualidades de cada uma das tradições, exurgindo em seu bojo institutos próprios e que almejam ser adequados a nossa realidade, tornando-se passível de verdadeira “exportação”, ou seja, de se tornar um referencial para outros países acatarem ao criarem novos diplomas. Resgata-se, assim, como metáfora, a crença cultural tupinambá, que através da antropofagia ritualística buscava incorporar as qualidades dos inimigos das mais variadas etnias. Pois bem, também nós, com o CPC/2015, buscamos abarcar as virtudes do modelo europeu e do modelo americano, criando um diploma próprio e vanguardista, com espírito único. GABRIEL, Anderson de Paiva. O contraditório participativo no processo penal: uma análise da fase pré-processual à luz do contraditório participativo. Rio de Janeiro: Editora Gramma. 2017. p. 21-30.

¹⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. 1 ed., São Paulo: Saraiva, 2015. p. 614.

¹¹ RODRIGUES, Roberto Aragão Ribeiro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC. *Revista de Processo*, Direito Jurisprudencial, v. 259, set. 2016. p. 1.

Essa afirmação não decorre apenas de uma orientação doutrinária. Em nosso sentir, trata-se de uma opção legislativa que deriva do modelo adotado pelo novo Código e de algumas regras que expressamente estabelecem uma interpenetração normativa entre os diversos procedimentos. Por exemplo, o *art. 928 do novo CPC afirma que se consideram 'julgamento de casos repetitivos' as decisões proferidas tanto nos recursos especial e extraordinário repetitivos quanto aquelas do incidente de resolução de demandas repetitivas. O art. 979, § 3º, ao estabelecer um cadastro abrangerá também o julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos*¹².

Esse microsistema¹³ permite a aplicação analógica de diversas regras entre os institutos que o integram^{14 15}.

Timbrado no artigo 976 e seguintes do Código de Processo Civil, o IRDR tem aplicação, quando houver, simultaneamente: I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Pretende-se com o IRDR, na esteira do artigo 926 do diploma processual civil, uniformizar a jurisprudência dos tribunais, bem como mantê-la estável, íntegra e coerente.

3. DO OBJETO DO IRDR

Segundo o escólio de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, o IRDR foi concebido para as demandas em que se discute exatamente a mesma questão de direito e a respeito da qual, muitas vezes, há decisões totalmente divergentes¹⁶.

E é cada vez mais comum a existência de demandas em que centenas, milhares de ações, surgem em virtude de um mesmo evento. São as chamadas demandas de massa. Tais hipóteses, não raras vezes, dão azo a constituição de verdadeira jurisprudência lotérica¹⁷.

¹² CABRAL, Antônio do Passo; CRAMMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*. 1 ed.; Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 1415.

¹³ Ratificando a posição de que os Recursos Repetitivos e o IRDR fazem parte de um mesmo microsistema, a assessoria de imprensa do STJ, ao noticiar a admissão do primeiro pedido de suspensão nacional em IRDR, publicou que “a admissão do primeiro requerimento de suspensão nacional o IRDR equivale ao recurso repetitivo apreciado pelo STJ, todavia em nível do TJ e TRF. (Disponível em: <www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/STJ-defere-primeiro-pedido-de-suspens%C3%A3o-nacional-de-processos-em-decorr%C3%A2ncia-de-IRDR>. Acesso em: 11.08.2018).

¹⁴ CABRAL, Antônio do Passo; CRAMMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*. 1 ed.; Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 1415.

¹⁵ Neste sentido, os enunciados n° 345, n° 346 e n° 347 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis.

¹⁶ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Breves notas sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, volume XIV, ano 8, jul./dez. de 2015 de 2015. p. 485.

¹⁷ CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 786, p. 108-126, abr. 2001.

A insegurança jurídica é entrave, inclusive, para o crescimento econômico do país, pois a confiança é elemento necessário para o planejamento de novos investimentos¹⁸. Nesse diapasão, é justamente a insegurança jurídica que se pretende aniquilar com o novel instrumento, tornando os julgamentos mais coerentes, isonômicos e céleres.

Cumprir destacar que o IRDR foi inspirado principalmente no instituto alemão denominado *Musterverfahren*. Foi influenciado também pelas chamadas *test claims*, *pilot judgments*, *group litigation order*, e no *Pilotverfahren*, figuras desenvolvidas por ordenamentos jurídicos alienígenas com o intuito de possibilitar mecanismos para julgamentos de questões comuns ou por amostragem¹⁹.

Aluisio Mendes, um dos maiores estudiosos do tema²⁰, destaca que o *Musterverfahren* (procedimento-padrão) surgiu na Alemanha, diante da dificuldade prática que o Tribunal Administrativo de Munique enfrentava para processar as 5.724 (cinco mil, setecentas e vinte e quatro) demandas ajuizadas para objeção à construção do aeroporto internacional daquela cidade. Com a constatação de que muitas daquelas demandas exibiam similitude quanto aos fatos alegados, o órgão judicial de primeiro grau inovou, pinçando 40 procedimentos para processamento, instrução e julgamento, enquanto os demais ficaram suspensos aguardando a resolução do procedimento-modelo. A medida foi questionada perante a Corte Constitucional da República Federativa da Alemanha, que a chancelou como forma de resolver o problema processual decorrente daqueles milhares de demandas com idêntica questão de fundo²¹.

A despeito de suas fontes de inspiração serem estrangeiras, a nova ferramenta processual é genuinamente brasileira²², não se tratando de simples importação, e dela deve ser extraído o máximo proveito, em homenagem ao Princípio da Operosidade.

¹⁸ROMANO, Rogério Tadeu. *A insegurança jurídica e a economia de mercado*. <https://jus.com.br/artigos/42319/a-inseguranca-juridica-e-a-economia-de-mercado>. Acesso em 25.07.2018. A insegurança econômica não se confunde com a análise econômica do Direito. Sobre a análise econômica do Direito confirmam-se: FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo código de processo civil à luz da análise econômica do direito. *Revista de Processo*, v. 269, jul. 2017, p. 421-432; WOLKART, Erik Navarro. Amendments to the new civil procedure code by bill 168/2015: what would John Rawls and Richard Posner think of it? *Revista de Processo Comparado*, vol. 4, jul./dez. 2016, p. 255-273.

¹⁹ Aluísio Mendes tem estudo aprofundado sobre estes institutos. (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014). Sobre o *Musterverfahren*: (CABRAL, Antonio do Passo. *Il procedimento-modelo (Musterverfahren) tedesco e gli istrumenti di risoluzione di processi ripetitivi*. *Revista de Direito Comparado*, vol. 1, jan./jun. 2015, p. 45-67).

²⁰ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes obteve a sua cátedra de em Direito Processo Civil na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro com tese sobre o tema.

²¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 30-31.

²² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 2-3.

Afinal, para que se assegure o efetivo acesso à justiça, é indispensável a “*utilização dos instrumentos e dos institutos de forma a obter a melhor produtividade possível, ou seja, utilização técnica a serviço dos fins idealizados*”²³.

O objeto do incidente de resolução de demandas repetitivas são os processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão, unicamente de direito, no que difere do procedimento-modelo alemão. Apontando as diferenças, preconiza Aluisio Mendes: “*No Musterverfahren, há julgamento completo do(s) pedido(s) formulado(s), havendo, portanto, cognição ampla e exauriente, com a apreciação das questões de fato e de direito. Por esta razão, a produção de prova é ampla*”²⁴.

Já no ordenamento jurídico inglês, existe o procedimento coletivo denominado *group litigation order* (GLO), que se presta à uniformização das decisões e será utilizado “*sempre que houver pretensões fundadas ou que contenham questão de fato ou de direito, comuns de direito coletivo*”²⁵.

A despeito do que sustenta parcela da doutrina, apesar de ser cabível somente quando a controvérsia residir em questões unicamente de Direito, o IRDR não é cabível tão somente às pretensões isomórficas, ou seja, aquelas que possuem elementos de fato e de direito comuns²⁶.

Com efeito, o Código de Processo Civil estabelece no artigo 928 “*Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I - incidente de resolução de demandas repetitivas; II - recursos especial e extraordinário repetitivos. Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.*”

Logo, se as questões comuns podem ser de natureza processual, não se pode exigir que o IRDR somente possa ser instaurado em ações isomórficas, pois as questões comuns não dependem exclusivamente da identidade ou semelhança das causas de pedir e pedido. Conforme pontua Antônio do Passo Cabral, “*é equivocado pensar que o IRDR esgota-se na análise de*

²³ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais e a ação civil pública – uma nova sistematização da teoria geral do processo*. 2. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000. p. 62.

²⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 39.

²⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 58.

²⁶ NUNES, Dierli. O IRDR do Novo CPC: este “estranho” que merece ser compreendido. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/02/18/o-ir-dr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>. Acesso em 12 de outubro de 2019.

*direitos individuais homogêneos. Nestes, ele também poderá ser útil, mas o espectro de abrangência do IRDR alcança um arco maior de situações que atraem sua aplicação.*²⁷”

Cumprir mencionar a controvérsia em torno da norma estatuída no parágrafo único do artigo 978 do Código de Processo Civil²⁸. Parte da academia sustenta que o incidente de resolução de demandas repetitivas acarreta o julgamento da demanda. Por outro lado, há abalizado posicionamento doutrinário defendendo que há cisão cognitiva, prestando-se o IRDR a fixar somente a tese comum a ser aplicada²⁹.

Sofia Temer, em obra sobre o tema, registra:

Diverge-se sobre a circunstância de haver, em razão do incidente, uma cisão cognitiva e decisória, ou não. Discute-se se o IRDR leva ao julgamento da demanda (pretensão) ou se apenas fixa a tese jurídica, sem resolver a “lide”. Permeia tal discussão a referência aos modelos da “causa-piloto” e do “procedimento-modelo”, empregados para identificar a unidade cognitiva e decisória ou sua cisão, respectivamente.

Apesar de a discussão em torno do IRDR apresentar peculiaridades em relação aos modelos citados no direito comparado, o que decorre de elementos próprios do nosso instituto e de nosso sistema processual, é possível agrupar os entendimentos doutrinários apresentados até o momento também em duas linhas principais, que se aproximam cada qual a um daqueles modelos.

De outro lado, há autores afirmando que o incidente destina-se também ao julgamento do caso concreto a partir do qual foi instaurado. Segundo esta linha, além de dirimir a controvérsia quanto à questão de direito, haveria, no incidente, a resolução do conflito subjetivo, caracterizando-se uma unidade cognitiva e decisória. Esta parcela da doutrina emprega o termo “causa-piloto” para se referir ao incidente.

De outro, afirma-se que o incidente de resolução de demandas repetitivas apenas fixa a tese sobre a questão de direito comum, não adentrando na análise do conflito subjetivo. Haveria, então, uma cisão cognitiva, com a fixação da tese em abstrato, sem aplicação direta ao caso concreto, assumindo o incidente uma feição objetiva³⁰.

Daniel Vianna Vargas³¹ salienta que, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, há julgado em que não houve cisão do julgamento (IRDR nº 0018608-

²⁷ CABRAL, Antônio do Passo; CRAMMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*. 1 ed.; Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 1420.

²⁸ “Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal. Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.”

²⁹ Antônio do Passo Cabral entende que, após a inserção pelo Senado do parágrafo único do artigo 978 do CPC, o instituto passou a ter unidade cognitiva e decisória. Critica o formato: “Pensamos que, como formato ideal, a opção do legislador foi muito ruim. Misturar questões comuns a milhares de causas com as peculiaridades fáticas de um ou poucos processos individuais, tudo unido num mesmo julgamento, pode levar a uma cognição confusa no âmbito do IRDR. E, de fato, ao analisar a questão comum, por vezes pode ser difícil para o órgão julgador desprender-se das idiosincrasias do caso concreto, o que será especialmente preocupante porque, de acordo com o novo CPC, o tribunal também deverá julgar a causa.” CABRAL, Antônio do Passo; CRAMMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*. 1 ed.; Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 1418.

³⁰ TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 3. ed, rev., ampl., atual., Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 66-68.

³¹ VARGAS, Daniel Vianna. Estabilidade Objetiva do IRDR: escritos sobre congruência e eficácia vinculante. In: PORTO, José Roberto Sotero de Mello; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro (Coords.). *Direito processual*

85.2015.8.19.0044) e, em sentido diametralmente oposto, entendimento da Seção Cível Especializada sustentando a concepção de processo abstrato (IRDR nº 0032321-30.2016.8.19.0000), com análise tão somente da questão de direito debatida no incidente.

Embora a redação do parágrafo único do artigo 978 do CPC permita a interpretação de que o IRDR também se prestaria a resolver a lide, acreditamos que o posicionamento mais técnico é o que preconiza que somente tem por objeto o julgamento da questão de direito controvertida, sem se imiscuir no caso concreto. E são muitos os argumentos: 1) o IRDR tem por escopo a resolução de questões de direito, o que limita a cognição e impede o prosseguimento da causa; 2) a desistência do processo no qual foi instaurado o incidente (causa-piloto), não obsta o seu prosseguimento, o que denuncia o seu caráter objetivo; 3) “a natureza objetiva parece ser mais adequada, em termos de sistemática processual, para que seja possível aplicar a tese às demandas fundadas na mesma questão, além de viabilizar a construção de outras categorias que permitam justificar a ampliação do debate e da participação dos sujeitos processuais.”³²; 4) inconstitucionalidade formal e material da regra de competência³³.

Estabelecido que o IRDR tem natureza objetiva, deve-se definir a extensão do seu objeto. Nesse diapasão, o texto legal é clarividente quando delimita o norte do IRDR, qual seja, a uniformização de questões de direito.

Segundo Silvânio Covas, “*questões são pontos sobre os quais as partes controvertem. E essa controvérsia poderá residir nos fatos ou no direito que informam a pretensão deduzida, devendo o juiz considerá-los como premissas para a declaração de vontade concreta da lei*”³⁴.

Para o julgador, decerto é impossível apartar a questão de fato da questão de direito, afinal, o juiz deve subsumir os fatos ao direito para motivar suas decisões.

Conforme o percuciente ensinamento de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro:

O requisito de tratar-se exclusivamente de questão de direito, deve ser entendido, com *grano salis*, pois, normalmente, a questão jurídica dificilmente vem dissociada de uma questão de fato, que lhe dá base. Assim, questão de fato, sempre que necessário, deverá ser examinada e contextualizada para a formação da tese jurídica. Daí por que, se exige que que no cadastro de registro eletrônico das teses jurídicas

contemporâneo: estudos em homenagem a Humberto Dalla Bernadina de Pinho. 1. ed., Rio de Janeiro: LMJ Mundo Cristão, 2018. p. 135-136).

³² TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 3. ed, rev., ampl., atual., Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 70.

³³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 71.

³⁴ COVAS, Silvânio. Questões de fato e questões de direito – quantificação do dano moral. *Revista de Processo*. Vol. 100, out./dez. De 2000. p. 7 da versão on-line.

tomadas a partir do IRDR contenham os fundamentos determinantes da decisão, que poderão abranger questões de fato, além dos dispositivos normativos a ela relacionados (artigo 979, § 2º).³⁵

Embora seja inviável a efetiva separação das questões de fato das questões de direito, é possível determinar se a questão é predominantemente de fato ou de direito, como se depreende do escólio de Teresa Arruda Alvim:

Mas, no que diz respeito especificamente ao tema central dessas nossas breves considerações, tem-se dito, com acerto, que, rigorosamente, seria impossível fazer-se a distinção integral entre questão de direito e questão de fato, pelo menos no plano ontológico, já que o fenômeno direito ocorre, efetivamente, no momento de incidência da norma, no mundo real, no universo empírico. Assim, na verdade, o direito acontece quando se encontram o mundo dos fatos com o mundo das normas. As decisões jurídicas são proferidas depois do que se pode ver como um movimento "pendular", que se dá entre o mundo dos fatos e o das normas, até que o aplicador da lei consiga enxergar com clareza a subsunção, qualificando os fatos e determinando-lhes as conseqüências no plano normativo.³⁶

Não que seja tarefa fácil, como sublinhou Barbosa Moreira³⁷. De fato, deve-se ter em mente que sem o fato não se pode dizer o direito³⁸.

4. DO IRDR NA SEARA PENAL E PROCESSUAL PENAL E O NECESSÁRIO DIÁLOGO ENTRE AS FONTES

Delimitado o objeto do IRDR, cabe enfrentar a ainda incipiente discussão que envolve seu cabimento em questões criminais.

É cediço que o Direito Processual Civil tem avançado a passos largos, enquanto o Processo Penal tem caminhado timidamente.

Com efeito, o Código de Processo Penal é diploma vetusto, tendo entrado em vigor no ano de 1941. Foi redigido por Francisco Campos, mentor da Constituição de 1937 e do Ato Institucional nº 1 em 1964³⁹.

³⁵ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O novo processo civil brasileiro*. 1 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 125.

³⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. *Revista de Processo*, vol. 92, out./dez. De 1998. p. 1-2 da versão on line.

³⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. vol 7, p. 581.

³⁸ “Percebe-se, portanto, que os fatos relativos ao caso concreto são sempre relevantes, inclusive para o enfrentamento das questões predominantes de direito. Por isso, ao afirmar que o IRDR pode ser admitido tão somente em relação a questões de direito não se pretende sugerir, de modo algum, que os fatos concernentes ao caso repetitivo podem ser ignorados no procedimento de resolução do ponto controvertido. Ao revés, quer-se sublinhar que circunstâncias fáticas da causa devem ser consiradas *in statu assertionis* no julgamento do incidente, cujo resultado será aplicado aos casos pendentes e futuros na medida em que guardem correspondência com aquele que tiver sido objeto de afetação.” (SILVA, Ricardo Menezes da; Breves considerações sobre os requisitos de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de processo comparado*, vol. 6, jul./dez. 2017, p. 5 da versão on-line).

³⁹ GABRIEL, Anderson de Paiva. *O contraditório participativo no processo penal: uma análise da fase pré-processual à luz do contraditório participativo*. Rio de Janeiro: Editora Gramma. 2017. p. 17-20.

É bem verdade que ao longo dessas décadas sobrevieram ao Código de Processo Penal inúmeras modificações. Nesse passo, inclusive, há posição doutrinária adjetivando-o como quimérico⁴⁰, uma vez que as diversas leis alteradoras inseriram em seu corpo mudanças inspiradas pela ideologia vigente a seu tempo, culminando em um diploma desprovido de um espírito único e repleto de contradições.

A despeito de tal fato, as alterações mais recentes dizem respeito especialmente ao exercício dos direitos ao contraditório e à ampla defesa, reflexos do neoconstitucionalismo⁴¹. É preciso avançar muito mais.

Apesar de alguma resistência⁴², é robusta a corrente que advoga a existência de uma Teoria Geral do Processo⁴³. Com efeito, há uma relevante interseção entre o Direito Processual Civil e o Direito Processo Penal, notadamente no que diz respeito aos conceitos estruturais, tais como: ação; processo; procedimento; jurisdição; nulidades, provas, etc, o que evidentemente não infirma a importância das particularidades de cada um dos ramos.

Ademais, a partir das premissas dos modernos mestres italianos, como Ferri, Comoglio, Taruffo, Trocker e Varano, entre outros⁴⁴, o processo deve ser visto, necessariamente, sob o

⁴⁰ Ibidem. p. 15-20.

⁴¹ SILVA, Felipe Carvalho Gonçalves da Silva. Do reconhecimento de garantias constitucionais processuais penais pelo ordenamento jurídico: uma década de evolução. In: BALDEZ, Paulo de Oliveira Lanzellotti; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de; CASARA, Rubens Roberto Rebello; NICOLITT, André Luiz. (Orgs.). *O novo regime jurídico das medidas cautelares no processo penal*. 1.ed., Rio de Janeiro: EMERJ, 2011. p. 150-160.

⁴² LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed., São Paulo, Saraiva. P.59. Afrânio Silva Jardim rebate os argumentos tecidos por Aury Lopes Júnior (JARDIM, Afrânio Silva. *Não creem na teoria geral do processo, mas ela existe*. Disponível em: <www.conjur.com.br/2014-jul-04/afranio-jardim-nao-creem-teoria-geral-processo-ela-existe>. Acesso em: 11.08.2018.

⁴³ Fernando da Costa Tourinho Filho defende a existência de uma teoria geral do processo e assevera que pensam de igual maneira Frederico Marques, Carnelutti, Calamandrei, Alcalá-Zamora, Giovanni Leone, entre outros processualistas de renome. De fato, existem diversos institutos que são aplicados tanto ao Processo Civil quanto ao Processo Penal. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 20. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1. p. 170-171. Filiam-se a essa corrente, dentre outros: Antônio do Passo Cabral (CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.350); José Frederico Marques (MARQUES, Frederico. *Manual de direito processual civil*. vol. I. Campinas: Bookseller, 1997. p. 48-51); Franklyn Roger Alves (SILVA, Franklyn Roger Alves. Os efeitos do novo código de processo civil no direito processual penal. In: PORTO, José Roberto Sotero de Mello; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro (Coords.). *Direito processual contemporâneo: estudos em homenagem a Humberto Dalla Bernadina de Pinho*. 1. ed., Rio de Janeiro: LMJ Mundo Cristão, 2018. p. 207 - 252); Afrânio da Silva Jardim (JARDIM, Afrânio da Silva. *Não creem na teoria geral do processo, mas ela existe*. Disponível em: <www.conjur.com.br/2014-jul-04/afranio-jardim-nao-creem-teoria-geral-processo-ela-existe>. Acesso em: 11.08.2018; Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006); Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14. ed., São Paulo: Malheiros, 1998).

⁴⁴ Ver, por todos, TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

prisma constitucional. Assim, se o ordenamento jurídico fosse uma árvore, o direito constitucional seria o tronco e o Direito Processual seria um ramo ou galho dessa árvore.

Marcelo Cattoni adverte com propriedade:

Assim, no Brasil e cada vez mais em toda parte, a Constituição estabelece um verdadeiro Modelo Constitucional do Processo, estruturante do Direito Processual, que não pode ser desconsiderado, sob pena de inconstitucionalidade e até mesmo de descaracterização do instituto do processo enquanto tal. Nosso controle de constitucionalidade pode dar-se como preliminar de mérito em qualquer processo, cível ou penal, de tal forma que todo cidadão tem o direito de se opor ou de arguir uma inconstitucionalidade e todo juiz ou tribunal, da primeira a última instância, não só pode, mas deve, como atividade típica e função intrínseca à jurisdição brasileira, apreciar a constitucionalidade da lei ou ato normativo de qualquer espécie, negando a aplicação de comando eivado de inconstitucionalidade.⁴⁵

Outra não é a lição de José Alfredo Oliveira Baracho⁴⁶:

Existem diversas concepções sobre a Teoria ou doutrina geral do processo ou do Direito Processual que parte da sistematização dos princípios, conceitos e instituições comuns a todos os ramos do processo, estudados de maneira unitária, de conformidade com as instituições fundamentais de toda a disciplina processual. Em cada um dos segmentos pertencentes ao campo do Direito Processual, existem matizes e modalidades peculiares que não impedem a existência de direcionamentos gerais. A independência das diversas disciplinas processuais, a respeito do direito substantivo, é relativamente recente, sendo que a distinção se iniciou com o Direito Processual Civil e o Direito Processual Penal, sendo que apenas mais tarde surgiram outros segmentos, como o Direito Processual Administrativo, o Direito Processual do Trabalho, o Direito Processual Agrário e novos segmentos da processualística. Com o tempo apareceu a mais moderna orientação processualística, através do processo constitucional.

Evidencia-se, portanto, a notória integração entre os diversos ramos do processo, como resultado de sua origem comum, qual seja, o paradigma processual oriundo de nossa Carta Magna.

Assim, não sem razão foram estatuídos os comandos normativos do artigo 3º do Código de Processo Penal,⁴⁷ artigo 15 do código de Processo Civil⁴⁸ e artigo 4º⁴⁹ da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, Decreto-lei nº 4657/42, revelando a necessidade de aplicação da Teoria do Diálogo entre as fontes.

⁴⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Contribuições para uma teoria discursiva da constituição e do processo constitucional. In: Fredie Didier Junior. (Org.). *Teoria do Processo-Panorama doutrinário mundial-segunda série*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 1, pp.615-644.

⁴⁶BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, pp.320-322.

⁴⁷ Art. 3º do CPP: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

⁴⁸ Art. 15 do CPC/2015: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

⁴⁹ Art. 4º da LINDB: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Trata-se de uma teoria pós-moderna, idealizada pelo germânico Erik Jayme e aplicada, no Brasil, pela primeira vez, por Cláudia Lima Marques, a fim de preservar a coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil, permitindo que normas gerais mais benéficas supervenientes suplantassem a aplicação de norma especial (concebida para conferir tratamento privilegiado a determinada categoria), a fim de preservar a coerência do sistema normativo.

A referida autora, ao discorrer sobre a teoria, asseverou ser um método da nova teoria geral do direito muito útil e que pode ser usada na aplicação de todos os ramos do direito, privado e público, nacional e internacional, como instrumento útil ao aplicador da lei no tempo, em face do pluralismo pós-moderno de fontes, que não parece diminuir no século XXI⁵⁰.

A ideia não é nova. Santi Romano, desde 1918, defendia uma visão concreta do direito como um corpo vivo de normas, isto é, uma ordem jurídica seria um fenômeno da vida real⁵¹. Por sua vez, em 1935, Karl Larenz defendeu que a unidade do direito ensejava uma interpretação sistemática e coerente de normas⁵².

Cláudia Lima Marques⁵³ destaca que:

Ao valorar os princípios, normas e o sistema de valores imanentes nas Constituições na lista de direitos fundamentais de cada país, a teoria de Erik Jayme homenageia a lógica de aplicação das leis de Perelman, pois para este autor o direito tem uma função social a realizar, e, portanto, de uma forma realista, não pode ser concebido sem que se leve em conta a sociedade que deve reger.⁵⁴

Nessa linha de ideias, há de se destacar o art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB)⁵⁵, que deve balizar a aplicação de todas as leis, e o art. 8º do CPC/2015⁵⁶, que segundo a nossa compreensão, é norma fundamental do processo, alcançando todos os ramos processuais.

Ambos impõem ao magistrado que, ao interpretar e aplicar as normas jurídicas, o faça buscando atender os fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, sendo que a

⁵⁰ MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jayme. In: *MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo das Fontes do Conflito à Coordenação de Normas no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp.18-19.

⁵¹ ROMANO, Santi. *L'ordre juridique*. Reimp. Paris: Dalloz, 2002, p.5.

⁵² KRAMER, Ernst A. *Juristische Methodenlehre*. München: Beck, p.65.

⁵³ MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jayme. In: *MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo das Fontes do Conflito à Coordenação de Normas no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. pp.18-19.

⁵⁴ PERELMAN, Charles. *Logique Juridique* (reimpressão histórica da 2ª edição de 1979). Paris: Dalloz, 1999. P. 175.

⁵⁵ Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

⁵⁶ Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

norma processual, por ter sido editada já sob a égide da CRFB/88, ainda determina que se procure resguardar e promover a dignidade da pessoa humana, observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência, isto é, valores constitucionais.

O diálogo das fontes deve ser norteado pelos valores constitucionais e pelos direitos humanos ou fundamentais, possibilitando influências recíprocas entre diplomas diversos (por exemplo o CPC/2015 e o CPP), bem como a aplicação conjunta de duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente.

Trata-se, portanto, de uma expressão que simboliza um novo paradigma de coordenação e coerência, próprio para a interpretação de normas em tempos de fontes plúrimas. A aplicação do direito é, na pós-modernidade, um fenômeno complexo que dificilmente admite a simples subsunção do fato à norma, como ocorria no período napoleônico.

A teoria, portanto, pode ser usado em várias áreas jurídicas, pressupondo que os direitos fundamentais e os valores constitucionais norteiem a aplicação, seja simultânea, complementar ou subsidiária, de várias fontes.

Através de seu emprego, afastam-se eventuais lacunas e até evita-se a necessidade de um exame concreto da inconstitucionalidade de alguma das normas, permitindo a escolha das leis a aplicar, na sua ordem e na interpretação delas conforme a Constituição.

Cabe destacar elucidativo trecho sobre a teoria, proferido em acórdão da relatoria do ministro Napoleão Nunes Maia Filho⁵⁷:

O Direito deve ser compreendido, em metáfora às ciências da natureza, como um sistema de vasos comunicantes, ou de diálogo das fontes (Erik Jayme), que permita a sua interpretação de forma holística. Deve-se buscar, sempre, evitar antinomias, ofensivas que são aos princípios da isonomia e da segurança jurídica, bem como ao próprio ideal humano de Justiça.

Nesse sentido, há que se destacar que os Tribunais brasileiros acolheram plenamente a “teoria do diálogo das fontes”⁵⁸, reconhecendo, inclusive, sua aplicação de forma específica no âmbito processual⁵⁹.

⁵⁷ AgRg no REsp 1483780, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Órgão Julgador: Primeira Turma, data do julgamento: 23/06/2015, data da Publicação/Fonte DJe 05/08/2015.

⁵⁸ REsp 1272827 (repetitivo), Relator: Ministro Mauro Campbell Marques DJe 31/05/2013, REsp 1184765 (repetitivo) Relator: Ministro Luiz Fux DJe 03/12/2010, RMS 49370, relator: Ministro Herman Benjamin, 20/05/2016, AgRg no REsp 1483780, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. DJe 05/08/2015, REsp 1321614, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino DJe 03/03/2015, AgRg no AREsp 360490, Relator: Ministro Herman Benjamin DJe 07/03/2014, REsp 1216673, Relator: Ministro João Otávio de Noronha DJe 09/06/2011, REsp 1009591, Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI DJe 23/08/2010.

⁵⁹ PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EFEITO SUSPENSIVO. LEI 11.382/2006. REFORMAS PROCESSUAIS. INCLUSÃO DO ART. 739-A NO CPC. REFLEXOS NA LEI 6.830/1980. PRECEDENTES. 1. A defesa do executado, seja por meio de impugnação ao cumprimento da sentença (art. 475-

Como podemos observar, o diálogo se mostra não só possível, como necessário, para um processo penal efetivo e ao mesmo tempo garantista. Imperiosa a leitura do vetusto CPP à luz da Constituição Federal e do vanguardista CPC/2015, já que as normas fundamentais previstas neste propalam justamente os valores previstos na Carta Magna, permitindo uma redemocratização do processo penal.

Há que se ressaltar, em outro giro, que mesmo antes do advento do CPC/15 a jurisprudência já era pacífica quanto a aplicabilidade das disposições do CPC/73 ao CPP e vice-versa, havendo inúmeros precedentes de nossos Tribunais Superiores.

Exemplo emblemático de aplicação supletiva decorre do instituto da *perpetuatio jurisdictionis*, que era previsto no art. 87 do CPC/1973⁶⁰ e agora no art. 43⁶¹ do CPC/2015. Trata-se da perpetuação da competência, cuja aplicação ao processo penal sempre foi reconhecida também pela doutrina.

No mesmo sentido, já havia se posicionado anteriormente o STJ⁶², também reconhecendo que, por força do art. 3º do CPP, aplica-se o disposto no Código de Processo Civil, levando à

M), ou pelos embargos ao título extrajudicial (art. 739-A), é desprovida de efeito suspensivo, podendo o juiz conceder tal efeito se o executado requerer e desde que preenchido os pressupostos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* e, como regra, garantido integralmente o juízo, consoante a nova sistemática do processo satisfativo, introduzida pelas Leis n.ºs 11.232/05 e 11.382/06. 2. A mesma ratio deve ser estendida às Execuções Fiscais (Lei 6.830/1980), posto receber aplicação subsidiária do CPC (art. 1º, da LEF) e não possuir regra específica acerca dos efeitos dos embargos à execução fiscal. 3. É cedido que: "No atual quadro normativo, a execução fiscal supõe prévia formação do título executivo, mediante procedimento administrativo em que se assegura o contraditório, no âmbito do qual se promove a constituição do crédito tributário e a inscrição em dívida ativa. Ademais, a própria execução fiscal comporta embargos do devedor com efeito suspensivo, se for o caso (CPC, art. 739-A, § 1º)" (AgRg na MC 13249/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 25/10/2007). 4. Conforme decidiu a 2ª Turma desta E. Corte, no Resp. n.º 1.024.128/PR, Rel. Min. Herman Benjamin: "A novel legislação é mais uma etapa da denominada "reforma do CPC", conjunto de medidas que vêm modernizando o ordenamento jurídico para tornar mais célere e eficaz o processo como técnica de composição de lides. Sob esse enfoque, a atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor deixou de ser decorrência automática de seu simples ajuizamento. Em homenagem aos princípios da boa-fé e da lealdade processual, exige-se que o executado demonstre efetiva vontade de colaborar para a rápida e justa solução do litígio e comprove que o seu direito é bom. Trata-se de nova concepção aplicada à teoria geral do processo de execução, que, por essa ratio, reflete-se na legislação processual esparsa que disciplina microssistemas de execução, desde que as normas do CPC possam ser subsidiariamente utilizadas para o preenchimento de lacunas. Aplicação, no âmbito processual, da teoria do "diálogo das fontes" (DJ. 19/12/2008). 5. Deveras, a aferição pelo Tribunal a quo acerca de serem "relevantes os fundamentos dos embargos, e podendo a execução causar ao executado grave dano de difícil reparação" (fl.88) é insindicável pelo E. STJ, ante o óbice da Súmula 07. 6. Recurso especial não conhecido. (REsp 1065668/SC, Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma do STJ, data do Julgamento: 25/08/2009, data da Publicação/Fonte: DJe 21/09/2009) (grifado).

⁶⁰ Art. 87. Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.

⁶¹ Art. 43. Determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta.

⁶² PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 121, § 1º, INCISOS I, IV E V, DO CÓDIGO PENAL. COMPETÊNCIA. REGRA GERAL. LUGAR DA INFRAÇÃO. ART. 70, CAPUT DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CRIAÇÃO DE NOVA VARA FEDERAL COM JURISDIÇÃO SOBRE O MUNICÍPIO

perpetuação do foro em respeito ao princípio constitucional do juiz natural (Precedentes inclusive do Pleno do Pretório Excelso).

O STF também já havia reconhecido a possibilidade de aplicação analógica do art. 191 do CPC/1973⁶³ ao processo penal, oportunidade em que foi ressaltado que se no processo civil, em que se discutem direitos disponíveis, concede-se prazo em dobro, com mais razão no processo penal, em que está em jogo a liberdade do cidadão⁶⁴.

Por oportuno, cumpre esclarecer que o Supremo, durante análise de questão de ordem no Inquérito 3.980, redefiniu o entendimento para as ações penais onde todos os interessados têm acesso simultâneo ao inteiro teor dos autos, indeferindo em votação unânime o pleito de prazo em dobro. Tal alteração ocorreu em virtude da vigência do novo Código de Processo Civil, que possui regra específica para o processo eletrônico (art. 229, §2º do CPC/2015⁶⁵).

Com efeito, conforme salientou o ministro Teori, em seu voto, a impossibilidade de acesso simultâneo ao inteiro teor dos autos — que eram exclusivamente físicos — é que justificava a norma anterior que dava prazo em dobro para as partes, o que não ocorre no processo eletrônico, razão pela qual deve ser aplicado subsidiariamente o artigo 229, §2º do

ONDE SE DEU O CRIME, APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. FEITO EM ANDAMENTO. PERPETUATIO JURISDICTIONIS. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA (ART. 3º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL) DO ART. 87 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRISÃO PREVENTIVA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL E GARANTIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. NECESSIDADE DA MEDIDA CONSTRITIVA DEVIDAMENTE DEMONSTRADA. I - A criação de nova vara federal com jurisdição sobre o município onde se deu a infração não implica em incompetência superveniente do juízo em que se iniciou a ação penal. II - Por força do art. 3º do Código de Processo Penal, aplica-se ao caso o disposto no art. 87 do Código de Processo Civil, levando à perpetuação do foro em respeito ao princípio constitucional do juiz natural (Precedentes do Pleno do Pretório Excelso e desta Corte). III - A prisão preventiva deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu jus libertatis antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constritiva só pode ser decretada se expressamente for justificada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal IV - Na presente hipótese, restou devidamente evidenciada a necessidade de sua imposição, mediante a demonstração de elementos concretos, que o réu, solto, poderá causar risco à instrução do feito, ou mesmo frustrar a provável aplicação da lei penal, razão pela qual mesmo em sendo a liberdade a regra, esta se mostra devidamente excetuada pois efetivamente demonstrada, em relação ao paciente, a existência de periculum libertatis. Habeas corpus denegado. (HC 63720/DF, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, data do Julgamento 05/10/2006, data da publicação/fonte DJ 13/11/2006 p. 285).

⁶³ Art. 191. Quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos.

⁶⁴ STF. Plenário. Inq 3983/DF, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, julgado em 3/9/2015 (Info 797). STF. Plenário. Inq 4112/DF, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 1º/9/2015 (Info 797).

⁶⁵ Art. 229. Os litisconsortes que tiverem diferentes procuradores, de escritórios de advocacia distintos, terão prazos contados em dobro para todas as suas manifestações, em qualquer juízo ou tribunal, independentemente de requerimento. § 1º Cessa a contagem do prazo em dobro se, havendo apenas 2 (dois) réus, é oferecida defesa por apenas um deles. § 2º Não se aplica o disposto no caput aos processos em autos eletrônicos.

CPC/2015, e não o caput⁶⁶. Reiterou-se, portanto, a aplicação subsidiária do CPC ao processo penal.

Com o intuito de dissipar qualquer dúvida, há de se destacar precedente do STJ⁶⁷, em que foi pacificada a possibilidade de condenação em honorários advocatícios em caso de ação penal privada (AgRg no REsp 1.206.311-SP, Quinta Turma, DJe 11/6/2014), com base no princípio geral de sucumbência e na aplicação do Código de Processo Civil, invocando-se o disposto nos arts. 3º e 804 do CPP⁶⁸, em harmonia com o art. 20 do antigo CPC.

Como se não bastasse, a Quinta Turma do STJ assentou a aplicabilidade do princípio da cooperação, com base na aplicação subsidiária do CPC/2015,⁶⁹ admitindo que o juiz intime o membro do Parquet para complementar a denúncia apresentando o rol de testemunhas⁷⁰:

No mesmo sentido, isto é, reconhecendo o dever de cooperação à luz de um contraditório participativo, a Sexta Turma do STJ já entendeu que o juiz pode, mesmo antes da sentença, proceder à correta adequação típica dos fatos narrados na denúncia para viabilizar, desde logo, o reconhecimento de direitos do réu caracterizados como temas de ordem pública decorrentes da reclassificação do crime⁷¹.

⁶⁶ STF, INQ 3.980. Conforme notícia divulgada pelo STF no dia 07 de junho de 2016, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=318237&tip=UN>, último acesso em 10 nov. 16.

⁶⁷ DIREITO PROCESSUAL PENAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS EM AÇÃO PENAL PRIVADA EXTINTA SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. É possível condenar o querelante em honorários advocatícios sucumbenciais na hipótese de rejeição de queixa-crime por ausência de justa causa. É pacífica a orientação de possibilidade de condenação em honorários advocatícios em caso de ação penal privada (AgRg no REsp 1.206.311-SP, Quinta Turma, DJe 11/6/2014), com base no princípio geral de sucumbência e na aplicação do Código de Processo Civil. Nesse contexto, o antigo Código de Processo Civil - aplicado quando da condenação dos honorários advocatícios - previa a fixação da referida verba em razão da sucumbência da parte, independentemente da apreciação do mérito do feito, com suporte no princípio da causalidade. Assim, considerando que o regime de fixação de honorários advocatícios em sede de ação penal privada deve seguir a mesma lógica do processo civil, não há como aplicar de forma restritiva o CPC/1973, devendo responder por custas e honorários advocatícios a parte que deu causa ao ajuizamento da demanda, mesmo quando não enfrentado o mérito. Portanto, deve prevalecer o entendimento da Corte Especial sobre o tema (EDcl no AgRg na PET na APn 735-DF, DJe de 18/12/2015), a qual confirmou a possibilidade de fixação de honorários advocatícios em caso de rejeição de queixa-crime, fundamentando-se nos arts. 3º e 804 do CPP, em harmonia com o art. 20 do antigo CPC. (EREsp 1.218.726-RJ, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 22/6/2016, DJe 1/7/2016)

⁶⁸ Art. 804. A sentença ou o acórdão, que julgar a ação, qualquer incidente ou recurso, condenará nas custas o vencido.

⁶⁹ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

⁷⁰ RHC 37.587-SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 16/2/2016, DJe 23/2/2016 (Informativo n. 577).

⁷¹ Sexta Turma DIREITO PROCESSUAL PENAL. EMENDATIO LIBELLI ANTES DA SENTENÇA. O juiz pode, mesmo antes da sentença, proceder à correta adequação típica dos fatos narrados na denúncia para viabilizar, desde logo, o reconhecimento de direitos do réu caracterizados como temas de ordem pública decorrentes da reclassificação do crime. Com efeito, é válida a concessão de direito processual ou material urgente, em tema de ordem pública, mesmo quando o fundamento para isso seja decorrência de readequação típica dos fatos acusatórios, em qualquer fase do processo de conhecimento. De fato, o limite do caso penal são os fatos indicados na peça

Importante destacar que o próprio Código de Processo penal reconhece o diálogo com o Código de Processo Civil, tendo em vista a natureza processual de ambos, isto é, concernem a ramos de uma mesma árvore, à luz da doutrina de Nicolas Trocker, já citada.

É o caso da previsão insculpida no art. 362 do CPP⁷², que acolhe o uso da citação por hora certa no processo penal, remetendo, contudo, a disciplina do procedimento para os artigos 227 a 229 do CPC/1973⁷³.

Em outro giro, gize-se o disposto no artigo 28 do CPP, que é empregado por analogia ao rito das ações civis, quando integrante do Ministério Público declina da atuação em feito, mas o Juízo considera existir interesse público em discussão. Cite-se outro exemplo: o artigo 152 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a aplicação subsidiária das normas gerais previstas na legislação processual pertinente. No rito para apuração dos atos infracionais, estabelecido a partir do artigo 103 do ECA, aplicam-se supletivamente as garantias processuais penais – não

acusatória. Irrelevante é a adequação típica indicada pelo agente ministerial, que em nada limita a persecução ou as partes do processo – o juiz e mesmo o acusador podem compreender até a sentença que os fatos descritos caracterizam crimes outros. Daí porque não cabe ao juiz corrigir defeito de enquadramento típico da denúncia – na sentença simplesmente enquadrará os fatos ao direito, na forma do art. 383 do CPP, como simples exercício de jurisdição. É a *emendatio libelli* reservada para o momento da prolação da sentença, ocasião em que o magistrado, após encerrada a instrução e debates, decidirá o direito aos fatos acusatórios – sem qualquer limitação de enquadramento típico. Ocorre que matérias de ordem pública, de enfrentamento necessário em qualquer fase processual – como competência, trancamento da ação, sursis processual ou prescrição –, podem exigir como fundamento inicial o adequado enquadramento típico dos fatos acusatórios, como descritos (assim independentemente da instrução). Não se trata de alteração do limite do caso penal pela mudança do tipo penal denunciado – irrelevante aos limites do caso penal – e sim de decidir se há direito material ou processual de ordem pública, como, por exemplo, a definição do direito à transação penal, porque os fatos denunciados configuram em verdade crime diverso, de pequeno potencial ofensivo. Trate-se de simples condição do exercício da jurisdição, aplicando o direito aos fatos narrados na denúncia para a solução de temas urgentes de conhecimento necessário. Cuida-se de manifestação em tudo favorável à defesa, pois permite incidir desde logo direitos do acusado. Impedir o exame judicial em qualquer fase do processo como meio de aplicar direitos materiais e processuais urgentes, de conhecimento obrigatório ao juiz, faz com que se tenha não somente a mora no reconhecimento desses direitos, como até pode torná-los prejudicados. Prejuízo pleno também pode ocorrer, como no direito à transação penal ou sursis processual se realizado o correto enquadramento típico na sentença, ou acórdão de apelação. Ou no enquadramento da supressão de valores mediante fraude bancária como estelionato ou furto, pois diferentes os locais da consumação e, como incompetência relativa, sem renovação dos atos no foro adequado. Assim, há direito do acusado a ver reconhecida a incompetência, a prescrição, o direito à transação, a inexistência de justa causa, e, se isso pode reconhecer o magistrado sem dilação probatória, pela mera aplicação do direito aos fatos denunciados, pode e deve essa decisão dar-se durante a ação penal, como temas de ordem pública, mesmo antes da sentença. Se a solução do direito ao caso penal dá-se em regra pela sentença – daí os arts. 383 e 384 do CPP – temas de ordem pública podem ser previamente solvidos. HC 241.206-SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 11/11/2014, DJe 11/12/2014 (Informativo 553).

⁷² Art. 362. Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

⁷³ Art. 227. Quando, por três vezes, o oficial de justiça houver procurado o réu em seu domicílio ou residência, sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar a qualquer pessoa da família, ou em sua falta a qualquer vizinho, que, no dia imediato, voltará, a fim de efetuar a citação, na hora que designar.

O art. 1.046, §4º do novo Código preconiza expressamente que “as remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes neste Código”. Portanto, a citação por hora certa será regulada, a partir da vigência do CPC/2015, pelos artigos 252 ao 254.

obstante o artigo 198 do Estatuto determinar a observância do sistema recursal do Código de Processo Civil, com adaptações dispostas na própria Lei nº 8.069/90. Assim, o adolescente é cientificado sobre o direito ao silêncio antes da sua oitiva, conforme sufraga o artigo 186, *caput* e parágrafo único do Código Penal. Ademais, muitos Magistrados permitem que a oitiva do adolescente representado seja realizada após a produção da prova testemunhal, tal qual ocorre nos modernos ritos do processo penal.

A doutrina tem procurado estudar a influência do Código de Processo Civil sobre o Código de Processo Penal e outra não é a conclusão apontada, como lecionam Flávio Mirza, Cândido Rangel Dinamarco e Anderson de Paiva Gabriel⁷⁴. Malgrado o artigo 15 do Código de Processo Civil de 2015 faça referência expressa tão somente à aplicação de suas disposições de forma supletiva e subsidiária a processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, não há qualquer vedação pelo novel código à aplicação ao Processo Penal e, por certo, não se trata de silêncio eloquente, já que o próprio CPP, em diversas passagens reconhece a aplicação subsidiária do CPC. Como já destacamos, nossos tribunais superiores também possuem consolidada jurisprudência nesse sentido⁷⁵.

Sepultando qualquer dúvida, gize-se o enunciado 03 da I Jornada de Direito Processual Civil do CJF, decorrente de proposição nossa, inclusive⁷⁶.

Posto isso, reitere-se que o Código de Processo Penal, em seu artigo 3º, admite expressamente a interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito⁷⁷. No tocante a estes, grassa alguma controvérsia na doutrina quanto

⁷⁴ “Na tramitação legislativa do projeto do Código de Processo Civil de 2015 o legislador suprimiu de seu art. 15 a referência aos processos penais, mas esses processos continuarão a se render à normas processuais civis graças ao disposto no art. 3º de seu próprio Código, onde se lê que “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica.” (DINARMARCO, Cândido Rangel. *Comentários ao código de processo civil – volume I (arts. 1º a 69)*: das normas processuais civis e da função jurisdicional; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da; GOUVÊA, José Roberto Ferreira (coords.). 1. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 153). MIRZA, Flávio. Valoração da prova: reflexões sobre o sistema de apreciação. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (coords.); MIRZA, Flávio (org.). *Direito processual – coleção Direito UERJ 80 anos*. 1. ed., Freitas Bastos Editora, 2015. p.138.

⁷⁵ HC 63720/DF, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, data do Julgamento 05/10/2006, data da publicação/fonte DJ 13/11/2006 p. 285

⁷⁶ GABRIEL, Anderson de Paiva. *A aplicação supletiva e subsidiária do CPC/15 ao CPP/41: Reflexões sobre a jurisdição contemporânea*. https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/a-aplicacao-supletiva-e-subsidiaria-do-cpc15-ao-cpp41-09102017. Acesso em 29 de novembro de 2019.

⁷⁷ Cabe diferenciar interpretação extensiva, analogia e interpretação analógica. A interpretação extensiva é aplicada quando a lei disse menos do que queria. Assim, quando o artigo 61, inciso II, alínea c, do Código Penal refere-se à traição, emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido, quer apontar recursos semelhantes àqueles mencionados no texto legal. Analogia é um princípio segundo o qual a lei estabelecida para determinada hipótese fática aplica-se a outra, a despeito de inexistência de regulamentação expressa, em virtude da semelhança entre ambas. É técnica de integração aplicada aos vazios

a sua abrangência, mas podemos afirmar, com convicção, que abarcam os princípios constitucionais.

Assim, a dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento de nossa república, bem como o devido processo legal, o contraditório, a segurança jurídica, a duração razoável dos processos, entre outros direitos fundamentais, devem não só nortear a interpretação de qualquer norma processual penal, como balizar o próprio processo penal.

E no ponto, o CPC/2015 reafirma uma série de princípios de lastro constitucional, tornando-lhes normas fundamentais do processo e conferindo-lhes uma dimensão ainda mais ampla, sendo, portanto, imperiosa a sua aplicação supletiva e subsidiária a todas as demais legislações processuais.

Nesse diapasão, por exemplo, os princípios da boa-fé processual (art. 5º), cooperação (art. 6º), fundamentação adequada (art. 489, §1º) e respeito aos precedentes (art. 489, §1º, V e VI; 926 e 927) devem ser observados em todos os ramos.

Assim, a atuação dos juízes, enquanto garantidores dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, é imperiosa para consecução dos valores propalados pela Constituição também no processo penal.

O fenômeno aludido encontra paralelo no processo penal espanhol, conforme aponta Lorenz M. Bujosa Vadell (Catedrático de Derecho Procesal – Universidad de Salamanca):

Ainda hoje naturalmente o problema da efetividade das garantias constitucionais de conteúdo processual é uma questão central em qualquer Estado de Direito. Não pode ser de outra maneira também no ordenamento espanhol. A complexa tarefa de constitucionalização não pôde ainda terminar. É uma missão permanente. Temos problemas velhos que não tem ainda uma solução idônea na lei processual penal, e questões relativamente novas que precisam de normas concretas que não podiam ter sido previstas precisamente pela sua relativa novidade.⁷⁸

As normas processuais constitucionais configuram o elemento nuclear de nosso sistema processual, no entorno da qual gravitam todas as demais normas de processo. Há, entretanto, profunda confluência entre as previsões constitucionais e as normas fundamentais do processo

jurídicos. A título exemplificativo, mencione-se que os requisitos da carta precatória (art. 354 do CPP) são aplicados à carta rogatória (art. 368 do CPP), devido à inexistência de regulamentação expressa quanto a este ponto. Interpretação analógica é técnica utilizada para adaptação de disposição normativa imprecisa ou defeituosa. A lei possui disposição para o caso concreto, mas que precisa ser adaptada. À guisa de exemplo de interpretação analógica, quando se cuida das causas de suspeição do juiz (art. 254 do CPP), deve-se incluir também o jurado, que não deixa de ser um magistrado, embora leigo. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 20. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1. p. 170-171. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 72.

⁷⁸ Ibidem, p.501.

previstas no CPC/2015, que não só consolidam aquelas como conferem maior dimensão, razão pela qual devem se espalhar pelos demais ramos processuais.

Como salienta Hermes Zaneti Junior, “mesmo que o Código de Processo Penal, a legislação eleitoral e o microsistema de processo coletivo não contenham normas sobre precedentes, a regra geral estabelecida no art. 927, que prevê que todos os juízes e tribunais observarão os precedentes, é aplicável para todos estes sistemas”.⁷⁹

Assim, a doutrina vem se posicionando pelo cabimento do IRDR no Processo Penal, com arrimo no artigo 3º do Código de Processo Penal⁸⁰ e na aplicação supletiva e subsidiária do CPC/15 ao processo penal.

Neste particular, em obra que trata da teoria geral do instituto, Aluísio Mendes, de forma pioneira, já defendia a utilização desta ferramenta em diversos ramos do Direito, inclusive no Processo Penal⁸¹.

Franklyn Roger Alves, doutorando do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UERJ, em recentíssima obra coletiva em homenagem ao professor Humberto Dalla, também pugnou pela necessidade de aplicação do instituto em matéria penal e processual penal.⁸²

⁷⁹ ZANETI JR., Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro in malam partem (matéria penal) e tempus regit actum (matéria processual penal). In: DIDIER JUNIOR, Fred (Coord.); CABRAL, Antonio do Passo. PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Org.); *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

⁸⁰ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; SILVA, Felipe Carvalho Gonçalves da; VARGAS, Daniel Vianna. O incidente de resolução (IRDR). Reflexões iniciais. *Revista de Processo*, vol. 279, maio de 2018, p. 283-312.

⁸¹ “Embora o IRDR esteja previsto no Código de Processo Civil, a sua aplicação não se encontra limitada ao âmbito do Processo Civil, tendo em vista que, em princípio, não se mostra incompatível com outros ramos específicos, como o Processo Penal, do Trabalho ou Eleitoral. O art. 15 do novo Código de Processo Civil estabelece que as suas disposições se aplicam, supletiva e subsidiariamente, na ausência de normas que regulem os processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos. Por sua vez, o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro já aponta, de longa data, que, quando a lei for omissa, o juiz decidirá com base na analogia, costumes e nos princípios gerais do direito. No âmbito do Direito Processual, há normas gerais previstas na Constituição da República, em tratados e em leis ordinárias, ao lado de regras específicas aplicáveis apenas ao processo civil, trabalhista, penal ou eleitoral.(...) Naturalmente, os instrumentos do Direito Processual Coletivo possuem uma aplicabilidade maior no âmbito do Direito Processual Civil, mas também são muito importantes na esfera do Direito Processual do Trabalho e podem ser aplicados eventualmente na seara do Direito Processual Penal e Eleitoral.” (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Incidente de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 5-7).

⁸² “O art. 947 admite o Incidente de Assunção de Competência – IAC, sempre que envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos, deixando claro o §3º que o acórdão proferido vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese. De igual modo, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR previsto no art. 976 caminha no sentido de buscar a uniformidade da jurisprudência, mediante a definição prévia de tese jurídica quando houver multiplicidade de demandas repetitivas. É plenamente possível utilizarmos estes institutos no processo penal, de modo a provocar o órgão colegiado para estabelecer precedente nas matérias de repercussão social que envolvam aspectos penais e processuais penais de caráter objetivo. O STF e o STJ, por meio da repercussão geral e pela sistemática de recursos repetitivos previstos da CRFB e no CPC/73 já os estendem ao processo penal, diante de seu propósito uniformizador. Em matéria penal é gritante a divergência jurisprudencial acerca de temas que mereçam uma

Luís Felipe Schneider Kircher, mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul em 2017, sob a orientação do Professor Danilo Knijinik, desenvolveu uma teoria dos precedentes vinculantes no Processo Penal. No trabalho, o referido autor também sustenta que o IRDR é aplicável às demandas criminais.⁸³

Na mesma linha de pensamento, a Desembargadora Katia Maria Amaral Jangutta alberga o entendimento de que o IRDR não é restrito às demandas de natureza cível.⁸⁴

René Ariel Dotti também percebe a aplicação do instituto ao Processo Penal quando, ao comentar sobre os mecanismos de uniformização de jurisprudência do CPC/2015, registra que, “é evidente que tais avanços também irão projetar-se no sistema de processo penal, como já ocorre com o instituto do recurso repetitivo, no Projeto do Senado, 156/2009 (CPP)”.⁸⁵ Entrementes, não existe ainda uma sistematização para se aplicar o instituto no Processo Penal.

uniformização de entendimentos. Vejamos como exemplo a atual controvérsia processual, acerca do momento do interrogatório do acusado, nos versos procedimentos em que esta ordem é alterada. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça são vacilantes em definir se o interrogatório do acusado segue a especialidade da norma prevista na Lei nº 11.343/06 (interrogatório no início) ou se adota a regra geral do art. 400 do CPP (interrogatório ao final). Perceba-se que apesar de lidar muito com matérias de fato é inegável que o processo penal também lida com teses jurídicas aptas a vinculação, bastando a leitura do rol de súmulas vinculantes e persuasivas do STF e STJ para a confirmação desta assertiva.” (SILVA, Franklyn Roger Alves. Os efeitos do novo código de processo civil no direito processual penal. In: PORTO, José Roberto Sotero de Mello; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro (Coords.). *Direito processual contemporâneo: estudos em homenagem a Humberto Dalla Bernadina de Pinho*. 1. ed., Rio de Janeiro: LMJ Mundo Cristão, 2018. p. 242).

⁸³ “Apesar de ser uma discussão ainda incipiente, há quem defenda a aplicabilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas no âmbito penal, com a ressalva para as peculiaridades dessa seara. Nesse ponto, quanto à suspensão dos processos (artigo 982 do CPC), aponta-se que esta regra deve ser afastada em casos penais quando houver riscos, seja de prescrição punitiva, seja de manutenção de réu preso de forma indevida (inclusive nos casos de excesso de prazo). Desse modo, respeitando-se as especificidades e considerando-se incidente como uma técnica limitada de redução da dispersão da atividade jurisdicional repetida das Cortes de Justiça (TJs e TRFs), a partir da definição da questão de direito comum repetitiva e fixação da tese jurídica, não haveria justificativa para não se aplicá-la no processo penal. Com isso, privilegia-se a isonomia, a coerência sistêmica e o fomento da razoável duração do processo”. (KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. 1. ed., Salvador: JusPodvm. 2018. p. 165-166).

⁸⁴ “Nesse contexto, levando em conta que a questão dos precedentes que ora se examina é de natureza instrumental, não dizendo respeito àquelas normas de natureza incriminadora, é que se pode afirmar que podem perfeitamente ser aplicados no âmbito processual criminal, quando se tratar de matéria eminentemente de direito, haja vista que o caso oposto depende da análise de provas, o que deverá ser feito individualmente em cada processo. Assim, o processamento dos Incidentes de Resolução de Demanda Repetitiva e os Incidentes de Assunção de Competência devem seguir o mesmo trâmite previsto no novo Código de Processo Civil de 2015, naquilo que for pertinente ao processo penal, objetivando-se, com isso, dar uniformidade e segurança jurídica às decisões prolatadas em seara criminal. Mais em âmbito penal do que no civil, o réu tem direito a uma decisão igual à de seu semelhante, se em situação de igualdade estiverem, não se admitindo mais que, os órgãos jurisdicionais criminais adotem decisões díspares, quando se trata da vida humana, de réus presos muitas das vezes em verdadeira ofensa aos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.” (JANGUTTA, Katia Maria Amaral. A importância dos precedentes judiciais no novo código de processo civil. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; ALVIM, Teresa Arruda. *O novo processo civil brasileiro: Temas relevantes – Estudos em homenagem ao Professor, Jurista e Ministro Luiz Fux*. vol. III. 1. ed., Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018. p. 174-175).

⁸⁵ DOTTI, René Ariel. A jurisprudência penal no tempo: a ultratividade e a irretroatividade do julgado (HC 126.292/SP). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 260.

Nota-se que parte da doutrina processual penal ainda é desconfiada e tímida quanto à aplicação subsidiária do CPC ao CPP. Natural, diante de uma mudança vanguardista para quem está acostumado a trabalhar com dispositivos de Processo Penal forjados quando nem sequer se falava em ondas renovatórias.

Recentemente, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o primeiro IRDR em matéria criminal foi julgado (IRDR Nº 2103746-20.2018.8.26.0000), tendo sido fixada tese acerca do termo inicial para a progressão de regime prisional.⁸⁶ Admitiu-se, inclusive, a participação de *amicus curiae*.

Entretanto, ainda há quem sustente o não-cabimento do IRDR na seara criminal. No IRDR nº 0016124-77.2016.4.03.0000/SP, que tramitou perante o TRF da 3ª Região, relatoria do Des. Mauricio Kato, alegou-se que o instrumento não é compatível com processos criminais, pois importa em suspensão dos processos sem implicar suspensão dos prazos prescricionais.

A utilização dessa argumentação para o não-conhecimento de IRDR Criminal simplesmente não pode subsistir, uma vez que a suspensão dos feitos que tenham questões de direito afetadas em IRDR, tal qual ocorre nos Recursos Repetitivos, evidentemente não é obrigatória, conforme entendimento que expusemos em outro trabalho,⁸⁷ e que já foi adotado não só no IRDR Nº 2103746-20.2018.8.26.0000)⁸⁸ como em inúmeros precedentes dos Tribunais Superiores.

⁸⁶ Tema 28 - IRDR - Progressão - Regime - Termo – Inicial. **Processo Paradigma:** IRDR Nº 2103746-20.2018.8.26.0000. **Assunto:** DIREITO PROCESSUAL PENAL – Execução Penal. **Órgão Julgador:** Turma Especial – Criminal. **Relator(a):** Desembargador PÉRICLES PIZA. **Data de Admissão:** 28/03/2019. **Data de Publicação do Acórdão de Admissibilidade:** 12/04/2019. **Data de Julgamento do Mérito:** 07/11/2019. **Data da Publicação do Acórdão de Mérito:** 12/11/2019. **Termo Final da Suspensão:** NÃO HÁ SUSPENSÃO. **Questão submetida a julgamento:** Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas suscitado em razão de divergência jurisprudencial acerca da natureza da decisão que defere a progressão do regime de cumprimento de pena, para se definir o marco inicial a ser considerado como do implemento dos requisitos do artigo 112 da Lei de Execução Penal. Indicação da existência de posicionamentos divergentes entre Câmaras de Direito Criminal deste Tribunal. Risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica configurado. Presentes os pressupostos do art. 976 do CPC. Incidente admitido. **Tese firmada:** A decisão que defere a progressão de regime tem natureza meramente declaratória. O lapso temporal para aquisição de benefícios deve ser a data em que foi efetivamente alcançado o requisito objetivo para a concessão da benesse. Deferido o direito de progressão, o lapso inicial para contagem deve retroagir ao tempo que o reeducando alcançou o direito à progressão. Orientação do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. **Dispositivos normativos relacionados:** Artigo 112 da Lei de Execução Penal. **Observação:** O Desembargador Relator determinou a não suspensão “(...) dos processos pendentes ou a serem ajuizados (pois a paralisação das demandas por tempo prolongado implicará em ônus desnecessário às partes, anotando que as decisões de um ou de outro juízo são válidas até que definida a questão) (...)”.

⁸⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; SILVA, Felipe Carvalho Gonçalves da; VARGAS, Daniel Vianna. O incidente de resolução (IRDR). Reflexões iniciais. *Revista de Processo*, vol. 279, maio de 2018.

⁸⁸ No RE 966.177 RG/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 7/6/2017, noticiado no informativo nº 868, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que a suspensão dos processos em cursos não é obrigatória.

5. CONCLUSÃO

Ante o exposto, resta evidente que o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) é instrumento vocacionado a dar efetividade aos princípios da segurança jurídica, isonomia, duração razoável do processo, todos de matiz constitucional, e que, a despeito de ter sido introduzido no ordenamento jurídico pelo Código de Processo Civil/15, é imperiosa a sua aplicação aos processos criminais, com fulcro no diálogo das fontes, seja para resolução das questões de Direito material quanto para aquelas de Direito processual.

6. BIBLIOGRAFIA

- 1) ABBOUD, Georges; FERNANDES, Ricardo Yasmin. Requisitos legais para a instauração do incidente de assunção de competência. In: *Revista de Processo*. vol. 279, ano 43, São Paulo: Ed. RT, maio de 2018.
- 2) ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.
- 3) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006, pp.320-322.
- 4) BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. vol 7, p. 581.
- 5) BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro entre dois mundos. In: *Revista Forense*, v. 359. Rio de Janeiro, 2002, p.124.
- 6) BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. 1 ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

- 7) CABRAL, Antonio do Passo. *Il procedimento-modelo (Musterverfahren) tedesco e gli strumenti di risoluzione di processi ripetitivi*. *Revista de Direito Comparado*, vol. 1, jan./jun. 2015.
- 8) CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- 9) CABRAL, Antônio do Passo; CRAMMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*. 1 ed.; Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.
- 10) CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.
- 11) CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, v. 2, n. 2, 2007.
- 12) CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 786, abr. 2001.
- 13) CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002;
- 14) CAPPELLETTI, Mauro. *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation: comparative constitutional, international, and social trends*. Stanford: 25 Stan. L. Rev. 651, maio, 1973.
- 15) CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários ao capítulo I do Título Único do Livro I: Das normas fundamentais do processo civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coords.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- 16) CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Breves notas sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, volume XIV, ano 8, jul./dez. de 2015.
- 17) CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais e a ação civil pública – uma nova sistematização da teoria geral do processo*. 2. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.
- 18) CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Contribuições para uma teoria discursiva da constituição e do processo constitucional. In: Fredie Didier Junior. (Org.). *Teoria do Processo- Panorama doutrinário mundial-segunda série*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 1, pp.615-644.
- 19) COVAS, Silvânio. Questões de fato e questões de direito – quantificação do dano moral. *Revista de Processo*. Vol. 100, out./dez. De 2000. p. 7 da versão on-line.

- 20) DINARMARCO, Cândido Rangel. *Comentários ao código de processo civil – volume I (arts. 1º a 69): das normas processuais civis e da função jurisdicional*; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da; GOUVÊA, José Roberto Ferreira (coords.). 1. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- 21) DOTTI, René Ariel. A jurisprudência penal no tempo: a ultratividade e a irretroatividade do julgado (HC 126.292/SP). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- 22) FUX, Luiz. Segurança jurídica no novo código de processo civil. In: RÊGO, Werson (Coord.). *Segurança jurídica e protagonismo judicial: desafios em tempos de incertezas – estudos jurídicos em homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Veloso*. 1. ed., Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.
- 23) FUX, Luiz; SANTANA, Irapuã. A construção de um código de processo civil cidadão. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (coords.); MIRZA, Flávio (org.). *Direito processual*. 1. ed., Freitas Bastos Editora, 2015.
- 24) GABRIEL, Anderson de Paiva. *A aplicação supletiva e subsidiária do CPC/15 ao CPP/41: Reflexões sobre a jurisdição contemporânea*. https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/a-aplicacao-supletiva-e-subsidiaria-do-cpc15-ao-cpp41-09102017. Acesso em 29 de novembro de 2019.
- 25) GABRIEL, Anderson de Paiva. O contraditório participativo no processo penal: uma análise da fase pré-processual à luz do contraditório participativo. Rio de Janeiro: Editora Gramma. 2017. p. 17-20.
- 26) JANGUTTA, Katia Maria Amaral. A importância dos precedentes judiciais no novo código de processo civil. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; ALVIM, Teresa Arruda. *O novo processo civil brasileiro: Temas relevantes – estudos em homenagem ao Professor, Jurista e Ministro Luiz Fux*. vol. III. 1. ed., Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018.
- 27) JARDIM, Afrânio Silva. *Não creem na teoria geral do processo, mas ela existe*. Disponível em: <www.conjur.com.br/2014-jul-04/afranio-jardim-nao-creem-teoria-geral-processo-ela-existe>.
- 28) KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. 1. ed., Salvador: JusPodvm. 2018.
- 29) KRAMER, Ernst A. *Juristische Methodenlehre*. München: Beck, p.65.

- 30) LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed., São Paulo, Saraiva.
- 31) MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das Fontes do Conflito à Coordenação de Normas no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp.18-19.
- 32) MARQUES, Frederico. *Manual de direito processual civil*. vol. I. Campinas: Bookseller, 1997.
- 33) MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- 34) MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- 35) MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- 36) MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; SILVA, Felipe Carvalho Gonçalves da; VARGAS, Daniel Vianna. O incidente de resolução (IRDR). Reflexões iniciais. *Revista de Processo*, vol. 279, maio de 2018.
- 37) MIRZA, Flávio. Valoração da prova: reflexões sobre o sistema de apreciação. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (coords.); MIRZA, Flávio (org.). *Direito processual – coleção Direito UERJ 80 anos*. 1. ed., Freitas Bastos Editora, 2015.
- 38) NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- 39) NUNES, Dierli. O IRDR do Novo CPC : este “estranho” que merece ser compreendido. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>. Acesso em 12 de outubro de 2019.
- 40) PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp.10-12; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5. ed., 10. tir. São Paulo: Saraiva, 2002, p.29.
- 41) PERELMAN, Charles. *Logique Juridique (reimpressão histórica da 2ª edição de 1979)*. Paris: Dalloz, 1999. P. 175.

- 42) PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STANCATI, Maria Martins Silva. A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*, vol. 254, abr. 2016.
- 43) PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Jurisdição e pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais*. 1 ed., Curitiba: Editora CRV, 2017.
- 44) RODRIGUES, Roberto Aragão Ribeiro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC. *Revista de Processo*, Direito Jurisprudencial, v. 259, set. 2016.
- 45) ROMANO, Rogério Tadeu. *A insegurança jurídica e a economia de mercado*. <<https://jus.com.br/artigos/42319/a-inseguranca-juridica-e-a-economia-de-mercado>>.
- 46) ROMANO, Santi. *L'ordre juridique*. Reimp. Paris: Dalloz, 2002.
- 47) SILVA, Felipe Carvalho Gonçalves da Silva. Do reconhecimento de garantias constitucionais processuais penais pelo ordenamento jurídico: uma década de evolução. In: BALDEZ, Paulo de Oliveira Lanzellotti; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de; CASARA, Rubens Roberto Rebello; NICOLITT, André Luiz. (Orgs.). *O novo regime jurídico das medidas cautelares no processo penal*. 1.ed., Rio de Janeiro: EMERJ, 2011.
- 48) SILVA, Franklyn Roger Alves. Os efeitos do novo código de processo civil no direito processual penal. In: PORTO, José Roberto Sotero de Mello; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro (Coords.). *Direito processual contemporâneo: estudos em homenagem a Humberto Dalla Bernadina de Pinho*. 1. ed., Rio de Janeiro: LMJ Mundo Cristão, 2018.
- 49) SILVA, Ricardo Menezes da; Breves considerações sobre os requisitos de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de processo comparado*, vol. 6, jul./dez. 2017, p. 135-165.
- 50) TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 20. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.
- 51) TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.
- 52) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/2016)*. 3 ed., rev., atual e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

- 53) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. *Revista de Processo*, vol. 92, out./dez. De 1998. p. 52 - 70.
- 54) VARGAS, Daniel Vianna. Estabilidade objetiva do IRDR: escritos sobre congruência e eficácia vinculante. In: PORTO, José Roberto Sotero de Mello; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro (coords.). *Direito processual contemporâneo: estudos em homenagem a Humberto Dalla Bernardina de Pinho*. 1. ed., Rio de Janeiro: LMJ Mundo Cristão, 2018.
- 55) ZANETI JR., Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro in malam partem (matéria penal) e tempus regit actum (matéria processual penal). In: DIDIER JUNIOR, Fred (Coord.); CABRAL, Antonio do Passo. PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Org.); *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

A MODULAÇÃO DE EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA E OS SEUS PARÂMETROS: A SEGURANÇA JURÍDICA E O EXCEPCIONAL INTERESSE SOCIAL¹

Luiz Alberto Gurgel de Faria²
Thiago Holanda González³

Resumo: O artigo examina os requisitos da segurança jurídica e do excepcional interesse social na modulação de efeitos das decisões em matéria tributária. Inicialmente, são discutidos os seus fundamentos legais, problematizando-se a abertura semântica dos requisitos autorizadores. Em seguida, analisa-se como a doutrina e a jurisprudência têm enfrentado a possibilidade de o Estado ser beneficiário das modulações de efeitos na seara tributária e em que medida são observados argumentos consequencialistas na fundamentação dos votos, tomando-se como base os acórdãos do Supremo Tribunal Federal proferidos na ADI 5.469/DF e no RE 574.706 ED/PR. Investiga-se, por fim, como as regras processuais podem contribuir para a observância de parâmetros legítimos para as decisões que aplicam a técnica modulatória e para sua adequada utilização. O estudo baseia-se em pesquisa bibliográfica e documental. Os resultados apresentados são qualitativos.

Palavras-chave: Direito tributário. Modulação de efeitos. Segurança jurídica. Interesse social. Princípio do contraditório.

Abstract: The article examines the requirements of legal certainty and exceptional social interest in the prospective effects of judicial decisions in tax matters. Initially, its legal foundations are discussed, problematizing the semantic openness of the requirements. Next, we analyze how the doctrine and case law have faced the possibility of the State being a beneficiary of prospective effects in tax cases and to what extent consequentialist arguments are observed in the reasoning of the opinions, taking as a basis the judgments of the Supreme Court rendered in ADI 5.469/DF and RE 574.706 ED/PR. Finally, we investigate how procedural rules can contribute to the observance of legitimate parameters for the decisions that apply the prospective effects and for its adequate use. The study is based on bibliographic and documentary research. The results presented are qualitative.

Keywords: Tax law. Prospective effects. Legal certainty. Social interest. Adversarial principle.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista da Faculdade de Direito da UERJ* (2023. N. 42) e gentilmente cedido pelos autores para a presente edição.

DOI: 10.12957/rfd.2023.70564

² Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Graduado pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor de Direito Tributário na UFRN, atualmente em colaboração com a Universidade de Brasília (UnB), e no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Membro da Academia Norte-rio-grandense de Letras (ANLR), da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte (ALEJURN) e do Instituto Potiguar de Direito Tributário (IPDT). Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ). <https://orcid.org/0000-0002-9515-3506>

³ Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. <https://orcid.org/0000-0002-3802-2403>

INTRODUÇÃO

A modulação de efeitos em matéria tributária é tema que faz parte do cotidiano do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e há muito constitui objeto de preocupação da doutrina. Conquanto haja vasta produção acadêmica sobre o assunto, persistem perplexidades teóricas e dificuldades práticas que sugerem sua revisitação. Alguns aspectos podem ser apontados para realçar a atualidade e a urgência de novas reflexões: (i) o Código de Processo Civil de 2015 traz consigo um sistema que prevê a possibilidade da superação para frente dos precedentes, que reforça a participação dos atores processuais e da sociedade civil em um modelo processual cooperativo e que demanda clareza quanto às eficácias normativa e executiva das decisões paradigmáticas; (ii) a organização dos tribunais e a incorporação de novas tecnologias à atividade jurisdicional conduzem a notável aceleração dos julgamentos de temas repetitivos e de repercussão geral, muitos dos quais com propostas modulatórias; (iii) produções legislativas, como as alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), passam a prever regimes de transição em decisões judiciais que estabeleçam nova interpretação sobre normas de conteúdo indeterminado e; (iv) o contexto de crise socioeconômica acentua os argumentos de consequência na dialética processual.

Dada a amplitude do tema, faz-se necessário um recorte. Propõe-se examinar, no presente artigo, os requisitos da segurança jurídica e do excepcional interesse social na modulação de efeitos em matéria tributária. O estudo divide-se em três partes. Na primeira delas, apresentam-se os fundamentos legais para a modulação de efeitos no direito tributário brasileiro, problematizando-se a abertura semântica de seus requisitos autorizadores. A partir disso, examina-se como a doutrina e a jurisprudência têm enfrentado a possibilidade de o Estado ser beneficiário das modulações de efeitos na seara tributária e em que medida são observados argumentos consequencialistas na fundamentação dos votos. Por fim, investigase como as regras processuais podem contribuir para a observância de parâmetros legítimos para as decisões que aplicam a técnica modulatória e para sua correta utilização.

1 FUNDAMENTOS LEGAIS DA MODULAÇÃO DE EFEITOS NO DIREITO RIBUTÁRIO BRASILEIRO

A modulação de efeitos encontra-se positivada no direito brasileiro. O art. 27 da Lei n. 9.868/1999⁴ prescreve que, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado⁵. Mais recentemente, o Código de Processo Civil de 2015, ao tratar da inexigibilidade de obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pela Suprema Corte⁶ como incompatível com a Constituição Federal, também explicitou a possibilidade de modulação de efeitos da decisão (art. 525, §§ 12 e 13, e art. 535, §§ 5º e 6º, ambos do CPC/2015). O art. 927, § 3º, CPC/2015, dispõe que, na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. Embora tenha o legislador feito referência à modulação de efeitos, a doutrina tem enfatizado que o dispositivo consagra técnica distinta, de superação para frente de precedentes (prospective overruling)⁷.

A existência desses dispositivos, no entanto, não encerra as discussões sobre os fundamentos e os limites da modulação de efeitos e da superação para frente de precedentes no direito brasileiro. Em obra doutrinária, ao analisar o sentido e o alcance do art. 927, § 3º, CPC/2015, o Ministro

⁴ A Lei n. 9.868/1999, em seu art. 27, inaugura, no direito nacional, a possibilidade de restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, admitindo, ainda, que a eficácia da decisão somente ocorra a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento a ser fixado (FARIA, 2001, p. 69).

⁵ No mesmo sentido é a dicção do art. 11 da Lei n. 9.882/1999, que dispõe sobre o julgamento de ADPF.

⁶ Neste trabalho, tem-se Suprema Corte como sinônimo de Supremo Tribunal Federal. O esclarecimento se faz necessário para que não se atribua ao termo o mesmo sentido abarcado pela expressão Cortes Supremas, esta última a enfatizar as funções do Supremo Tribunal Federal – de interpretação da Constituição – e do Superior Tribunal de Justiça – de interpretação da legislação federal – enquanto Cortes de interpretação e de precedentes. (MITIDIERO, 2017).

⁷ “A distinção entre decisão e precedente está na base do adequado equacionamento das relações entre superação para frente e modulação de efeitos. Enquanto a modulação de efeitos em controle de constitucionalidade diz respeito à decisão, a superação para frente concerne ao precedente. Nada obsta, inclusive, que a decisão moduladora de efeitos em recurso extraordinário sirva de base para a formação de um precedente. Daí a importância em ter esses conceitos à mão.

O precedente não se confunde com a decisão, pertencendo a níveis discursivos diferentes. Enquanto a decisão é um discurso elaborado para a solução de um caso, o precedente é oriundo da generalização de determinadas razões empregadas para a decisão de um caso.” (MITIDIERO, 2021, p. 30-31).

Ricardo Villas Bôas Cueva (2018, p. 116) pontua que a modulação nele tratada somente seria admissível na hipótese de alteração do precedente, mas não quando de sua formação. Ravi Peixoto (2019, p. 358) observa, no entanto, com base em estudo empírico das decisões que enfrentaram o tema da modulação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que em diversos casos em que admitida (a modulação), não houve propriamente alteração de entendimento. Peixoto destaca a modulação de efeitos promovida no REsp 1.696.396/MT e no REsp 1.704.520/MT, em que a Corte Especial do STJ, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrigli, ao julgar os recursos repetitivos e formar o precedente, criou regime de transição que modula os efeitos da decisão, voltado a proporcionar a necessária segurança jurídica, com amparo do art. 23 da Lei n. 13.655/2018 (LINDB).

Com efeito, os contornos da técnica modulatória têm sido definidos, em boa medida, no âmbito de construções jurisprudenciais. A despeito de o art. 27 da Lei n. 9.868/1999 e de o art. 11 da Lei n. 9.882/1999 tratarem de ações de controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, em várias oportunidades, modulou os efeitos de decisão em sede de controle difuso⁸. Em Questão de Ordem no RE 638.115 EDED/CE (BRASIL, 2020), o STF entendeu que a modulação dos efeitos da decisão no julgamento dos recursos extraordinários com repercussão geral exige apenas quórum de maioria absoluta dos membros da Corte, desde que não haja declaração de inconstitucionalidade de texto ou ato normativo. Perceba-se que tanto se confirma a possibilidade de modulação em recursos extraordinários quanto se admite que a técnica seja utilizada ainda que não haja uma declaração de inconstitucionalidade de dispositivo de lei.

No Superior Tribunal de Justiça⁶, vale destacar o debate travado nos Embargos de Divergência em Recurso Especial 767.527/PR (BRASIL, 2007). Discutia-se, na hipótese, os efeitos da decisão da Primeira Seção do STJ, que, alterando a jurisprudência do Tribunal, entendeu que a extinção do benefício fiscal denominado “crédito-prêmio do IPI” ocorrera em 04/10/1990, nos termos do art. 41, § 1º, do ADCT. Prevaleceu, no caso, o entendimento de que, salvo nas hipóteses excepcionais previstas no art. 27 da Lei n. 9.868/1999, seria incabível ao Judiciário, sob pena de usurpação da atividade legislativa, promover a modulação temporal das suas decisões, para o efeito de dar eficácia prospectiva a preceitos normativos reconhecidamente revogados. Não obstante, o voto divergente, da lavra do Ministro Herman Benjamin, trouxe importantes fundamentos no sentido de que a eficácia prospectiva seria possível no STJ na hipótese de

⁸ Jorge Octávio Lavocat Galvão (2018, p. 102) observa que foi no julgamento do Recurso Extraordinário 560.626/RS (BRASIL, 2008) que o STF modulou os efeitos de decisão em tema tributário pela primeira vez.

⁶Cueva (2018, p. 117-127) analisa de modo detido a modulação dos efeitos nas decisões do STJ.

alteração brusca de jurisprudência, porquanto o princípio da segurança jurídica deveria orientar a aplicação do direito por todos os tribunais superiores, não se tratando de mera aplicação analógica da Lei n. 9.868/1999 e da Lei n. 9.882/1999⁹.

Não se deve perder de vista que a modulação de efeitos e a superação para frente consubstanciam exceções à regra de eficácia das decisões de inconstitucionalidade e à dos precedentes, respectivamente. Para Teresa Arruda Alvim (2021, p. RB-3.1), a modulação não excepciona regra da nulidade da lei inconstitucional (eficácia normativa); ameniza, sim, os efeitos práticos produzidos no mundo concreto (eficácia executiva), em razão de outros valores, também de índole constitucional. É da tradição do direito brasileiro o dogma da nulidade da lei inconstitucional, fundado em antiga doutrina americana segundo a qual “theinconstitutionalstatuteisnotlawatall” (MENDES, 2019, p. 1.479). Sendo assim, a declaração de inconstitucionalidade, em regra, produz efeitos extunc. Os precedentes também se submetem à regra da eficácia retroativa (MARINONI, 2019, p. RB-3.37), a qual encontra limite na existência de coisa julgada (MITIDIERO, 2021, p. 61). Como a definição dos adequados sentido e alcance, promovida pelo tribunal, dá-se em relação a legislação em vigor, não se pode confundir a retroação às causas pendentes e futuras da interpretação consagrada pelo precedente com a indevida incidência da legislação sobre situações da vida a ela antecedentes ou por ela não abrangidas.

Como se percebe da breve digressão sobre as previsões legais concernentes à modulação de efeitos e à superação para frente de precedentes, são impostos como requisitos a segurança jurídica ou o (excepcional)¹⁰ interesse social. Observa Humberto Ávila (2017, p. 51-53) que os textos normativos contêm problemas de equivocidade e de indeterminação do direito, haja vista a vagueza das normas. As referências às razões de segurança jurídica e de interesse social parecem-nos exemplificar a dificuldade de atribuição de significado normativo preciso. Esse dado implica importantes problemas práticos e teóricos, que ganham ênfase nas relações jurídico-tributárias: como determinar o que seja segurança jurídica a ensejar a modulação de efeitos e a

⁹ A solução proposta no voto dissidente antecipa o que seria positivado no art. 927, § 3º, CPC/2015. No âmbito doutrinário, em trabalho do mesmo ano de 2007, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2007, p. 25) defendeu a possibilidade de o STJ conferir efeito ex nunc às suas decisões, como se colhe da seguinte passagem: “Assim, partindo-se não necessariamente da Lei (Leis n. 9868/99 e n. 9882/99), mas, ao levá-las em consideração, partindo-se da decisão paradigmática supra mencionada anterior a elas e do princípio da razoabilidade que a informa, é possível ampliar-lhes o sentido, de modo a fazer compreender na competência do STJ, a hipótese de conferir efeito ex nunc às suas decisões”.

¹⁰ O vocábulo “excepcional” consta do art. 27 da Lei n. 9.868/1999 e do art. 11 da Lei n. 9.882/1999, mas não do art. 927, § 3º, do CPC/2015.

superação para frente de precedentes? Diante de um caso concreto, como atribuir densidade normativa às razões de interesse social?

Questões como essas há muito vêm sendo exploradas pela doutrina. Para Ávila (2019, p. 672), segurança jurídica pode ser definida como o princípio constitucional que determina a busca de um ideal de confiabilidade pela estabilidade e pela previsibilidade do ordenamento jurídico, com base na sua inteligibilidade e na sua vinculatividade. O autor identifica duas dimensões da segurança jurídica – estática e dinâmica – que revelam, em seu conjunto, os estados de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade a serem perseguidos (ÁVILA, p. 311). Heleno Taveira Torres (2019, p. 37) observa que, não obstante seja um princípio e um valor a ser protegido pelo Estado, a segurança jurídica funciona como garantia de outros princípios e valores do ordenamento jurídico. Destaca Torres (2019, p. 39) que, no Estado Democrático de Direito, a segurança jurídica não se restringe à mera determinação do conteúdo jurídico aplicável ou de cálculo de relações formais, porquanto serve também à proteção da igualdade ou justiça na tributação e à efetividade de direitos fundamentais, assim como à proteção das expectativas de confiança legítima.

O interesse social também não prescinde de esforços para a construção de seu significado normativo. É clássica a distinção doutrinária formulada no âmbito do direito público entre o interesse público primário e o interesse público secundário, com o intuito de bem associar ao primeiro o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Alice Gonzalez Borges (2007, p. 13-14) salienta que o interesse público que serve de base ao Direito Administrativo é o interesse primário, o qual corresponde à realização dos interesses da coletividade e dos valores fundamentais consagrados na Constituição. Com especial atenção às relações de caráter patrimonial, parece-nos haver lídima ligação entre a noção de interesse social e os princípios que orientam a ordem econômica, os quais possuem como finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (GRAU, 2008, p. 154-255).

Como se vê, conquanto prevista no direito posto, a modulação de efeitos das decisões dos tribunais superiores é objeto de ampla reflexão por parte da doutrina e de decisões judiciais que lhe confere parâmetros de conformação. A abertura semântica de seus requisitos autorizadores – razões de interesse público e excepcional interesse social – estimula-nos a perquirir de que modo eles têm sido interpretados pela doutrina e pela jurisprudência, especialmente em seus aspectos mais controversos, no âmbito das decisões em matéria tributária.

2 ARTICULAÇÃO DAS RAZÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA E DE EXCEPCIONAL INTERESSE SOCIAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

No exame do conteúdo normativo que tem sido atribuído aos requisitos da segurança jurídica e do excepcional interesse social no âmbito das modulações de efeitos em matéria tributária, dois aspectos reclamam análise mais detida, quais sejam (i) a possibilidade de o Estado ser beneficiário das modulações de efeitos e (ii) a utilização de argumentos consequencialistas na fundamentação dos votos.

Quanto ao primeiro ponto, Humberto Ávila (2017, p. 51) sustenta que a segurança jurídica é uma norma, com eficácia de condição estrutural, que garante cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade ao Direito em favor do contribuinte e contra o Estado. No mesmo sentido, Misabel Derzi (2009, p. 729-748) ressalta que os princípios da irretroatividade, da proteção da confiança e da boa-fé – manifestações da segurança jurídica – configuram limitações ao poder de tributar e, como tais, somente socorrem o contribuinte. Para a autora, tais princípios não podem ser utilizados como fundamento para atenuar as consequências das decisões judiciais inovadoras, quando prejuízos decorrentes da mudança de jurisprudência atingirem apenas os cofres públicos. Com realce na distinção entre superação para frente de precedentes, de um lado, e modulação de efeitos, de outro, Daniel Mitidiero (2021, p. 81) defende que, “como meio de proteção do princípio da segurança jurídica em função da atuação conforme ao direito, a superação para frente aplica-se tanto aos particulares quanto ao Estado”. Já na modulação de efeitos, segundo o autor, deve-se assegurar que a preservação dos efeitos da lei inconstitucional não acarrete benefício indevido àquele que a promulgou (MITIDIERO, 2021, p. 78).

Essa linha de pensamento doutrinário não tem sido prevalente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No julgamento do Recurso Extraordinário 560.626/RS (BRASIL, 2008), o STF declarou, em sede de controle difuso, a inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei n. 8.212/1991, por violação do art. 146, III, “b”, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-Lei n. 1.569/1977, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69. Ao final, sob o fundamento de que se haveria de preservar a segurança jurídica, modulou os efeitos da decisão para reconhecer a legitimidade dos recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei n. 8.212/1991 e não impugnados antes da data de conclusão desse julgamento. Destaque-se que, aqui, não se tratava de superação para frente de precedente, mas de modulação de efeitos em sentido estrito. A existência de julgados anteriores

do STF no sentido da inconstitucionalidade da exação foi inclusive apontada no voto vencido do Ministro Marco Aurélio.

No julgamento da ADI 4.171/DF (BRASIL, 2015), ao declarar a inconstitucionalidade de dispositivos do Convênio ICMS 110/2007 que dispunham sobre o estorno de créditos de ICMS na forma de recolhimento, o STF, “em homenagem à segurança jurídica”, determinou que a decisão apenas produzisse efeitos a partir de seis meses da publicação do acórdão. O voto da Ministra Ellen Gracie, relatora da ação, fundamenta a proposta de modulação na necessidade de se preservar a sistemática de tributação dos combustíveis, impedindo prejuízos a Estados sedes das distribuidoras que não fossem ao mesmo tempo sede das usinas e local de consumo do combustível final. Nota-se, portanto, a preocupação da Corte com a dimensão federativa do tributo e com a preservação da arrecadação tributária.

Já no julgamento do RE 593.849/MG (BRASIL, 2017), o STF superou a jurisprudência que havia sido firmada na ADI 1.851 e fixou tese segundo a qual “é devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”. Os efeitos da decisão foram modulados, de modo a orientar todos os litígios judiciais pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral e os casos futuros oriundos de antecipação do pagamento de fato gerador presumido realizada após a fixação do entendimento. Quanto à modulação adotada nesse processo, merece destaque o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, ao afirmar que, por decorrer do Estado de Direito, a segurança jurídica constitui fundamento idôneo para a concessão de efeitos prospectivos à decisão, ainda que em favor do Poder Público.

É possível afirmar, portanto, que o Supremo Tribunal Federal tem admitido a modulação de efeitos em benefício do Estado, especialmente – mas não só – em casos de alteração de jurisprudência. O que nos parece relevante ressaltar é que somente diante de um caso concreto será possível identificar as diversas manifestações normativas da segurança jurídica e atribuir seu peso relativo em face de outros princípios com ela colidentes (FARIA, 2010, p. 46). Toda atribuição de efeitos ex nunc a decisões e a precedentes em matéria tributária traz consigo um grau de prejuízo à segurança jurídica, seja por tornar legítimo o pagamento de tributos lastreado em lei declarada inconstitucional ou em interpretação superada pelo tribunal, seja por frustrar planejamento orçamentário do Poder Público¹¹. Conquanto esse dado não impeça a priori a

¹¹ Embora defenda a impossibilidade de o Poder Público se valer do argumento da proteção da confiança, Misabel Derzi (2009, p. 729-748) reconhece que a Constituição da República contém os instrumentos necessários à proteção

modulação, traduz a importância da fundamentação das decisões judiciais e do emprego adequado do direito posto (MÜLLER, 2003, p. 66) e, quando necessário, da técnica da proporcionalidade (CAVALCANTE, 2018, p. 381-384).

Nesse ponto ganha relevo a questão da utilização de argumentos consequentialistas na fundamentação dos votos que aplicam a técnica modulatória em matéria tributária. De acordo com Ricardo Lobo Torres (2011, p. 542), o argumento de consequência é utilizado no discurso de aplicação do direito e consiste na consideração das influências e das projeções da decisão judicial no mundo fático. No âmbito de um modelo formal de justificação, pode-se identificar uma dimensão descritiva do raciocínio consequentialista, a qual decorre da relação entre a indicação das alternativas de decisão e das consequências inerentes a cada uma delas, e uma dimensão normativa, referente à aplicação de um critério de valoração, para fins de ordenação das consequências, do qual se extrairá a alternativa decisória a ser privilegiada (LEAL; DIAS, 2017, p. 826).

Em uma decisão judicial, para que a estrutura de construção do argumento seja válida, o critério de valoração das consequências há de ser jurídico. Em se tratando de modulação de efeitos, merece realce essa afirmação, haja vista o caráter excepcional da medida e a intrínseca relação de seus pressupostos com a avaliação de consequências da decisão, considerada a sua pretensão de universalização e de estabilização isonômica das relações no mundo real (LEAL; DIAS, 2017, p. 827-828). José Maria Arruda de Andrade (2018, p. 513-514) adverte que os pressupostos da segurança jurídica e do interesse social não autorizam a busca por fundamentos decisórios em considerações morais ou em juízos consequentialistas estranhos ao direito posto, sob pena de que isso cause abalo no Estado de Direito.

É objeto de intensa crítica doutrinária a utilização do argumento do impacto fiscal por decisão tributária como fundamento para a modulação de efeitos. As objeções são de três ordens: (i) o prejuízo experimentado pelo Estado não representa per se argumento jurídico (TORRES, 2019, p. 386-390); (ii) o raciocínio incentiva a edição de atos inconstitucionais e a ação pública em prol do retardo da solução judicial definitiva, pois quanto maior o tempo de vigência do ato inconstitucional maior será o impacto fiscal (ÁVILA, 2019, p. 589-590); (iii) as leis de direito financeiro estabelecem medidas de gestão de riscos fiscais que devem ser seguidas para minimizar o impacto de decisões desfavoráveis (ANDRADE, 2018, p. 516-521). Os pontos

de fatos e de atos pretéritos, se alteração jurisprudencial surpreende o Estado, de modo que a mudança de entendimento não pode implicar a impossibilidade de cumprimento dos deveres elementares de financiamento de serviços públicos essenciais.

levantados são relevantes e merecem atenção da doutrina, dos administradores públicos e do Poder Judiciário, mas são necessárias algumas observações, notadamente sobre a generalização do argumento.

Há relação indissociável entre a arrecadação de tributos e a promoção de direitos fundamentais. No Estado fiscal, as necessidades financeiras são essencialmente cobertas por impostos e estão imbricadas aos direitos fundamentais dos indivíduos, mormente quanto às liberdades econômicas e ao bem-estar social (NABAIS, 2015, p. 679-680). Notadamente em países subdesenvolvidos, o Estado deve ser agente do desenvolvimento, atuando diretamente ou criando condições para que a iniciativa privada realize ou participe das mudanças nas estruturas socioeconômicas (FARIA, 2010, p. 106). Nesse contexto, o agir estatal deve se dar por meio de um planejamento adequado, do qual faz parte o orçamento público¹². Se, por um lado, a referência isolada a um determinado prejuízo aos cofres públicos não consiste em argumento jurídico, não se pode perder de vista que decisões judiciais proferidas em sede de recursos repetitivos e de repercussão geral que produzam alto impacto fiscal trazem consigo implicações jurídicas importantes, relacionadas à execução orçamentária e à promoção de direitos fundamentais (PISCITELLI, 2011, p. 249-250), a caracterizar o excepcional interesse social exigido pela legislação que trata da modulação de efeitos.

O argumento do incentivo à prática de atos inconstitucionais não dispensa o exame do cenário jurídico à época da edição das leis impugnadas e de eventual evolução jurisprudencial até o enfrentamento do tema quando da formação de um precedente vinculante. Isso porque há leis tributárias que são editadas em ambiente jurídico que denota flagrante inconstitucionalidade¹³. Outras há, contudo, que revelam legítima interpretação da administração pública acerca da constitucionalidade da medida à época de sua elaboração, a qual pode não se confirmar em eventual apreciação da matéria pelos tribunais superiores, após a constituição de inúmeras relações jurídico-tributárias e o ingresso dos respectivos tributos nos cofres públicos.

Raciocínio semelhante se pode desenvolver quanto à gestão de riscos fiscais. A crítica doutrinária recai, de forma pertinente, sobre a arrecadação por meio de tributos cuja inconstitucionalidade

¹² Fernando FacuryScaff (2018, p. 267-277) destaca o papel do orçamento público para o enfrentamento de desigualdades e para a promoção da justiça distributiva. Escreve o autor: “O orçamento republicano é aquele que busca arrecadar de quem tem mais riquezas e gastar com quem tem menos riquezas. A busca jusfinanceira deve ser no sentido de permitir que as pessoas possam, de igual modo, exercer suas liberdades, e serem iguais em direitos para o exercício de suas capacidades, em busca de uma liberdade igual para todos”.

¹³ Isso se dá não somente em hipóteses que geram arrecadação direta aos entes públicos. É comum, por exemplo, a edição de leis estaduais que concedem incentivos fiscais de ICMS de modo unilateral, sem a observância do art. 155, § 2º, XII, “g”, da CF/88, integrado pelas regras da Lei Complementar n. 24/1975 (atualmente, também da Lei Complementar n. 160/2017), a despeito da jurisprudência firme de que tais atos normativos são inconstitucionais.

ou ilegalidade já é sinalizada pelos tribunais superiores. Para José Maria Arruda de Andrade (2018, p. 516), uma gestão sem qualquer estratégia de impacto e que insista na aposta, muitas vezes improvável, de que não haverá derrota, parece desafiar o aspecto social e coletivo. Não se pode extrapolar a crítica, todavia, para dela extrair a impossibilidade de a administração pública defender, nas esferas administrativa e judicial, a política tributária inserida no ordenamento jurídico por agentes públicos eleitos para o Poder Executivo e para o Poder Legislativo. Do contrário, chegar-se-ia a um indesejável desdobramento sob a perspectiva da própria segurança jurídica: as sucessivas alterações na legislação tributária a cada questionamento administrativo ou judicial sobre aspectos dos tributos.

As discussões doutrinárias acima trazidas servem de pano de fundo para o exame de duas modulações de efeitos recentemente analisadas pelo Supremo Tribunal Federal, em que a Corte se debruçou sobre casos tributários complexos e de grande repercussão jurídica e econômica. Com isso, procurar-se-á identificar o modo como os parâmetros da segurança jurídica e do interesse social foram utilizados como fundamento decisório.

2.1 ADI 5.469/DF

A ADI 5.469/DF (BRASIL, 2021a) foi ajuizada pela Associação Brasileira de Comércio Eletrônico (ABCOMM) contra dispositivos do Convênio ICMS n. 93/2015, editado pelo CONFAZ, o qual regulamentou a alteração promovida pela Emenda à Constituição n. 87/2015 nos arts. 155, VII e VIII, da CF/88. Em síntese, até a edição da emenda, nas operações interestaduais que destinassem mercadorias a consumidores finais não contribuintes de ICMS, a totalidade do imposto permanecia na unidade federativa de origem. Com o crescimento do e-commerce, o constituinte reformador atuou para que, nessas mesmas operações, a exemplo do que já ocorria nas vendas para os consumidores finais contribuintes, o imposto correspondente à alíquota interestadual permanecesse na origem, assegurando à unidade federativa de destino o recolhimento da diferença entre sua alíquota interna e a alíquota interestadual (DIFAL).

Por uma maioria de seis votos a cinco, reconheceu-se a inconstitucionalidade formal das cláusulas conveniais, porquanto necessária a edição de lei complementar para disciplinar a alteração constitucional, modulando-se os efeitos a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão do julgamento (2022), ressalvadas as ações judiciais em curso. Dois votos divergiram da proposta de modulação. O Ministro Marco Aurélio argumentou que a modulação estimularia a edição de atos normativos inconstitucionais. O Ministro Edson Fachin, por seu turno, acolheu

proposição modulatória do relator quando do voto proferido na primeira assentada, na sessão de 11/11/2020. Nela, o marco temporal para a produção de efeitos era o exercício de 2021.

A modulação de efeitos foi proposta ex officio pelo relator, Ministro Dias Toffoli, que ressaltou que uma miríade de operações fora tributada nos moldes das cláusulas do Convênio ICMS n. 93/2015. Observou que a Emenda à Constituição n. 87/2015 foi editada com o objetivo de melhor distribuir entre os Estados e o Distrito Federal as receitas do imposto, de modo que a ausência de modulação faria com que esses entes públicos experimentassem situação inquestionavelmente pior do que aquela observada antes da alteração constitucional. Também foi referida, no voto do Ministro relator, a manifestação dos Secretários de Fazenda que ressaltavam o vácuo normativo que seria gerado pela declaração de inconstitucionalidade, a qual deixaria as operações interestaduais sem um tratamento tributário adequado.

O voto do Ministro Luís Roberto Barroso há de ser destacado sobretudo em dois aspectos. De início, ao propor a fixação de um marco temporal futuro (prazo de um ano) para a produção de efeitos da decisão, prazo no qual se oportunizaria ao Congresso Nacional a edição da lei complementar necessária à regulação da matéria, uma vez que “ambas as interpretações têm a sua razoabilidade e os seus fundamentos, e considerando o impacto fiscal que se produziria sobre os estados”. Posteriormente, quando dos debates acerca da modulação, o Ministro Barroso argumentou que a proposta apresentada pelo Ministro Dias Toffoli aproxima, na maior intensidade possível, as duas correntes que se formaram no Tribunal: a de que não havia inconstitucionalidade e a de que há inconstitucionalidade.

2.2 RE 574.706 ED/PR

Nos Embargos de Declaração no RE 574.706/PR (BRASIL, 2021b), o STF, por maioria, modulou os efeitos da decisão de mérito do recurso, em que assentada a tese de repercussão geral segundo a qual “O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da Cofins”. Foram ressalvadas as ações ajuizadas até a data da sessão do julgamento de mérito do recurso extraordinário paradigma (15/03/2017).

O voto da Ministra relatora Cármen Lúcia destacou que pode ser objeto de modulação a alteração de jurisprudência iterativa, predominante ou pacificada de um tribunal, até mesmo a de segundo grau de jurisdição, apesar da literalidade do art. 927, § 3º, do CPC. Para a Ministra, “também as alterações nos casos dos demais incisos do art. 927 (IV, V), que não se referem a decisões

vinculantes no sentido forte, ou seja, cujo desrespeito não gera a possibilidade do uso da reclamação, podem criar necessidade de modulação”. O relevante é que tenham pretensão de permanência ou que estejam inseridas em uma cadeia de decisões no mesmo sentido, com capacidade de generalização. A segurança jurídica decorrente da estabilidade das decisões judiciais ocorre também em benefício da Fazenda Pública. O fundamento foi seguido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, com interessante observação interpretativa quanto ao art. 927, § 3º, do CPC: mudança de entendimento em matéria tributária deve ser prospectiva.

Outros votos vencedores quanto à modulação enveredaram por uma argumentação em torno do excepcional interesse social. O Ministro Nunes Marques aduziu que não se deve reduzir o interesse social a qualquer prejuízo financeiro produzido pela decisão. No entanto, concluiu que, quando o impacto é de tal dimensão que coloque em risco a própria concretização do Estado social, encontra-se preenchido o requisito legal. O Ministro Alexandre de Moraes agregou ao argumento do impacto financeiro informação extraída de noticiário especializado, no qual um economista analisou a decisão de mérito e destacou que o tributo cobrado das sociedades empresárias já fora repassado ao consumidor.

Por sua vez, o Ministro Dias Toffoli, além de reconhecer fundamentos de segurança jurídica que, por si sós, justificavam a modulação, ressaltou que a aplicação da técnica seria devida em virtude de diversas consequências de ordem fiscal informadas pelo anexo de riscos fiscais constante da Lei de Diretrizes Orçamentárias, mas também por informações colhidas na imprensa especializada quanto à busca de créditos pelas sociedades empresárias e pelo elevado número de processos sobrestados nos tribunais de origem em razão da pendência de julgamento do tema. O Ministro Ricardo Lewandowski afirmou que “o interesse social está na prolação de uma decisão equilibrada, que contempla, ao mesmo tempo, os interesses do Fisco, que, ao final, representa o patrimônio comum de todos nós, e os dos contribuintes”. Por sua vez, o Ministro Luiz Fux ponderou que a modulação excessiva gera risco de estímulo à inconstitucionalidade conveniente e útil. No entanto, no caso em exame, o Presidente do STF assinalou o momento de crise econômica e social, destacando que o Estado arrecada tributos para a satisfação das necessidades coletivas e as empresas os pagam em colaboração com as funções estatais.

Os votos vencidos quanto à modulação foram proferidos pela Ministra Rosa Weber e pelos Ministros Marco Aurélio e Edson Fachin. A Ministra Weber rejeitava a modulação sob o argumento principal de que o impacto financeiro é mera consequência fática da decisão, não podendo servir de fundamento primeiro e proeminente nas decisões judiciais, sob pena de gerar abalo no Estado de Direito. Para o Ministro Fachin, “a perda de arrecadação não é argumento

idôneo a permitir que os efeitos de lançamentos inconstitucionais, que agridem direitos fundamentais dos contribuintes, sejam mantidos”. Já o Ministro Marco Aurélio indeferiu a modulação por compreender não ser aplicável aos processos subjetivos.

Um tratamento à parte merece o voto do Ministro Gilmar Mendes, por dialogar com a sequência deste trabalho. Para realçar a importância de considerar o impacto financeiro na decisão de modulação de efeitos, o Ministro Gilmar Mendes pontuou que o Estado de Direito não existe fora de uma ideia de Estado fiscal, em que os direitos fundamentais – negativos e positivos – são custeados pela tributação. Em relação à segurança jurídica, o Ministro Mendes trouxe uma abordagem distinta da adotada nos votos antecessores, porquanto não calcada na virada jurisprudencial mas na plêiade de situações jurídicas que seriam desencadeadas pela tese fixada. Aventou, por fim, “se não seria aconselhável, com respaldo no art. 927, § 2º, do CPC – ainda que tardiamente porque posterior alteração de tese jurídica –, a convocação de audiências públicas para que todas essas situações pudessem ser mapeadas”.

Como se pode constatar, os fundamentos empregados para a modulação de efeitos em matéria tributária são diversos e navegam entre a segurança jurídica e o interesse social, por vezes sem uma relação clara e imediata com os preceitos constitucionais e legais postos em evidência para deles se extrair a presença dos requisitos autorizadores da modulação. As consequências da decisão, de fato, são levadas em consideração em todos os votos proferidos, seja sobre o sistema jurídico, sobre as finanças públicas, ou, ainda, sobre os reflexos econômicos da universalização da tese de repercussão geral. Como explicam Leal e Dias (2017, p. 827-828), os critérios que possibilitam a modulação de efeitos, apesar de indicarem um estado de coisas a ser promovido, não estabelecem os meios para alcançá-los. A referência do Ministro Gilmar Mendes às audiências públicas provoca-nos a investigar de que modo as regras processuais constituem uma forma de assegurar que esses meios não se apartem do direito posto no exame das modulações de efeitos em matéria tributária. A isso dedicamos o próximo tópico.

3 MODULAÇÃO ÀS CLARAS: CONTRADITÓRIO E FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NAS MODULAÇÕES DE EFEITOS

A Constituição Federal de 1988 estabelece direitos fundamentais de natureza processual. O direito ao julgamento por uma autoridade competente (art. 5º, LIII), o devido processo legal (art. 5º, LIV), a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV) constituem o núcleo de tais direitos, a

partir do qual se desdobram inúmeras características da atividade jurisdicional decorrentes de outros dispositivos constitucionais e da conformação legislativa da atividade processual. É nesse sentido que a doutrina tem identificado, ao lado dos tradicionais sistemas dispositivo e inquisitivo, o modelo processual cooperativo.

De acordo com Fredie Didier Jr., (2011, p. 213-226) o princípio da cooperação estabelece o modo como o processo civil deve ser estruturado no Brasil. Consiste na formação de uma comunidade de trabalho constituída pelas partes e pelo órgão jurisdicional, que conduz o processo de modo dialogado para que dele se extraia uma decisão judicial que seja fruto da atividade processual em cooperação. O autor afirma que um dos corolários do princípio da cooperação é o dever de consulta, segundo o qual não pode o órgão jurisdicional decidir com base em questões fáticas ou jurídicas, ainda que possam ser conhecidas de ofício, sem que sobre elas sejam as partes intimadas. Tal dever foi positivado no art. 10 do Código de Processo Civil de 2015.

O dever de fundamentação das decisões judiciais também merece ser destacado, por ser elemento chave do processo no Estado Democrático de Direito. É a exposição dos fundamentos de fato e de direito que conduzem à conclusão da decisão judicial que permite a verificação da observância do contraditório, do acesso aos meios recursais e da aplicação íntegra e coerente dos precedentes judiciais. Com o objetivo de assegurar o cumprimento do dever de fundamentação, o CPC/2015, no art. 489, § 1º, acrescentou uma série de situações em que não se considera fundamentada a decisão judicial: (i) limitação à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (ii) emprego de conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (iii) invocação de motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (iv) não enfrentamento de todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (v) invocação a precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; (vi) inobservância de enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

A modulação de efeitos traz consigo algumas tensões que devem ser examinadas sob o ângulo do contexto normativo acima retratado. Se, por um lado, a modulação constitui técnica que excepciona as regras de eficácia das decisões de inconstitucionalidade e dos precedentes, por outro lado, possui como requisitos legais conceitos com elevado grau de indeterminação, conferindo ao órgão jurisdicional uma gama de possibilidades de construção da fundamentação decisória. Ainda, por firmar as balizas de eficácia de uma decisão judicial em momento posterior

ao julgamento do mérito da causa, no qual são concentrados os esforços argumentativos das partes e a fundamentação dos votos dos julgadores, a modulação podetender a um déficit de contraditório e de fundamentação. Não obstante, a definição da eficácia da decisão de inconstitucionalidade ou de formação de um precedente, sobretudo em matéria tributária, possui importantes implicações nas relações jurídicotributárias e na integridade do sistema jurídico.

O art. 927 do CPC/2015, ao dispor sobre a superação para frente de precedentes, dedicou especial atenção ao contraditório e à necessidade de fundamentação adequada e específica da decisão. Nos termos do § 2º, “a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese”. Já o § 4º prescreve que “a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”. Ainda que os dispositivos se refiram à alteração de tese jurídica e à modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese firmada em recurso repetitivo, pensamos que eles têm aplicabilidade mais ampla do que a declarada.

Primeiramente, não há como antever se de fato haverá uma alteração do precedente, de modo que a ampliação do contraditório por meio da inserção de atores com capacidade para contribuir com o julgamento tem lugar sempre que venha a ser promovida a rediscussão do tema ou do enunciado sumular¹⁴. Além disso, não há razão para que se restrinja a qualificação do contraditório às potenciais alterações de teses jurídicas. Nas hipóteses de formação de precedentes de reprodução obrigatória é igualmente possível a convocação de audiências públicas¹⁵ e a admissão de amicus curiae nos autos. Tanto é assim que o art. 138 do CPC/2015 permite a participação de pessoa natural ou jurídica com representatividade adequada,

¹⁴ “De início, se uma tese jurídica adotada tiver a possibilidade de ser alterada, previamente poderão ser realizadas audiências públicas, com a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese, sendo possível, ainda, a modulação dos efeitos da transformação no interesse social e no da segurança jurídica, nos moldes já contidos no art. 27 da Lei n. 9.868/1999.” (FARIA, 2021, p. 303).

¹⁵ Foi o caso da audiência pública conjunta convocada pelo Ministro Luis Felipe Salomão, ocorrida em 27/08/2018, acerca de dois temas submetidos à sistemática dos recursos especiais repetitivos, em que fixadas as seguintes teses pela Segunda Seção do STJ: “A cláusula penal moratória tem a finalidade de indenizar pelo adimplemento tardio da obrigação, e, em regra, estabelecida em valor equivalente ao locativo, afasta-se sua cumulação com lucros cessantes” (Tema 970) e “No contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento do devedor. As obrigações heterogêneas (obrigações de fazer e de dar) serão convertidas em dinheiro, por arbitramento judicial” (Tema 971).

considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia¹⁶.

Esses instrumentos processuais, se bem aproveitados pelos órgãos jurisdicionais e pela sociedade, contribuem para que os julgadores formem precedentes e construam normas de decisão aptas a fornecer segurança jurídica e integridade ao ordenamento. As audiências públicas e a intervenção processual de atores com capacidade para apresentar dados e argumentos jurídicos acerca da controvérsia em julgamento são oportunidades privilegiadas para a formulação de prognoses públicas acerca das consequências jurídicas, econômicas e sociais de um precedente, dentro de um modelo cooperativo de jurisdição. Naturalmente, os possíveis impactos à segurança jurídica e as razões de excepcional interesse social serão mais facilmente identificados e incorporados aos fundamentos do acórdão, seja para refutar a modulação de efeitos, seja para estabelecer um regime de transição.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm admitido que a modulação de efeitos seja adotada de ofício ou concedida a partir de requerimento por meio de embargos de declaração opostos contra o acórdão que julga o mérito da ação ou do recurso, ainda que não precedido de pedido das partes¹⁷. Em todo caso, opera-se um julgamento bifásico, no qual, definido o mérito, inicia-se a apreciação de uma segunda questão, concernente aos efeitos da decisão. Observa Humberto Ávila (2019, p. 610-611) que, como não há uma relação necessária entre os argumentos de mérito e os que giram em torno da eficácia da decisão, as partes devem ser ouvidas especificamente quanto à modulação. O autor defende que, a exemplo do que ocorre nos procedimentos de modulação de eficácia de decisões da Corte Europeia de Justiça, eventual proposta de modulação inaugurada por ocasião do exame do mérito deve implicar a suspensão do julgamento, para que as partes possam enfrentá-la.

A proposta de suspensão do julgamento tem a virtude de assegurar o contraditório sobre a modulação, atendendo à previsão do art. 10 do CPC/2015. Contudo, a interrupção do julgamento após a fixação de uma tese na sistemática dos recursos repetitivos ou da repercussão geral pode gerar desdobramentos indesejáveis sob a ótica da segurança jurídica, desses julgamentos ao caso

¹⁶ Embora a participação de *amicuriae* esteja tipicamente relacionada com o julgamento de recursos repetitivos, de ações de controle concentrado de constitucionalidade ou de temas de repercussão geral, em razão da transcendência dos efeitos

¹⁷ No STF, os julgamentos da ADI 5.469/DF e do RE 574.706 ED/PR, os quais foram tratados no presente trabalho, exemplificam as duas possibilidades de instauração da discussão sobre a modulação de efeitos. No STJ, podem-se citar a modulação de efeitos proposta no voto condutor do acórdão do REsp repetitivo 1.381.734/RN (BRASIL, 2021) e o acórdão dos EDcl no REsp repetitivo 1.336.026/PE (BRASIL, 2018a), no qual acolhido pedido de modulação formulado por embargos de declaração.

concreto, deve-se ressaltar que é possível sua admissão no julgamento de ações e de recursos em geral, desde que identificados os requisitos previstos no art. 138 do CPC/2015. À guisa de exemplo, anteriormente ao julgamento do AREsp 1.053.300/RS (BRASIL, 2020), foi admitido o ingresso da Associação Brasileira de Empresas de Vendas Diretas (ABEVD), com poderes para manifestar-se nos autos e para proferir sustentação oral na sessão de julgamento.

a partir da replicação da tese aos processos pendentes antes de definida a eficácia do precedente. Tal aspecto fica mais claro quando se traz à baila o entendimento, adotado no Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2018b) e no Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2021d), segundo o qual a ausência de trânsito em julgado do acórdão paradigma, mesmo se pendentes de apreciação os embargos de declaração com requerimento de modulação de efeitos, não impede o julgamento imediato de causas que versarem sobre o mesmo tema.

Para evitar o efeito prático acima apontado, é admitida, em tese, a concessão de efeito suspensivo aos embargos de declaração em que requerida a modulação de efeitos, com amparo no art. 1.026, § 1º, CPC/2015, segundo o qual “a eficácia da decisão monocrática colegiada poderá ser suspensa pelo respectivo juiz ou relator se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação, se houver risco de dano grave ou de difícil reparação”. Essa foi a solução adotada em decisão monocrática do Ministro Luiz Fux, ao apreciar os EDcl no RE 870.947/SE (BRASIL, 2018c), paradigma do Tema 810 da repercussão geral do STF. Mesmo em caso de modulação proposta ex officio na sessão de julgamento de mérito, é possível sustentar que o próprio órgão jurisdicional possa determinar a suspensão dos efeitos da decisão até a conclusão do julgamento, como decorrência imediata dos princípios da segurança jurídica e da isonomia, que norteiam o sistema de precedentes.

A despeito desses instrumentos, insistimos que a antecipação da discussão acerca das consequências jurídicas, econômicas e sociais da decisão, especialmente com a participação de *amicuriae* e, quando necessário, com a realização de audiências públicas, coloca-se como alternativa processual mais adequada à promoção da segurança jurídica. É que a suspensão dos efeitos da decisão de mérito até o julgamento definitivo da modulação traz consigo uma série de problemas, como (i) a falta de parâmetros objetivos para reconhecer os casos em que seria cabível a medida, (ii) o estímulo a novos litígios, com base na expectativa de que os termos da modulação possam excluir ações ajuizadas mesmo após a fixação da tese, e (iii) as eventuais aplicações, no âmbito administrativo, da lei já declarada inconstitucional ou de interpretação superada pelo precedente formado pelo tribunal. Por outro lado, a ausência de qualquer medida suspensiva acarreta a aplicação imediata da decisão paradigmática, não obstante a possibilidade de alteração

de sua eficácia executiva. Nesse contexto, a antecipação do debate acerca da modulação permite que sua definição ex officio, na sessão de julgamento do mérito do tema, dê-se sem prejuízo ao contraditório e, ainda que requerida por meio de embargos de declaração, tem a virtude de conferir celeridade ao seu julgamento, porque já presentes nos autos as informações e os argumentos que embasarão a decisão.

Além dos aspectos procedimentais que asseguram o contraditório e o modelo processual cooperativo, faz-se necessário que a decisão modulatória, sobretudo porque excepcional, traga em seu bojo os fundamentos jurídicos da modulação. A diversidade de informações e de fontes de dados, por vezes estranhas ao debate travado nos autos, e a ausência de uma referência explícita às regras e aos princípios que permitem reconhecer, em cada caso, as razões de segurança jurídica e de interesse social que justificam a aplicação da técnica, afastam as decisões do dever de fundamentação, nos termos estabelecidos pelo art. 93, XI, da CF/88, e pelo art. 489, § 1º, do CPC/2015.

A modulação de efeitos, frisa-se, constitui uma exceção à regra do efeito extunc das declarações de inconstitucionalidade e da formação ou da superação de um precedente, observados os limites da coisa julgada. Ainda, circunscreve-se aos requisitos da preservação da segurança jurídica e do excepcional interesse social. Merece atenção a crítica de Jorge Octávio Lavocat Galvão (2021) ao risco de desvirtuamento da modulação, não só por meio de sua generalização, mas pela falta de cuidado na fixação de suas balizas. No âmbito do direito tributário, aspectos como a ressalva da eficácia executiva prospectiva às ações em curso, a definição de marcos temporais futuros e a criação de regras de transição, uma vez que potencialmente lesivos à segurança jurídica, à isonomia, à neutralidade tributária e à livre concorrência, são exemplos de parâmetros modulatórios que não prescindem de fundamentação específica, a ser empreendida com base em um contraditório qualificado no processamento da ação ou do recurso.

CONCLUSÃO

A modulação de efeitos encontra-se positivada no direito brasileiro (art. 27 da Lei n. 9.868/1999; art. 11 da Lei n. 9.882/1999; art. 927, § 3º, do CPC/2015), que estabelece como requisitos a segurança jurídica ou o excepcional interesse social. Tratando-se de exceção à regra da eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade e da formação ou superação de precedentes, há de ser utilizada com cautela pelas Cortes de Precedentes, sob pena de gerar prejuízo à supremacia

da Constituição e ao Estado de Direito. A abertura semântica dos parâmetros eleitos pelo legislador, com a indicação de um estado de coisas a ser promovido sem o estabelecimento dos meios para alcançá-lo, acaba por conferir ao órgão jurisdicional amplo espaço decisório acerca da modulação de efeitos.

Nesse contexto, dois aspectos são centrais na crítica doutrinária a respeito da modulação de efeitos em matéria tributária: a possibilidade de o Estado ser beneficiário das modulações de efeitos e a utilização de argumentos consequentialistas na fundamentação dos votos. Verificou-se que o Supremo Tribunal Federal tem admitido a modulação de efeitos em benefício do Poder Público com base na segurança jurídica, notadamente nas hipóteses de alteração de jurisprudência dominante.

Demonstrou-se que abalizada doutrina aponta, com razão, a impossibilidade de associação imediata entre os impactos financeiros da decisão e as razões de excepcional interesse público, bem como a necessidade de desestimular a criação de tributos inconstitucionais. Não obstante, destacou-se que há relação indissociável entre a arrecadação de tributos e a promoção de direitos fundamentais, no âmbito de um Estado fiscal, no qual as necessidades financeiras são essencialmente cobertas por impostos e estão imbricadas à promoção do bem-estar social. Pontuou-se, ademais, que o argumento de que a adoção da modulação pode incentivar a prática de atos inconstitucionais não deve ser tomado como impeditivo geral à modulação, porquanto não se dispensa o exame do cenário jurídico à época da edição das leis impugnadas e de eventual evolução jurisprudencial até o enfrentamento do tema quando da formação de um precedente vinculante. Esses pontos devem ser examinados, em cada caso, à luz das regras constitucionais, das dimensões normativas da segurança jurídica e de sua ponderação com outros princípios constitucionais colidentes.

A correta aplicação da técnica modulatória exige que a decisão judicial traga os fundamentos jurídicos da modulação de efeitos. A diversidade de informações e de fontes de dados, por vezes estranhas ao debate travado nos autos, e a ausência de uma referência explícita às regras e aos princípios que permitem reconhecer, em cada caso, as razões de segurança jurídica e de interesse social que justificam a aplicação da técnica, afastam as decisões do dever de fundamentação, nos termos estabelecidos pelo art. 93, XI, da CF/88, e pelo art. 489, § 1º, do CPC/2015. Sendo assim, salientou-se a importância da construção de um modelo processual cooperativo, que envolva instrumentos como a participação de *amicuriae* e a realização de audiências públicas, de modo a qualificar o contraditório em torno das consequências jurídicas, econômicas e sociais da decisão.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda. Modulação [livro eletrônico]: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ANDRADE, José Maria Arruda de. Consequencialismo e argumento de risco fiscal na modulação de efeitos em matéria tributária. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 40, p. 506523, 2018.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 11, p. 1-30, set./out./nov. 2007.

_____. Segurança Jurídica em Matéria Tributária. *Revista Brasileira de Direito Tributário*, n. 64, set./out. 2017.

_____. Teoria da Segurança Jurídica. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do Interesse Público: desconstrução ou reconstrução? *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 26, p. 1-26, maio/jun./jul. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Seção, AgInt no MS 27.721/DF, rel. Min. Regina Helena Costa, publicado em 08/10/2021d.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Seção, EREsp 767.527/PR, rel. Min. Teori Zavascki, publicado em 22/10/2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Seção, EDcl no REsp 1.336.026/PE, rel. Min. Og Fernandes, publicado em 22/06/2018a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Seção, REsp 1.381.734/RN, rel. Min. Benedito Gonçalves, publicado em 26/04/2021c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, AREsp 1.053.300/RS, rel. Min. Gurgel de Faria, publicado em 02/10/2020b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Decisão Monocrática, RE 870.947 ED/SE, rel. Min. Luiz Fux, publicado em 26/09/2018c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, ADI 4.171/DF, rel. Min. Ellen Gracie, publicado em 21/08/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, ADI 5.469/DF, rel. Min. Dias Toffoli, publicado em 25/05/2021a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, RE 560.626/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, publicado em 05/12/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, RE 574.706 ED/PR, rel. Min. Cármen Lúcia, publicado em 12/08/2021b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, RE 593.849/MG, rel. Min. Edson Fachin, publicado em 05/04/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, RE 638.115 ED-ED/CE, rel. Min. Gilmar Mendes, publicado em 08/05/2020a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, RE 1.112.500 AgR/ES, rel. Min. Roberto Barroso, publicado em 13/08/2018b.

CAVALCANTE, Denise Lucena. Reflexões sobre a modulação dos efeitos das decisões do STF em matéria tributária. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 38.1, p. 379-390, jan./jun. 2018.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A modulação dos efeitos das decisões que alteram jurisprudência dominante do STJ (art. 927, § 3º, do novo CPC). In: ARAÚJO, Raul; MARCONI, Cid; ROCHA, Tiago Asfor (Coord.). *Temas Atuais e Polêmicos da Justiça Federal*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 109-127.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Mutações Jurisprudenciais, em face da proteção da confiança e do interesse público no planejamento da receita e da despesa do Estado. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). *Princípios e Limites da Tributação*. v. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 729-748. Disponível em: <<https://sachacalmon.com.br/wpcontent/uploads/2010/12/Mutacoes-jurisprudenciais-em-face-da-protecao-da-confianca-edo-interesse-publico-no-planejamento-da-receita-e-da-despesa-do-estado.pdf>>. Acesso em: 28 de setembro de 2022.

DIDIER JR., Fredie. Os Três Modelos de Direito Processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, v. 198, p. 213-226, ago. 2011.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. *A Extrafiscalidade e a Concretização do Princípio da Redução das Desigualdades Regionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. *Controle da Constitucionalidade na Omissão Legislativa. Instrumentos de Proteção Judicial e seus Efeitos*. Curitiba: Juruá, 2001.

_____. Cinco Anos do Novo CPC: a importância dos precedentes. In: SANTA CRUZ, Felipe; FUX, Luiz; GODINHO, André (Coord.). *Avanços do Sistema de Justiça: os 5 anos de vigência do Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Editora OAB Nacional e CNJ, 2021, p. 289-308.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JÚNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. São Paulo: Manole, 2007, p. 1-32.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade em matéria tributária: mitos, consequências e arranjos institucionais ideais. *RDU*, v. 15, n. 84, p. 93-113, nov./dez. 2018.

_____. É preciso modular a modulação de efeitos? Reflexões sobre um desvirtuamento. *Revista Consultor Jurídico*, 19 de junho de 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-19/artx-observatorio-constitucional-preciso-modularmodulacao-efeitos-reflexoes-desvirtuamento>>. Acesso em: 28 de setembro de 2022.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

LEAL, Fernando; DIAS, Daniela Gueiros. Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, p. 819-843, dez. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios* [livro eletrônico]. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1.169-1.562.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas* [livro eletrônico]. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *Superação para Frente e Modulação de Efeitos: Precedente e Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2015.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente e Segurança Jurídica*. 4 ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Argumentando pelas Consequências no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2011.

SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual: ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica: Metodica da Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário*. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

TORRES, Ricardo Lobo. O consequentialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. *RDE*, a. 6, n. 21, p. 541-574, jan./dez. 2011.

A SUCUMBÊNCIA DA FAZENDA PÚBLICA NA EXECUÇÃO FISCAL E A OBRIGATORIEDADE DO RESSARCIMENTO DOS CUSTOS DO EXECUTADO COM A MANUTENÇÃO DO SEGURO-GARANTIA OU DA FIANÇA BANCÁRIA¹

Julcira Maria de Mello Vianna Lisboa²
Guilherme Paes de Barros Geraldí³

Resumo: O presente artigo visou analisar se a Fazenda Pública sucumbente deve ser condenada a ressarcir ao executado vencedor as despesas que este teve com a contratação e manutenção de seguro-garantia ou fiança bancária em execução fiscal. Para tanto, mediante pesquisa jurisprudencial, buscou-se identificar não só quais as normas de direito positivo aplicáveis ao tema, mas, principalmente, como essas normas vêm sendo interpretadas e aplicadas pelo Poder Judiciário, bem como quais são os argumentos jurídicos que vêm sendo apresentados pelos contribuintes e pelas Fazendas Públicas em sua defesa. A partir do resultado dessa pesquisa, que demonstrou que o argumento central da discussão é se a contratação dessas garantias é ou não uma liberalidade do executado, o artigo buscou analisá-lo mediante interpretação sistemática do direito positivo, bem como em elementos da filosofia do direito. A conclusão dessa análise foi a de que a despeito de a contratação dessas espécies de garantia ser uma liberalidade do contribuinte, ela deve ser objeto de ressarcimento por parte da Fazenda Pública sucumbente.

Palavras-chave: Execução fiscal. Despesas processuais. Seguro-garantia. Fiança bancária. Reembolso.

Abstract: This article aimed to analyze if the taxpayer who wins a tax execution procedure has the right to be reimbursed by the tax authorities of the expenses with insurance or bank guarantees made to guarantee the lawsuit. The first step of this analysis was a research on precedents, whose result have shown not only the rules applicable to the case but, mainly, how these rules are being interpreted and applied by the Brazilian Courts and which are the main arguments used by the taxpayers and by the tax authorities. The conclusion of this research was that the main point of doubt is whether these expenses are at the taxpayer will or not, considering that there are other ways to guarantee the tax execution procedures, such as the cash deposit of the values being disputed in an official bank account or the attachment of any other of the taxpayer goods. Therefore, the article analyzed the matter from a systematic interpretation of the rules in the Tax Execution Procedure Law, the Civil Procedure Law and considering elements of philosophy of law. The conclusion of this study was that although the hiring of insurance or bank guarantee is a choice of the taxpayer, it shall be reimbursed by the tax authorities in case they lose a tax execution procedure.

Keywords: Tax execution procedure. Legal costs. Insurance or bank guarantee. Reimburse.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista da Faculdade de Direito da UERJ* (2022, N. 41) e gentilmente cedido pelos autores para a presente edição.

² Professora do Curso de Graduação em Direito e do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional e Processual Tributário da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre e Doutora em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).
<https://orcid.org/0000-0002-9406-136X>

³ Mestre em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Doutorando em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) Advogado em São Paulo.
<https://orcid.org/0000-0001-8900-8196>

1 INTRODUÇÃO

No direito brasileiro, a regra imposta pelos princípios da sucumbência e da causalidade é a de que a parte vencida em um processo seja condenada pela sentença ao ressarcimento à parte vencedora das despesas processuais que esta teve que suportar ao longo do processo. Apesar disso, a prática forense mostra que é incomum que as despesas com a manutenção de garantias (fianças bancárias e seguros-garantia) apresentadas em execuções fiscais sejam objeto de pedido de ressarcimento por parte dos executados quando estes vencem neste tipo de processo. O objetivo deste artigo é averiguar se existem razões jurídicas para este comportamento.

A garantia da execução fiscal é uma exigência imposta pela legislação brasileira para que o executado possa opor embargos à execução, defendendo-se da cobrança. A forma de garantia mais comum entre os grandes contribuintes é mediante a contratação de seguro-garantia ou fiança bancária, nos termos autorizados pelo art. 9º da Lei de Execução Fiscal. Apesar dos custos inerentes à contratação dessas garantias, na maioria das vezes, elas acabam sendo a alternativa mais viável para a garantia. Em primeiro lugar, a depender do valor da execução, sua garantia mediante depósito em dinheiro se torna inviável, seja porque prejudicaria o regular exercício das atividades do contribuinte, seja simplesmente pela falta de recursos. Além disso, a garantia mediante a penhora de bens só costuma ser aceita pelas Fazenda Públicas e pelos juízos processantes das execuções fiscais como última alternativa (isto é, depois da tentativa frustrada de penhora ativos financeiros).

No entanto, os custos com a manutenção dessas garantias podem ser tornar bastante elevados, levando em conta, que estes são cobrados não só em função do valor garantido, mas também pelo tempo de vigência da garantia, que, via de regra, deve coincidir com tempo de duração da execução fiscal. E, como apontado pelo relatório Justiça em Números 2020 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p. 157), as execuções fiscais são o tipo de processo com a maior taxa de congestionamento no Poder Judiciário.

Desse modo, se, ao final, os embargos do executado são julgados procedentes, com a consequente extinção seria correto exigir que a Fazenda Pública – que ajuizou a execução fiscal indevida – ressarça ao executado os custos que este teve com a contratação e com a manutenção dessa garantia? É a este questionamento que o presente artigo pretende responder.

Para alcançar esse objetivo, optou-se por iniciar a análise pesquisando como a jurisprudência brasileira trata do assunto. A fim de identificar não só quais são as normas

existentes no direito positivo brasileiro a respeito do assunto, mas, principalmente, como essas normas estão sendo interpretadas e aplicadas.

A partir dessa identificação das normas e de sua aplicação pelos tribunais, o artigo analisará, mediante interpretação sistemática do direito positivo e amparo na doutrina, os fundamentos dos acórdãos, bem como os argumentos apresentados por contribuintes e Fazenda Pública.

Esperamos que esta análise permita concluir se há ou não razões jurídicas que justifiquem a prática pouco usual de os contribuintes requererem a condenação da Fazenda Pública sucumbente ao ressarcimento das despesas incorridas com os custos para contratação e manutenção de garantias em execuções fiscais.

2 O PANORAMA LEGISLATIVO E JURISPRUDENCIAL

Sem renunciar ao rigor científico, necessário à análise acadêmica de qualquer aspecto do Direito, a fim de proporcionar uma análise mais ampla e pragmática sobre o tema, reputamos conveniente traçar o panorama jurisprudencial em conjunto com o panorama legislativo, a fim de verificar como as normas de direito positivo são concretamente aplicadas (ARAÚJO, 2011, p. 182).

Com efeito, limitamos nossa pesquisa ao Superior Tribunal de Justiça, aos cinco Tribunais Regionais Federais existentes no país e aos Tribunais de Justiça de São Paulo e do Rio de Janeiro. Desse modo, pudemos abranger em nossa pesquisa a corte de mais alta hierarquia para matéria infraconstitucionais, toda a Justiça Federal, e os tribunais estaduais que reúnem a maior parte das execuções fiscais em trâmite no país (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p. 157).

Essa pesquisa, realizada entre maio e junho de 2020, nos referidos tribunais encontrou seis acórdãos originados de processos de execução fiscal ou embargos à execução fiscal em que houve pedido de condenação da Fazenda Pública sucumbente ao pagamento das despesas em que o executado/embargante incorreu com a contratação e manutenção de seguro garantia ou fiança bancária. Esses acórdãos foram localizados nos seguintes tribunais: dois são do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, dois são do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, um é do Tribunal de Justiça de São Paulo e o último é do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Além destes, também localizamos um acórdão tratando da possibilidade da inclusão das despesas com fiança bancária na condenação imputada à Fazenda Pública no Superior

Tribunal de Justiça. Todavia, este acórdão não é de grande valia para o presente estudo, já que além de não ser originário de execução fiscal ou de embargos, mas sim de ação anulatória, o recurso não chegou a ser conhecido devido a vício processual e, em razão disso, o mérito não foi discutido pelo tribunal superior⁴

Pois bem, dentre os seis acórdãos localizados a respeito do tema específico deste artigo, três deles, os dois do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e o do Tribunal de Justiça de São Paulo consideraram válida a inclusão dos custos incorridos com a manutenção da garantia entre as despesas processuais reembolsáveis pela parte sucumbente. Dentre os três remanescentes, os dois proferidos pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região consideraram que tais custos não seriam despesas processuais reembolsáveis pela parte sucumbente e o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro considerou que eventual dever de reembolso dos valores gastos com a manutenção de garantia seria questão de responsabilidade civil do estado, matéria que deveria ser discutida em ação especificamente ajuizada para este fim. Analisemos, dessa forma, cada um destes acórdãos para compreender quais foram as razões determinantes para cada uma das decisões.

Iniciaremos a análise pelos acórdãos que deram guarida ao pedido dos contribuintes e condenaram a Fazenda Pública ao ressarcimento das despesas incorridas para a manutenção das garantias nas execuções fiscais. Para melhor compreensão das razões de decidir de cada um deles, transcrevemos, abaixo, as ementas e os principais trechos de cada um desses acórdãos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. RESSARCIMENTO DAS DESPESAS PROCESSUAIS DECORRENTES DA CONTRATAÇÃO DE SEGURO-GARANTIA. CPC, ARTS. 82 E 84. LEI 6.830/80, ART. 9º, § 2º. 1. A garantia da execução fiscal é pressuposto de

⁴ “[...]. INCLUSÃO DOS GASTOS PARA MANUTENÇÃO DA PENHORA DE FIANÇA BANCÁRIA NO CONCEITO DE DESPESAS PROCESSUAIS. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 283/STF. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL (ENTE PÚBLICO). AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AO CONTEÚDO DA DECISÃO QUE INADMITIU O APELO NOBRE. SÚMULA 182/STJ. 1. O estabelecimento empresarial pretende, por meio do apelo nobre: a) o arbitramento da verba honorária em seu favor com a utilização dos critérios previstos no art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC; e b) a inclusão, no ressarcimento das despesas, das quantias gastas com a manutenção da garantia consistente na apresentação de carta de fiança. (...) 4. Esse óbice sumular é aplicável, em condições idênticas, à pretensão de ver a Fazenda Pública condenada a ressarcir as despesas incorridas para manutenção da fiança bancária. A esse respeito, o Tribunal a quo registrou que se trata de inovação recursal, apresentada pela empresa somente nos Aclaratórios, ou seja, não debatida anteriormente. Acrescentou, ademais, que a questão poderá ser debatida na via adequada (no juízo de primeiro grau), por ocasião da instauração da fase de cumprimento do capítulo condenatório da sentença. Não houve impugnação direta a esses fundamentos. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). Recurso Especial 1803004/SP. Relator Min. Herman Benjamin, 21 de março de 2019.

Disponível

em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1829955&num_registro=201900692498&data=20190618&formato=PDF. Acesso em 16 jun. 2020)

admissibilidade dos embargos (art. 16, § 1º, Lei 6.830/80), isto é, requisito para que o devedor possa defender-se. 2. O seguro-garantia constitui um dos meios admitidos pela Lei 6.830/80 em seu art. 9º, II, na redação dada pela Lei 13.043/2014, para garantia da execução fiscal. Esse dispositivo não estabelece ordem de preferência, sendo facultado ao devedor valer-se de qualquer das garantias legalmente admitidas. 3. É exemplificativo o elenco do art. 84 do CPC, devendo ser entendidos como despesas processuais restituíveis todos os gastos empreendidos para que o processo possa cumprir sua função social, mesmo aqueles extrajudiciais, desde que indispensáveis ao processo (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4. Região, 2019).

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM EMBARGOS À EXECUÇÃO. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. FIXAÇÃO.

IMPOSSIBILIDADE. DESPESAS. PROCESSUAIS. [...] 2. Os custos com a garantia apresentada como pressuposto para o ajuizamento de embargos à execução fiscal configuram inequívoca despesa processual, passível de ressarcimento, ao final, pela Fazenda Pública, caso vencida. 3. Apelos improvidos (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4. Região, 2020).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Município de Itirapina – Impugnação ao cumprimento de sentença – Condenação da Fazenda Pública – Pretensão à reforma da decisão que rejeitou a impugnação e condenou a vencida a pagar à vencedora as despesas despendidas com a contratação/manutenção do seguro garantia – Alegação de excesso e/ou cumulação indevida – Inadmissibilidade – Inafastável o pagamento de todas as despesas despendidas pela executada – Interpretação sistemática dos artigos 82, §2º; 84; 98, VIII, e 776, todos do CPC e dos artigos 16 e

39, parágrafo único, ambos da LEF – Decisão mantida – RECURSO DESPROVIDO.

[...]

Como é sabido, nas ações de execução fiscal, o devedor, para viabilizar sua defesa em sede de embargos à execução, deve garantir a execução optando por uma das modalidades previstas no artigo 9º da Lei de Execução Fiscal (dinheiro; fiança ou seguro garantia; nomear bens à penhora, observada a ordem do art. 11; bem como, indicar à penhora bens oferecidos por terceiros e aceitos pela Fazenda Pública). No caso vertente, não obstante tais possibilidades, a execução fiscal foi garantida por meio de Seguro Garantia Judicial, aceita pelo juízo.

Nesse aspecto, cumpre ressaltar que, em termos de garantia à execução, a fiança bancária e o seguro fiança produzem os mesmos efeitos que a penhora. Além disso, o art. 15, I, da Lei

6.830/80 lhes confere o mesmo status do depósito em dinheiro, para efeitos de substituição de penhora, sendo, portanto, instrumento suficiente para garantia do executivo fiscal.

Obviamente que esses tipos de garantia configuram atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório, no entanto impõem ao contratante gastos com a sua contratação/manutenção.

Segundo o art. 82, §2º, a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou. A despeito de não haver expressa previsão legal de reembolso dos gastos com a fiança e o seguro, o conceito de “despesas” não pode se restringir a um ou outro gasto, ao revés, interpretando-o de forma extensiva, em razão da mens legis, “todos” os gastos dispendidos pelo vencedor devem ser carreados ao montante restituível, inclusive aqueles feitos com a contratação da carta de fiança/seguro garantia, mormente quando este se sujeita aos gravames de uma demanda indevidamente ajuizada, como no caso.

Desse modo, não se mostra razoável que esse tipo de despesa represente um ônus a ser suportado por apenas uma das partes, sob pena de violação ao princípio da igualdade. A respeito vale citar o artigo 7º do Código de Processo Civil, que assegura às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Oportuno ressaltar, nesse aspecto, que as Fazendas Públicas e os Juízos por onde tramitam tais cobranças, comumente rejeitam outros bens como caução, optando preferencialmente por dinheiro ou seguros fiança ou garantia, que a ele se equiparam para fins de penhora. Diante da imposição desse ônus, não há se falar em benefício conferido ao executado, nem tampouco em mera liberalidade ou livre escolha/opção de sua parte, que muitas vezes, a depender do montante do débito exequendo e da sua situação financeira, não tem outra alternativa senão a de contratar uma dessas modalidades de garantia.

Diante desse cenário, é frágil a alegação de que a agravada facilmente poderia promover o depósito judicial ou mesmo oferecer um bem de seu vasto patrimônio (veículos, imóveis etc). Inafastável, portanto, o dever de a Fazenda, quando vencida, se sujeitar ao ressarcimento dos gastos daí provenientes.

[...]

Nada obstante, em razão do princípio da menor onerosidade, o devedor pode assegurar a defesa do seu patrimônio, possibilitando a discussão ou a satisfação ou do débito da forma menos gravosa (CPC, art. 850). Já pelo princípio da causalidade, aquele que der causa à propositura da demanda ou incidente processual deve responder pelas despesas daí decorrentes.

[...]
(SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, 2020)

O primeiro acórdão do TRF da 4ª Região, relativo ao Agravo de Instrumento nº 5045251-74.2018.4.04.0000, manteve decisão de primeiro grau que havia condenado a União ao ressarcimento das despesas que o executado teve com a contratação e manutenção de seguro-garantia. O primeiro dos fundamentos determinantes para a tomada desta decisão foi o fato de que a garantia da execução fiscal é pressuposto de admissibilidade dos embargos, tal qual previsto no art. 16, § 1º da Lei nº 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal)². Por esta razão, segundo o acórdão, a apresentação de garantia configura requisito obrigatório para que o suposto devedor possa exercer o contraditório e a ampla defesa, sendo, portanto, uma despesa necessária e indissociável do processo. O segundo fundamento determinante para a decisão foi o fato de a Lei nº 6.830/80 não estabelece ordem de preferência entre depósito, fiança bancária, seguro garantia ou penhora de bens do executado ou de terceiros³, refutando-se, assim, a argumentação apresentada pela Fazenda Pública no sentido de que a contratação da fiança bancária ou do seguro garantia teria sido uma liberalidade do executado, que poderia ter garantido a execução mediante depósito ou outros bens. Por fim, o terceiro fundamento determinante da decisão foi a não taxatividade do rol de despesas reembolsáveis elencado no art. 84 do CPC.

O segundo acórdão do TRF da 4ª Região foi proferido em sede de apelação interposta contra sentença que extinguiu a Execução Fiscal nº 5008453-63.2014.4.04.7111 e condenou a União ao ressarcimento das despesas em que o executado incorreu para a contratação e manutenção de garantia. Neste acórdão, o fundamento determinante para a decisão foi a não

² Art. 16 - O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados:

I - do depósito;

II - da juntada da prova da fiança bancária ou do seguro garantia; (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014) III - da intimação da penhora.

§ 1º - Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução.

³ Art. 9º - Em garantia da execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, o executado poderá:

I - efetuar depósito em dinheiro, à ordem do Juízo em estabelecimento oficial de crédito, que assegure atualização monetária;

II - oferecer fiança bancária ou seguro garantia; (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014)

III - nomear bens à penhora, observada a ordem do artigo 11; ou

IV - indicar à penhora bens oferecidos por terceiros e aceitos pela Fazenda Pública.

§ 1º - O executado só poderá indicar e o terceiro oferecer bem imóvel à penhora com o consentimento expresso do respectivo cônjuge.

§ 2º Juntar-se-á aos autos a prova do depósito, da fiança bancária, do seguro garantia ou da penhora dos bens do executado ou de terceiros. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014)

taxatividade do art. 84 do CPC. Segundo o acórdão, a interpretação sistemática do dispositivo em questão revela que a expressão “despesas processuais” tem abrangência muito mais ampla do que o rol do art. 84. A título de exemplo, o acórdão menciona os arts. 95 e 98 do CPC, que dispõem, respectivamente, sobre as despesas com honorários periciais e sobre as despesas processuais que não devem ser suportadas pelos beneficiários da gratuidade de justiça. Conforme o acórdão, os honorários periciais não estão elencados no rol do art. 84 e, a despeito disso, são, indubitavelmente, despesas processuais. Já o art. 98 elenca, em seu § 1º uma lista de custos do processo sujeitos à gratuidade, abordando, ao lado dos honorários, um novo rol de despesas processuais que abrange itens não contemplados no art. 84.

Por fim, o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo foi proferido nos autos do

Agravo de Instrumento nº 2002444-11.2019.8.26.0000, interposto pelo Município de Itirapina contra decisão de primeiro grau que condenou o ente municipal ao ressarcimento dos gastos que o executado teve com contratação e manutenção de seguro garantia em execução fiscal extinta por força da procedência dos embargos opostos à execução. Em adição aos fundamentos utilizados pelos dois acórdãos do TRF da 2ª Região apresentados acima, o acórdão utilizou como fundamentos determinantes para a decisão o conteúdo (i) do art. 776 do CPC, que estabelece o dever de o exequente ressarcir ao executado “os danos que este sofreu, quando a sentença, transitada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação que ensejou a execução”, e (ii) do art. 16, Parágrafo único da Lei de Execução Fiscal, segundo o qual, “se vencida, a Fazenda Pública ressarcirá o valor das despesas feitas pela parte contrária”.

Apresentados os fundamentos determinantes dos acórdãos localizados em nossa pesquisa que são favoráveis à pretensão dos contribuintes de ver a Fazenda Pública sucumbente condenada a ressarcir-lhes os custos em que incorreram para a contratação e manutenção de garantias, analisemos os fundamentos determinantes dos acórdãos contrários a esta pretensão. Iniciaremos esta análise transcrevendo as ementas e os principais trechos dos votos destes acórdãos:

TRIBUTÁRIO. REMESSA NECESSÁRIA. APELAÇÕES. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. SEGURO-GARANTIA. CONTRATO PRIVADO. ÔNUS DO CONTRATANTE QUE NÃO DEVE SER CONSIDERADO NAS DESPESAS ORIUNDAS DA SUCUMBÊNCIA. PRECEDENTE DO TRF DA 2ª REGIÃO.

MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS DEVIDA. INCIDÊNCIA DO ART.85, §3º DO NOVO CPC. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÕES CONHECIDAS E PROVIDAS EM PARTE PARA MAJORAR OS HONORÁRIOS EM FAVOR DO PARTICULAR E PARA EXCLUIR O CUSTO DO SEGURO-GARANTIA DOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. [...]. 2. A contratação de seguro-garantia para Execuções Fiscais é faculdade do executado, que tem total liberdade para decidir se vai pagar para transferir o risco à seguradora. Por ser um contrato privado, uma faculdade, não se mostra admissível a sua inclusão como ônus sucumbencial. 3. Nesse sentido: "No que se refere ao pedido de condenação da exequente ao pagamento dos custos advindos da contratação do seguro- garantia, deve ser ressaltado que a conduta do fisco não é capaz de gerar dano indenizável, na medida em que age premido pelo poder-dever de constituir e cobrar os tributos previstos em lei. Além disso, o seguro garantia não é modalidade de garantia imposta ao contribuinte, conforme se observa do art. 9º da Lei nº 6.830/80. 10-Apeleção parcialmente provida. (AC - Apeleção - Recursos - Processo Cível e do Trabalho 0104624-03.2015.4.02.5006, LUIZ ANTONIO SOARES, TRF2 - 4ª TURMA ESPECIALIZADA.)" [...]. 5.Remessa necessária e apelações conhecidas e providas em parte para majorar os honorários em favor de ORICA BRASIL LTDA. e MACHADO MEYER, SENDACZ E OPICE ADVOGADOS e excluir da condenação a inclusão dos custos do seguro-garantia.

[...]

A inclusão do gasto com seguro-garantia, contratado para garantir a execução, nas despesas processuais está equivocada. O seguro-garantia é um contrato celebrado pelo executado com o segurador para que este, mediante o pagamento do prêmio pelo segurado/executado, assumo o risco em caso de sucesso do exequente. A álea dos contratos de seguro é facilmente perceptível na relação entre segurado e segurador, eis que a obrigação está diretamente ligada a evento futuro e incerto. A contratação desse tipo de seguro para Execuções Fiscais é faculdade do executado, que tem total liberdade para decidir se vai pagar para transferir o risco à seguradora. Por ser um contrato privado, uma faculdade, não se mostra admissível a sua inclusão como ônus sucumbencial, pois a se admitir tal hipótese estar-se-ia transferindo ao Estado o patrocínio indireto de seguradores, algo inimaginável no Estado Democrático de Direito; bem como haveria verdadeira condicionante à atuação do Fisco, qual seja, ajuizar Execuções Fiscais “perfeitas”, que não dessem azo a embargos, o que também

é inimaginável. [...] ⁵ (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2. Região, 2019a)

EXECUÇÃO FISCAL. CANCELAMENTO DA INSCRIÇÃO. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. MAJORAÇÃO. ART. 20, § § 3º E 4º DO CPC. RESSARCIMENTO DE SEGURO-GARANTIA. IMPOSSIBILIDADE. [...] 9-No que se refere ao pedido de condenação da exequente ao pagamento dos custos advindos da contratação do seguro-garantia, deve ser ressaltado que a conduta do fisco não é capaz de gerar dano indenizável, na medida em que age premido pelo poder-dever de constituir e cobrar os tributos previstos em lei. Além disso, o seguro-garantia não é modalidade de garantia imposta ao contribuinte, conforme se observa do art. 9º da Lei nº 6.830/80. 10-Apeleção parcialmente provida. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2. Região, 2019b)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA. CANCELAMENTO DA CERTIDÃO. EXTINÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. DESCABIMENTO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO DOS VALORES GASTOS COM A GARANTIA. MATÉRIA RELATIVA À RESPONSABILIDADE CIVIL. INCABÍVEL A DISCUSSÃO NESTES AUTOS. [...] 3. Pedido de ressarcimento quanto aos valores gastos para garantir a execução. Matéria de responsabilidade civil do Estado, não cabendo qualquer decisão na presente execução. 4. Sentença Mantida. NEGATIVA DE PROVIMENTO AO RECURSO.

[...]

Ademais, cumpre salientar que o Estado é isento de custas, sendo certo que, as despesas com a carta de fiança deve ser postuladas pela via própria, eis que não estão abrangidas pelo artigo 20 do CPC, uma vez que a executada poderia optar pelo oferecimento de outra garantia.

A garantia do Juízo por meio de carta de fiança ou seguro garantia cria para o contribuinte o ônus de remunerar a instituição financeira ou a seguradora por fornecê-lo, proporcionalmente ao valor garantido e ao tempo de tramitação do processo.

⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2. Região (2 Turma Especializada). Apeleção n. 000055624.2010.4.02.5120. Relator Des. Federal Eugênio Rosa de Araujo, 27 de junho de 2019. Disponível em <https://bitly.com/fQVPL>. Acesso em 06 jun. 2020.

Ora, no caso em tela, uma vez cancelada a CDA por inscrição indevida, há fundamentos que justificam, em tese, o direito de reparação pelo ônus da sujeição à cobrança.

O ordenamento jurídico nacional garante ao prejudicado ressarcir-se de todos os prejuízos diretos e imediatos, entre os quais as despesas incorridas com a carta de fiança ou seguro garantia durante o trâmite do processo.

Nestas hipóteses, a questão é de responsabilidade civil do Estado, cuja caracterização funda-se no art. 37, §6º, da Constituição Federal, e que, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, possui como requisitos: a) o próprio dano (na espécie, a despesa com a garantia); b) a ação administrativa (aqui, a cobrança de tributo indevido), e; c) o nexo de causalidade (o vínculo de causa e efeito entre a cobrança indevida e assunção da despesa).

Desta forma, na presente execução não cabe qualquer decisão neste sentido, devendo a executada, se for o caso, postular seu direito pela via própria, nos termos da fundamentação supra. (RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça, 2015).

No primeiro acórdão do TRF da 2ª Região, proferido nos autos da Apelação nº 0000556-24.2010.4.02.5120, foram dois os fundamentos determinantes para a reforma da decisão que havia condenado a União ao ressarcimento das despesas incorridas pelo executado vencedor com a contratação e manutenção de seguro garantia. O primeiro fundamento determinante foi o entendimento de que a contratação de seguro garantia é uma faculdade do executado, que, nos dizeres do acórdão “tem total liberdade para decidir se vai pagar para transferir o risco à seguradora”. Em decorrência disso, ao se condenar a Fazenda Pública a ressarcir os valores pagos pelos particulares às seguradoras, “estar-se-ia transferindo ao Estado o patrocínio indireto das seguradoras, algo inimaginável no Estado Democrático de Direito”. Por sua vez, o segundo fundamento determinante para a decisão foi o fato de que a condenação da Fazenda Pública ao ressarcimento das despesas em questão implicaria na condição de que o Fisco só pudesse ajuizar “Execuções Fiscais ‘perfeitas’, que não dessem azo a embargos”, o que, segundo o acórdão, não poderia ser exigido.

No segundo acórdão do TRF da 2ª Região, proferido nos autos da Apelação nº 0104624-03.2015.4.02.5006, também houve dois fundamentos determinantes para afastar a condenação da União ao ressarcimento das despesas com a contratação e manutenção de seguro garantia. O primeiro deles foi o argumento de que a contratação em questão seria uma opção do contribuinte e não uma imposição do processo. Já o segundo fundamento determinante foi a alegação de que o ajuizamento da execução fiscal não seria uma conduta indenizável, na medida

em que ao ajuizar a execução fiscal, o fisco estaria agindo “premido pelo poder-dever de constituir e cobrar os tributos previstos em lei”.

Por fim, no terceiro acórdão contrário à condenação da Fazenda Pública ao ressarcimento das despesas com a contratação e manutenção de seguro garantia em execuções fiscais, proferido nos autos da Apelação nº 0154852-43.2001.8.19.0001, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro partiu da premissa de que o CPC traria rol taxativo em relação às despesas reembolsáveis pelo vencido ao vencedor. Dessa forma, considerando que as despesas com a manutenção de garantias não estão elencadas neste rol, refutou a possibilidade de condenação da Fazenda Pública ao ressarcimento dessas despesas. De todo modo, considerou que a pretensão em questão seria matéria de responsabilidade civil do estado, que poderia ser pleiteada pelo executado e apurada em ação própria.

2.1 CONCLUSÕES PARCIAIS

Apesar de extensa, a análise legislativa e jurisprudencial feita até aqui indica quais são os principais fundamentos para avaliar se a Fazenda Pública sucumbente deve ou não ressarcir o executado pelos custos que este teve para a contratação e manutenção de garantias em uma execução fiscal.

Os três acórdãos favoráveis à condenação da Fazenda Pública ao reembolso das despesas com garantias analisaram basicamente as mesmas duas questões: a taxatividade do art. 84 do CPC e a liberalidade do executado para contratar seguro-garantia ou fiança ou apresentar outros tipos de garantia ao juízo da execução. Estes acórdãos chegaram à conclusão de que o art. 84 do CPC não é taxativo e que a contratação de seguro-garantia ou fiança não é uma liberalidade do executado, vez que, diferentemente do que ocorre nas execuções cíveis, nas execuções fiscais, a garantia do juízo é um pressuposto à oposição de embargos. Assim, a contratação da garantia, no entendimento desses acórdãos, seria uma imposição legal.

Por sua vez, os dois acórdãos do TRF da 2ª Região contrários à condenação da Fazenda Pública analisaram a questão da liberalidade do executado na contratação do seguro e da fiança, bem como questões de cunho axiológico, como se seria justo repassar à Fazenda Pública os custos de um contrato privado, firmado entre executado e seguradora ou instituição bancária, e se seria justo obrigar a Fazenda Pública a somente ajuizar execuções fiscais “perfeitas”. O terceiro acórdão contrário à condenação da Fazenda Pública, do Tribunal de

Justiça do Rio de Janeiro, considerou que o rol do art. 20 do CPC/73⁶ seria taxativo e, por isso, eventual dever do Estado de ressarcir ao executado as despesas que este teve com a contratação e a manutenção de garantias seria matéria de responsabilidade civil do estado, que deveria ser aferida em ação própria.

O primeiro ponto de destaque é que a questão atinente à taxatividade do art. 84 do CPC foi expressamente refutada pelos três acórdãos favoráveis à condenação e não foi levado em conta como um fundamento determinante pelos dois acórdãos do TRF da 2ª Região contrários à condenação. O único acórdão que deu guarida a este fundamento foi o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que ainda assim, entendeu que a questão poderia ser suscitada em ação própria, tendente a apurar a responsabilidade civil do Estado em razão de o ajuizamento da execução fiscal ter se mostrado infundada no decorrer do processo.

O segundo ponto de destaque é que os acórdãos do TRF da 2ª Região, que negaram provimento à pretensão de condenação da Fazenda Pública ao ressarcimento das despesas com a contratação e manutenção das garantias, não se pautaram em um argumento de direito positivo, mas nas questões de cunho axiológico expostas acima.

Com efeito, considerando o conjunto dos seis acórdãos localizados em nossa pesquisa, bem como os fundamentos que foram considerados determinantes por uns e por outros, é possível afirmar que o ponto central para a análise que este artigo pretende fazer não envolve a taxatividade ou não do rol do art. 84 do CPC nem e as questões de cunho axiológico – a justiça de se repassar ao Estado os custos de um contrato privado e a justiça de se obrigar a Fazenda Pública a só ajuizar execuções fiscais perfeitas – apresentadas pelos acórdãos do TRF da 2ª Região, mas a questão atinente à liberalidade do contribuinte para a contratação do seguro-garantia ou da fiança bancária, já que este se mostrou o ponto de maior discordância entre os acórdãos.

Dessa forma, no próximo tópico, serão analisados os três aspectos apresentados acima – (i) a taxatividade do art. 84 do CPC, (ii) das questões axiológicas relativas à justiça de se repassar os custos de um contrato particular de fiança ou se seguro para a Fazenda Pública sucumbente; e, principalmente, (iii) a configuração ou não de uma liberalidade ou de uma vantagem ao executado no ato de contratação de uma garantia, com enfoque maior neste último aspecto, eis que, como este é o ponto central da discussão – com ênfase na questão da liberalidade do executado.

⁶ Correspondente ao art. 84 do CPC/2015

3 ANÁLISE DO PANORAMA LEGISLATIVO E JURISPRUDENCIAL.

3.1 QUESTÕES AXIOLÓGICAS: É INJUSTO TRANSFERIR À FAZENDA PÚBLICA OS CUSTOS DE UM CONTRATO PARTICULAR DE SEGURO OU FIANÇA OU EXIGIR O AJUIZAMENTO DE EXECUÇÕES FISCAIS “PERFEITAS”? (POR QUÊ “A SENTENÇA CONDENARÁ O VENCIDO A PAGAR AO VENCEDOR AS DESPESAS QUE ANTECIPOU”?)

Iniciaremos nossa análise pelos argumentos axiológicos utilizados como fundamento determinante pelos acórdãos do TRF da 2ª região, que negaram provimento ao pedido de condenação da Fazenda Pública sucumbente ao ressarcimento das despesas que o executado vencedor teve para a contratação e manutenção de garantia para poder embargar a execução fiscal. O motivo de se iniciar a análise por este ponto é que estes fundamentos nos permitirão compreender as razões pelas quais o ordenamento jurídico brasileiro impõe ao juiz a obrigação de condenar o sucumbente a ressarcir ao vencedor as despesas processuais por ele antecipadas no curso do processo.

Pois bem, um dos fundamentos determinantes dos acórdãos apresentados no item anterior para a negativa ao pedido dos executados para que Fazenda Pública sucumbente fosse condenada a ressarcir-lhes as despesas incorridas com a contratação e manutenção de seguro-garantia foi a circunstância de que isso implicaria a transferência do ônus de um contrato particular, firmado entre executado e seguradora, para o Estado. Segundo os acórdãos, essa transferência seria “algo inimaginável no Estado-Democrático de Direito”.

Além disso, os acórdãos consideram que caso essa transferência fosse possível, estaria impondo ao Estado o dever de só ajuizar execuções fiscais “perfeitas”.

Parece-nos, todavia, que a transferência dos ônus que a parte vencedora teve com o processo para a parte sucumbente é exatamente a lógica do sistema de sucumbência adotada pelo direito processual brasileiro, que busca justamente reestabelecer a situação jurídica daquele que foi obrigado a buscar a jurisdição estatal para o reconhecimento de um direito ou da inexistência dele.

O primeiro passo para a compreensão das razões da existência desse dever está nas noções de processo e de conflito. Não é demasiado afirmar que o conflito é um dos elementos centrais do Direito. Carnelutti (1932, p. 108) chega a afirmar que não houvesse conflitos, nem sequer haveria necessidade de ordenamento jurídico.

Essa noção de conflito como elemento central do Direito também está presente na obra de Pugliesi (2009, p. 186), que define o Direito “como uma área específica do saber/fazer humanos voltada à solução de conflitos”. Para explicar a importância do papel dos conflitos no Direito, o autor se utiliza de uma alegoria bastante didática, na qual aproxima o Direito da ciência médica e afirma que estados conflitivos são como “patológicos/patógenos e a atitude pragmática corresponde ao seu tratamento” (PUGLIESI, 2009, 187). Paulo Cesar Conrado (2003, p. 35) se utiliza dessa mesma alegoria didática e esclarece que a atitude pragmática para tratar essa patologia surgida em uma relação jurídica é o processo: “toda vez que essas relações (as materiais) não se desenvolvem natural e espontaneamente, ou seja, nos exatos moldes prescritos pelo direito material, dariam espaço ao direito processual, que viria à luz justamente para regular a atividade estatal tendente à composição do litígio”.

Essas noções de conflito e de processo também são exploradas por Paulo de Barros Carvalho (2011, p. 586-589), que, no entanto, sai do campo da alegoria e explica a situação de maneira técnica, a partir dos conceitos de normas jurídicas primárias e normas jurídicas secundárias. Segundo o autor, as normas jurídicas primárias são aquelas que estabelecem deveres jurídicos, ao passo que as normas jurídicas secundárias são aquelas que estabelecem sanções coativas para o cumprimento daqueles deveres. As normas primárias, portanto são aquelas que regem as relações jurídicas de direito material, ao passo que as normas secundárias são aquelas que regem a relação jurídica de direito processual apta provocar o Estado a coagir, pelo exercício da jurisdição, o devedor ao cumprimento da obrigação estabelecida pela norma de direito material.

Vê-se, assim, que todo processo – com exceção, naturalmente, daqueles de jurisdição voluntária – nasce de um conflito no cumprimento de uma obrigação que, invariavelmente, será regida por uma norma jurídica de direito material. Em estado “saudável”, portanto, as relações jurídicas nascem para ser cumpridas sem a intervenção do Estado-juiz. Quando essas obrigações, contudo, não são cumpridas de forma espontânea, surge uma patologia, a ser remediada pelo Estado, por meio da prestação de tutela jurisdicional. A tutela jurisdicional, portanto, tem função dupla: reconhecer a existência do conflito e obrigar o descumpridor da obrigação a cumpri-la, reestabelecendo, de uma forma ou de outra, a normalidade.

O objetivo do processo, dessa forma, é reestabelecer a situação de normalidade no cumprimento das obrigações jurídicas. Todavia, considerando que o processo, a rigor, implica em custos para ambas as partes, a simples prestação da tutela jurisdicional que põe fim ao conflito não é suficiente para reestabelecer a situação de normalidade. Afinal, se um dos sujeitos

da relação jurídica precisa despender recursos com um processo judicial para que o outro sujeito cumpra seu dever, ao final do processo, ainda que a obrigação seja cumprida de maneira forçada, o status quo ante não estará reestabelecido por completo. Para que isso ocorra, aquele que deu causa ao processo em razão do descumprimento da obrigação original deve ressarcir as despesas incorridas pela parte contrária com a atividade jurisdicional.

Foi justamente em torno desse raciocínio que se desenvolveu o princípio da sucumbência, segundo o qual, tudo o que foi necessário ao reconhecimento do direito – e, assim, concorreu para diminuí-lo, deve ser recomposto ao seu titular. Afinal, a atuação da lei não deve implicar redução do patrimônio da parte em favor da qual foi aplicada, sendo do interesse de um estado justo que o emprego do processo não se resolva em prejuízo daquele que tem razão (CHIOVENDA, 1965, p. 325). Dessa forma, é necessário que a parte que deu causa ao conflito ressarça os custos que a outra parte teve com o processo. Caso contrário, a parte “inocente” não voltará à exata mesma situação em que se encontrava antes da instauração do conflito, já que seu patrimônio terá sofrido diminuição em função dos custos que foi obrigada a ter com o processo.

Parece-nos, portanto, que a razão pela qual o direito positivo brasileiro determina que o juiz condene o vencido a ressarcir as despesas que o vencedor teve em decorrência do processo está diretamente ligada à necessidade de se reestabelecer o status quo ante ao nascimento do conflito. Não há assim, nenhum caráter punitivo nesta determinação, mas simples ressarcimento dos custos que a parte vencedora foi obrigada a ter com a atividade jurisdicional.

Como indica James Marins (2016, p. 47), o direito tributário é conflituoso quase que naturalmente, na medida em que as relações tributárias implicam a subordinação do patrimônio privado do particular ao Estado. Nesse passo, toda vez que a Fazenda Pública entende que o contribuinte ou o responsável tributário não deu cumprimento espontâneo a uma relação jurídica tributária, ela tem o direito de provocar o Estado-juiz a exercer seu dever de jurisdição e coagir o suposto devedor ao cumprimento forçado do dever jurídico de pagar o tributo pretensamente devido, por meio do ajuizamento de uma execução fiscal. No entanto, caso o Estado-juiz, ao final do processo, chegue à conclusão de que a relação jurídica tributária não foi descumprida – seja porque nunca existiu, seja porque já foi extinta pelo pagamento, pela decadência, prescrição, etc. – o juiz deve determinar que a Fazenda Pública ressarça ao executado os custos que este teve para exercer seu direito de defesa. Caso contrário, a despeito de ter a razão, quem sairá prejudicado no processo é parte que foi executada indevidamente.

Diante dessas constatações, não nos parece válida a premissa adotada pelo TRF da 2ª Região de que não se pode esperar que a Fazenda Pública só ajuizasse execuções fiscais “perfeitas”, que não deem azo a embargos. O sistema de sucumbência adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro tem como objetivo exatamente obrigar aquele que deu causa à ação a ressarcir os custos que a parte adversa teve com o processo. É possível dizer, assim, que o sistema de sucumbência exige sim dos autores, que estes só ajuízem ações “perfeitas”, pois, caso não o façam, terão que ressarcir ao réu os custos que este teve para o exercício de sua defesa no processo. Com a Fazenda Pública não é diferente. Se ela ajuíza uma execução fiscal “imperfeita” e com isso obriga o executado a ter custos com a contratação de uma garantia, ela deve, por força do sistema de sucumbência, ressarcir o executado desses custos, reestabelecendo a situação pré-conflito.

Vale destacar ainda que de acordo com o art. 2º, §3º da LEF, as procuradorias fazendárias não são obrigadas a cobrar judicialmente todo e qualquer débito tributário que lhes seja encaminhado pelos órgãos de cobrança. Na realidade, elas são obrigadas, por força do dispositivo legal, a fazer o controle administrativo da legalidade da cobrança antes de promover sua inscrição em dívida ativa, justamente, a fim de não ajuizarem execuções fiscais indevidas – ou imperfeitas, nos termos utilizados pelo acórdão da Apelação nº 0000556-24.2010.4.02.5120.

Também não se sustenta o argumento de que ao se condenar a Fazenda Pública sucumbente ao ressarcimento dos custos incorridos pelo executado vencedor com a contratação e manutenção de seguro-garantia ou fiança bancária estar-se-ia transferindo ao Estado o patrocínio de seguradoras ou instituições bancárias, o que seria “algo inimaginável no Estado Democrático de Direito”. Ora, o art. 84 do CPC elenca entre as despesas processuais expressamente reembolsáveis a remuneração do assistente técnico. A contratação de um assistente técnico pela parte é um contrato privado, exatamente como o contrato de fiança ou o contrato de seguro. Nem por isso a parte sucumbente está livre de ressarcir este custo à parte vencedora. O raciocínio jurídico é o mesmo que o exposto em relação ao às execuções fiscais “perfeitas”. O sistema de sucumbência e causalidade adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro exige que a parte vencida ressarça à vencedora todas as despesas processuais que esta teve para exercer o direito de defesa, sob pena de não se reestabelecer o status quo ante ao conflito, prejudicando aquele que tem razão.

3.2 A TAXATIVIDADE DO ART. 84 DO CPC E A HIPÓTESE DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Como exposto no item 1.3 um dos temas mais abordados nos estudos que envolvem a condenação da Fazenda Pública ao ressarcimento de despesas com a contratação e a manutenção de garantias envolve a taxatividade ou não das despesas elencadas no rol do art. 84 do CPC. Apesar disso, além de ter sido refutado pelos acórdãos que deram guarida ao pedido dos executados vencedores, o argumento pela taxatividade só foi adotado como razão de decidir por um dos três acórdãos contrários à condenação da Fazenda Pública, que considerou, no entanto, que a questão poderia ser levantada como hipótese de responsabilidade civil do estado.

O art. 84 do CPC, que está inserido na seção denominada “das despesas, dos honorários advocatícios e das multas” prescreve que “as despesas abrangem as custas dos atos do processo, a indenização de viagem, a remuneração do assistente técnico e a diária de testemunha”. À primeira vista, a má redação do dispositivo realmente deixa dúvidas quanto à interpretação mais adequada à regra. As despesas processuais abrangeriam apenas as custas dos atos do processo, a indenização de viagem e a remuneração do assistente técnico, como considerou o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ou estes custos também estariam abrangidos pelas despesas processuais, como consideraram os três acórdãos apresentados acima favoráveis à condenação da Fazenda Pública ao ressarcimento das despesas do executado vencedor com a contratação e manutenção de garantias na execução fiscal?

Em nosso entender, conclusão mais acertada é a de que o rol do art. 84 é exemplificativo. Além das outras despesas processuais não elencadas no rol do art. 84 mas compreendidas no art. 98 do CPC – o que, a nosso ver, já comprova que as despesas processuais existentes não são apenas aquelas elencadas no art. 84 – há uma série de outras despesas processuais ao longo do CPC que também não estão compreendidas no art. 84. Um exemplo são as perícias, que, a despeito de não estarem incluídas no rol do art. 84, são previstas como uma despesa processual que deve ser ressarcida pelo vencido ao final do processo, nos termos expressos do art. 91 caput e § 1º do CPC.⁷

⁷ “Art. 91. As despesas dos atos processuais praticados a requerimento da Fazenda Pública, do Ministério Público ou da Defensoria Pública serão pagas ao final pelo vencido.

§ 1º As perícias requeridas pela Fazenda Pública, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública poderão ser realizadas por entidade pública ou, havendo previsão orçamentária, ter os valores adiantados por aquele que requerer a prova.

Em âmbito doutrinário, não localizamos em nossas pesquisas nenhum posicionamento pela taxatividade do art. 84 do CPC. A título de exemplo, ao comentar o dispositivo, Luiz Dellore (2019, p. 297) assevera expressamente que “trata-se de rol exemplificativo, especialmente considerando o item (i) que é genérico”. Da mesma forma, Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 111) assevera que “despesas são todos os demais gastos feitos pela parte na prática de atos processuais, com exclusão dos honorários advocatícios, que receberam do novo Código tratamento especial (art. 85)”. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2018, p. 1286), também consideram que a enumeração do art. 84 é exemplificativa, “pois por despesas processuais devem ser entendidos todos os gastos empreendidos para que o processo pudesse cumprir sua função social”. Araken de Assis (2015, p. 357), igualmente, considera que “as despesas necessárias à prática e à efetivação dos atos processuais. É o que declara, categoricamente, o art. 82, caput, parte final, que considera reembolsáveis todas as despesas realizadas ‘até a plena satisfação do direito reconhecido no título’” e assevera que “para tornar restituível a despesa, não importa seu caráter extrajudicial, mas sua indispensabilidade para os atos processuais”. No mesmo sentido, Misael Montenegro Filho (2018, p. 81) assevera que “o dispositivo foi redigido de forma exemplificativa, listando algumas despesas processuais. O vencido deve ser condenado ao pagamento de toda e qualquer despesa idônea e legítima, realizada em decorrência da instauração e tramitação do processo”.

Entendemos que ao afirmar que o rol do art. 84 do CPC é exemplificativo e, em especial, ao asseverar que toda despesa idônea, legítima e indispensável aos atos processuais deve ser ressarcida pelo vencido ao vencedor do processo, a doutrina está alinhada aos princípios da causalidade e da sucumbência na forma exposta no tópico 2.1 deste artigo. Como apresentado naquele tópico, esses princípios têm como objetivo restabelecer ao vencedor a situação que este vivenciava antes da instauração do processo. Essa situação não seria alcançada caso o direito não previsse mecanismos para que o vencedor fosse ressarcido dos custos que este teve com o exercício de sua defesa em juízo.

Com efeito, diante dessa constatação, não nos parece acertada a solução dada pelo acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro de considerar que a questão seria de responsabilidade civil do estado, que deveria ser apurada em autos próprios. Como ficará claro no próximo tópico, a contratação de um seguro garantia ou de uma fiança bancária para garantir

§ 2º Não havendo previsão orçamentária no exercício financeiro para adiantamento dos honorários periciais, eles serão pagos no exercício seguinte ou ao final, pelo vencido, caso o processo se encerre antes do adiantamento a ser feito pelo ente público.”

uma execução é um ato legítimo, idôneo e ligado de forma direta ao direito de defesa do executado, que, por força dos princípios da sucumbência e da causalidade, devem ser ressarcidos nos próprios autos da execução ou dos embargos a ela atrelados. Não nos parece que haveria sentido em exigir o ajuizamento de uma nova ação para se possibilitar o reestabelecimento do status quo ante daquele que foi executado indevidamente pela Fazenda Pública.

3.3 A LIBERALIDADE DO EXECUTADO NA CONTRATAÇÃO DA GARANTIA

Com exceção do acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que considerou que a questão da condenação da Fazenda Pública sucumbente ao pagamento das despesas que o executado vencedor teve com a contratação e manutenção de seguro-garantia ou fiança bancária em execução fiscal envolvia responsabilidade civil do Estado, todos os demais analisaram se as despesas em questão seria ou não uma liberalidade do executado, chegando a conclusões opostas. Alguns acórdãos consideraram que tal contratação seria um ato de liberalidade do executado e que, por isso, os ônus dessa contratação não poderiam ser repassados à Fazenda Pública sucumbente ao final do processo e outros consideraram que diante do fato de a garantia da execução fiscal ser um pressuposto processual dos embargos, a contratação dessas garantias não configuraria uma liberalidade e seus ônus poderiam ser repassados à Fazenda Pública sucumbente. Parece-nos, todavia, que tanto uns como os outros estão equivocados. Há liberalidade por parte do executado, mas o ônus deve ser repassado à Fazenda Pública sucumbente.

Na forma do art. 16, § 1º da Lei de Execução Fiscal, “não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução”. Por sua vez, ao tratar das execuções cíveis em geral, o CPC dispõe, em seu artigo 914, que “o executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá se opor à execução por meio de embargos” e, em seu art. 919, dispõe que “o juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes”. Vê-se, assim, que, nas execuções cíveis em geral, a garantia da execução é um requisito apenas para a atribuição de efeito

suspensivo aos embargos, ao passo que nas execuções fiscais, a garantia é um pressuposto de constituição do processo⁸.

Essa constatação deixa claro o fato de que a garantia da execução fiscal não é uma liberalidade do contribuinte, mas uma exigência legal para o recebimento dos embargos pelo juiz. A dúvida lançada pelos acórdãos analisados sobre a suposta liberdade do contribuinte para garantir a execução fiscal, portanto, diz respeito à forma da garantia e não sobre a necessidade da garantia em si.

Analisando a Lei de Execução Fiscal, verifica-se que há vários dispositivos tratando das formas pelas quais a execução fiscal pode ser garantida. A nosso ver, os mais importantes deles são os arts. 9º, 10 e 11.⁸

Esses dispositivos denotam que existe uma sutil, mas importante diferença entre a garantia do juízo e a penhora. Humberto Thedoro Júnior (2016, p. 173) explica que “o depósito em dinheiro, a fiança e seguro garantia não são, formalmente, penhora”. Ao tratar dessas diferenças, Renato Lopes Becho (2018, p. 35) esclarece que as garantias à execução são oferecidas pelo executado, ao passo que a penhora é o ato de constrição patrimonial realizado por agentes públicos. Cassio Scarpinella Bueno (2009, p. 247) aprofunda a questão, afirmando que a penhora só pode ser praticada depois de esgotado o prazo que a lei dá ao executado para pagar ou garantir a execução. No mesmo sentido, Paulo Cesar Conrado

regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). Recurso Especial n. 1272827/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 22 de maio de 2013. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101962316&dt_publicacao=02/08/2013. Acesso em 26 set. 2020).

⁸ “Art. 9º - Em garantia da execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, o executado poderá: I - efetuar depósito em dinheiro, à

⁸ Neste sentido: “PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. APLICABILIDADE DO ART. 739-A, §1º, DO CPC ÀS EXECUÇÕES FISCAIS.

NECESSIDADE DE GARANTIA DA EXECUÇÃO E ANÁLISE DO JUIZ A RESPEITO DA RELEVÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO (FUMUS BONI JURIS) E DA OCORRÊNCIA DE GRAVE DANO DE DIFÍCIL OU INCERTA

REPARAÇÃO (PERICULUM IN MORA) PARA A CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS DO DEVEDOR OPOSTOS EM EXECUÇÃO FISCAL. [...] 6. Em atenção ao princípio da especialidade da LEF, mantido com a reforma do CPC/73, a nova redação do art. 736, do CPC dada pela Lei n. 11.382/2006 - artigo que dispensa a garantia como condicionante dos embargos - não se aplica às execuções fiscais diante da presença de dispositivo específico, qual seja o art. 16, §1º da Lei n. 6.830/80, que exige expressamente a garantia para a apresentação dos embargos à execução fiscal. [...] 9. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao

ordem do Juízo em estabelecimento oficial de crédito, que assegure atualização monetária; II - oferecer fiança bancária ou seguro garantia; (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014)

III - nomear bens à penhora, observada a ordem do artigo 11; ou IV - indicar à penhora bens oferecidos por terceiros e aceitos pela Fazenda Pública. § 1º - O executado só poderá indicar e o terceiro oferecer bem imóvel à penhora com o consentimento expresso do respectivo cônjuge. § 2º Juntar-se-á aos autos a prova do depósito, da fiança bancária, do seguro garantia ou da penhora dos bens do executado ou de terceiros. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014)_§ 3º A garantia da execução, por meio de depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, produz os mesmos efeitos da penhora. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014)_§ 4º - Somente o depósito em dinheiro, na forma do artigo 32, faz cessar a responsabilidade pela atualização monetária e juros de mora. § 5º - A fiança bancária prevista no inciso II obedecerá às condições pré-estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional. § 6º - O executado poderá pagar parcela da dívida, que julgar incontroversa, e garantir a execução do saldo devedor.

[...]

Art. 11 - A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem: I - dinheiro; II - título da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa; III - pedras e metais preciosos; IV - imóveis; V - navios e aeronaves; VI - veículos; VII - móveis ou semoventes; e VIII - direitos e ações. § 1º - Excepcionalmente, a penhora poderá recair sobre estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em plantações ou edifícios em construção. § 2º - A penhora efetuada em dinheiro será convertida no depósito de que trata o inciso

I do artigo 9º. § 3º - O Juiz ordenará a remoção do bem penhorado para depósito judicial, particular ou da

Fazenda Pública exeqüente, sempre que esta o requerer, em qualquer fase do processo.”

(2013, p. 174)

acentua que a penhora é espécie do gênero garantia, ao lado do depósito, da fiança bancária e do seguro. Ou seja, garantia e penhora são figuras jurídicas distintas. A garantia é oferecida pelo executado, ao passo que a penhora é ato de expropriação forçada praticada pelo Estado, por meio de seus agentes, que, nas execuções fiscais, só pode ser praticado depois de esgotado o prazo legal de 5 dias, contados desde a citação do executado, sem que tenha havido o pagamento voluntário do débito, a apresentação de garantia ou a oposição de exceção de pré-executividade.

A diferenciação entre os dois institutos permite concluir que o art. 9º da Lei de Execução Fiscal trata das formas que o executado tem de garantir o juízo, ao passo que o art. 11 trata da ordem que os agentes públicos devem obedecer ao realizar a penhora de bens do executado. O art. 9º não estabelece ordem de preferência entre as formas de garantia da execução. E a ordem expressamente estabelecida pelo art. 11 diz respeito exclusivamente às hipóteses de penhora e não às hipóteses de garantia. Dessa forma, o art. 11 da LEF retira a discricionariedade do oficial de justiça e do procurador fazendário, que não devem penhorar ou

solicitar ao juízo a penhora de bens de acordo com sua vontade ou opinião, mas sempre obedecendo a ordem de preferência legalmente estabelecida (BECHO, 2018, p. 37).

A interpretação conjunta desses dispositivos permite concluir que o executado, citado da execução fiscal, pode efetuar o depósito judicial do valor discutido, oferecer fiança bancária ou seguro garantia ou ainda indicar bens à penhora, sendo certo que, nesta última hipótese, deverá obedecer a ordem estipulada no art. 11.

Vê-se, assim, que, tratando-se da garantia da execução fiscal – e não da penhora – não há ordem de preferência entre o depósito em dinheiro e o oferecimento de fiança bancária ou seguro garantia. Vale dizer, desta forma, que, a título de exemplo, se o executado oferece à penhora um bem imóvel de sua propriedade, a Fazenda Pública pode invocar a ordem estabelecida no art. 11 da Lei de Execução Fiscal para rejeitar o oferecimento do bem em questão.⁹ Todavia, se, no prazo legal, o executado oferece fiança bancária ou seguro garantia caucionando a execução, não existe autorização legal para que a Fazenda Pública ou o juízo a rejeite¹⁰ sob a justificativa de que haveria preferência do dinheiro sobre a fiança bancária e o seguro.

Apesar disso, a inexistência de uma ordem de preferência entre o dinheiro e a fiança ou o seguro na fase anterior à penhora nas execuções fiscais não responde a dúvida posta no início deste tópico. Na realidade, ela só confirma que ainda que o executado esteja obrigado a garantir a execução para que seus embargos sejam recebidos, a apresentação de uma forma de garantia ou de outra é uma escolha do executado. Além disso, não há como negar o fato de que a contratação de uma fiança bancária ou de um seguro-garantia tem um custo que não existiria caso o executado optasse por realizar o depósito judicial do valor executado. Seria possível, dessa forma, afirmar que a contratação do seguro ou da fiança poderia ser evitada pelo contribuinte e, portanto, que os custos em questão seriam supérfluos ou voluptuários, de modo que seria injusto imputar-lhes à Fazenda Pública sucumbente? Apesar de contraintuitiva, nos parece que a resposta é não. E a justificativa para essa resposta não será dada pelo direito positivo, mas pela filosofia do direito e, mais especificamente, pela teoria dos valores.

⁹ Nesta hipótese, cabe ao juiz avaliar o caso concreto, sopesando o princípio da máxima eficiência da execução com o do menor sacrifício do devedor, a fim de decidir se aceita o bem oferecido ou acata o pedido fazendário e determina a penhora de outros bens de maior preferência.

¹⁰ Naturalmente, desde que estejam de acordo com os parâmetros exigidos pela Fazenda Pública credora, como, por exemplo, em âmbito federal, com as Portaria PGFN nº 664/2009 (fiança bancária) e Portaria PGFN nº 164/2014 (seguro garantia)

Conforme as lições de Renato Becho (2009, p. 281), a axiologia (ou teoria dos valores) intervém na estrutura do ordenamento jurídico e na própria formação das normas jurídicotributárias, oferecendo instrumental para conhecer o conteúdo dos textos normativos. Ainda de acordo com Becho (2009, p. 321), “a axiologia filosófica penetra no âmbito jurídico tendo por veículo os princípios”. Com efeito, ao analisar o texto constitucional de 1988, verifica-se que ele consagrou os como princípios a proteção ao valor social do trabalho e à livre iniciativa (CF, art. 1º, IV), a propriedade privada (art. 170, II) e a livre concorrência (CF, art. 170, II e IV). Vale dizer, assim, que a proteção ao trabalho, à livre iniciativa, à propriedade privada e à livre concorrência são valores tão prestigiados pela sociedade brasileira que foram protegidos por meio da positivação em nível constitucional.

Além disso, ainda conforme ensina Renato Becho (2009, p. 335), a proteção da liberdade do contribuinte é o pressuposto do direito tributário. O direito tributário, portanto, serve para limitar a atuação do Estado, protegendo o contribuinte de seu poder fiscal. Nas palavras de Becho, “o Estado não pode tributar livremente, pois sua liberdade de tributação tem que coexistir com a liberdade de existência do contribuinte”.

Com efeito, esse pressuposto de que o direito tributário tem como função proteger o contribuinte limitando o poder estatal não se aplica somente ao direito tributário substantivo. Ele se aplica também ao direito tributário adjetivo, ligado às normas jurídicas secundárias mencionadas no tópico 2.1 deste artigo, que estabelecem sanções coativas para o cumprimento forçado das obrigações, por meio da coação jurisdicional. Afinal, de nada adiantaria termos no Brasil uma enorme gama de princípios constitucionais tributários tendentes a proteger o contribuinte do poder fiscal do estado se essas mesmas regras e princípios se limitassem ao direito material tributário, deixando de fora o momento em que essa força estatal se concretiza e o direito tributário se materializa por meio do processo de execução fiscal e dos atos de expropriação patrimonial a ele atinentes.

Dessa forma, considerando que a Constituição Federal de 1988 consagrou como valores caros à sociedade brasileira a proteção ao trabalho, à livre iniciativa, à propriedade privada e à livre concorrência e que a função maior do direito tributário é proteger a liberdade do contribuinte contra poder fiscal do Estado, parece-nos possível afirmar que a o art. 9º da Lei de Execução Fiscal deu opções ao executado para que este pudesse escolher por qual forma prefere garantir a execução fiscal – se por depósito em dinheiro, seguro-garantia ou fiança bancária – justamente para permitir a coexistência da tributação com a liberdade de existência

do contribuinte, em consonância com princípios da proteção ao trabalho, da livre iniciativa, da propriedade privada e da livre concorrência.

Em termos mais práticos, em consonância com os princípios da proteção ao trabalho, da livre iniciativa, da propriedade privada e da livre concorrência, a Lei de Execução Fiscal garantiu a liberdade do contribuinte permitindo que este escolhesse por qual meio seria mais conveniente garantir a execução fiscal para exercer direito de defesa contra a cobrança. Cabe ao devedor analisar sua realidade concreta e avaliar se ele pode depositar ou se é mais saudável, do ponto de vista de gestão empresarial, contratar uma garantia, na medida em que a realização do depósito pode prejudicar ou inviabilizar, por exemplo, seu fluxo de caixa, sua capacidade de investimento em mão de obra e inovação, etc. Ou seja, caso o depósito em dinheiro fosse obrigatório ou preferencial, a própria liberdade de existir do contribuinte estaria comprometida pela tributação.

Diante do exposto, parece-nos difícil defender que a contratação de uma garantia para uma execução fiscal não seja uma escolha do executado. Ela é uma escolha, mas uma escolha legítima, justa e ética tendente a preservar a liberdade de existência do contribuinte frente ao poder fiscal do Estado. Não se trata, assim, de uma opção por “transferir o risco à seguradora”, como consignado na Apelação nº 0000556-24.2010.4.02.5120, do TRF da 2ª Região. Ela também não é um benefício, como sustentado pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional¹¹, mas uma medida de boa gestão empresarial, em consonância com os valores da proteção ao trabalho, da livre iniciativa, da propriedade privada e da livre concorrência, todos consagrados e protegidos pelo texto constitucional.

Vê-se, assim, que a despeito de haver sim certo grau de liberalidade por parte do executado, a despesa com a contratação e a manutenção de garantias em execução não é uma despesa supérflua, que poderia ser evitada, caso o executado tivesse a “boa vontade” de fazer o depósito, como conotam os acórdãos contrários à condenação da Fazenda Pública ao ressarcimento desse custo e a referida manifestação da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

¹¹ “Segundo nota enviada ao Valor pela assessoria de imprensa da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) a sentença ‘infelizmente confundiu despesas processuais a que faz jus o vencedor da ação com os gastos inerentes a um benefício conferido ao executado’. De acordo com a Fazenda, a carta de fiança ‘não é só um benefício concedido ao executado como, e mais importante, uma opção do executado. Se tal opção não existisse, o executado estaria obrigado a obter uma liminar ou fazer o depósito integral em dinheiro caso desejasse a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em discussão’. Ainda segundo a nota, a ‘União, fundada em precedentes do TRF da 2ª Região (RJ), já recorreu da decisão e espera vê-la reformada em breve.’” AGUIAR, Adriana. União deve ressarcir seguro de contribuinte em execução fiscal. Valor Econômico. São Paulo, 15 jan. 2018. Disponível em <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2018/01/15/uniao-deve-ressarcir-segurode-contribuinte-em-execucao-fiscal.ghtml>. Acesso em 26 set. 2020

4 CONCLUSÃO

Diante do exposto, é possível concluir que diversamente do que ocorre nas execuções cíveis em geral, na execução fiscal, o executado é obrigado a garantir a execução fiscal para poder opor embargos a fim de desconstituir o título executivo apresentado pela Fazenda Pública. A garantia da execução é, assim, um pressuposto processual para o recebimento dos embargos à execução, por meio da qual o executado poderá exercer seu direito de defesa contra a cobrança, caso entenda que esta é indevida. Os custos incorridos pelo executado com a contratação e com a manutenção da garantia estão, dessa forma, umbilicalmente ligados ao seu direito de defesa.

Com efeito, o sistema da sucumbência adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro tem como objetivo restabelecer a situação em que o vencedor do processo se encontrava antes do nascimento da situação conflituosa na relação jurídica de direito material, que deu causa à instauração do processo. Para o restabelecimento desse status quo não basta ao Estado-juiz julgar a causa. É necessário que ele condene quem deu causa ao conflito a ressarcir todas as despesas que a parte adversa teve com o processo, seja na posição de autor, seja na de réu. Caso contrário, a parte vencedora não terá restabelecida a condição que tinha antes da instauração do conflito, eis que terá tido seu patrimônio diminuído em função das despesas com o processo. Dessa forma, caso a Fazenda Pública ajuíze uma execução fiscal que, futuramente, venha a ser extinta devido ao provimento dos embargos do devedor, o sistema da sucumbência exige que a Fazenda Pública ressarça ao executado todas as despesas que este teve com o exercício de sua defesa no processo.

Além disso, a opção dada pela Lei de Execução Fiscal ao contribuinte para garantir a execução fiscal por meio de seguro garantia ou carta de fiança bancária não pode ser considerada como um favor ou como uma escolha odiosa, tendente a prejudicar a Fazenda Pública. Isso deve, em primeiro lugar, ao fato de que não existe uma ordem de preferência entre o depósito, o seguro-garantia e a fiança bancária na fase anterior à penhora. Além disso, a liberdade dada ao contribuinte para escolher entre essas três formas de garantia se justifica pelo fato de que as normas tributárias, sejam de direito tributário material ou de direito tributário processual, têm como objetivo promover a coexistência da tributação com a liberdade do contribuinte, aí consideradas a liberdade de existir (livre iniciativa), de trabalhar, de manter a propriedade privada e de manter livre concorrência no mercado. Para isso tudo, é o contribuinte – e só ele – que poderá decidir, para manter a boa gestão empresarial, se é melhor garantir a execução fiscal via depósito ou mediante a contratação de um seguro garantia ou de uma fiança bancária.

Dessa forma, ainda que haja certo grau de liberalidade para que o executado escolha por qual meio ele irá garantir a execução fiscal a fim de poder defender-se da cobrança em sede de embargos, essa liberalidade é legítima e tem amparo em fundamentos constitucionais, não existindo razão jurídica para que as despesas com a contratação e a manutenção de seguro-garantia ou fiança bancária sejam excluídos da regra geral do princípio da sucumbência.

REFERÊNCIAS:

- AGUIAR, Adriana. **União deve ressarcir seguro de contribuinte em execução fiscal**. Valor Econômico. São Paulo, 15 jan. 2018. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2018/01/15/uniao-deve-ressarcir-seguro-decontribuinte-em-execucao-fiscal.ghtml>. Acesso em 26 set. 2020
- ARAÚJO, Clarice von Oertzen de. **Incidência jurídica: teoria e crítica**. São Paulo: Noeses, 2011.
- ASSIS, Araken. **Processo civil brasileiro**. 1. ed. v. II, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BECHO, Renato Lopes. **Execução fiscal: análise crítica**. São Paulo: Noeses, 2018.
- BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). Recurso Especial n. 1272827/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 22 de maio de 2013. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101962316&dt_publicacao=02/08/2013. Acesso em 26 set. 2020.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Recurso Especial 1803004/SP. Relator Min. Herman Benjamin, 21 de março de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1829955&num_registro=201900692498&data=20190618&formato=PDF. Acesso em 16 jun. 2020
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2. Região (2 Turma Especializada). Apelação n. 0000556-24.2010.4.02.5120. Relator Des. Federal Eugênio Rosa de Araujo, 27 de junho de 2019. Disponível em <https://bityli.com/fQVPL>. Acesso em 06 jun. 2020.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2. Região (2. Turma Especializada). Apelação n. 0104624-03.2015.4.02.5006. Relator Des. Federal Luiz Antonio Soares, 13 de setembro de 2019. Disponível em <https://bityli.com/ZVqwB>. Acesso em 06 jun. 2020.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4. Região (1. Turma). Agravo de Instrumento n. 5045251-74.2018.4.04.0000. Relator Des. Federal Alexandre Rossato da Silva Ávila, 24 de abril de 2019. Disponível em <https://bityli.com/orZIk>. Acesso em 06 jun. 2020.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4. Região (1. Turma) Apelação Cível n. 500845363.2014.4.04.7111. Relator Des. Federal Alexandre Gonçalves Lippel, 20 de fevereiro de 2020. Disponível em <https://bityli.com/DAoM2>. Acesso em 06 jun. 2020.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CARNELUTTI, Francesco. **Introduzione allo studio del diritto processuale tributario**. Rivista di diritto processuale civile. 2. Pádua: Cedam, 1932.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução de J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 3.

CONRADO, Paulo Cesar. **Execução fiscal**. São Paulo: Noeses, 2013.

CONRADO, Paulo Cesar. **Introdução à teoria geral do processo civil**. 2. Ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Justiça em números 2020. Brasília: CNJ, 2019.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. DELLORE, Luiz. ROQUE, Andre Vasconcelos. OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de. **Teoria geral do processo: parte geral: comentários ao CPC de 2015**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**. São Paulo: Atlas, 2004.

MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro: administrativo e judicial**. 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MONTEGRO FILHO, Misael. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

PUGLIESI, Márcio. **Teoria do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (21. Câmara Cível). Apelação nº 0154852-43.2001.8.19.0001, Relatora Des. Mônica Sardas, 24 de novembro de 2015. Disponível em <https://bityli.com/b1mxo>. Acesso em 17 jun. 2020.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça de São Paulo (18. Câmara de Direito Público). Agravo de Instrumento n. 2002444-11.2019.8.26.0000; Relator Des. Henrique Harris Júnior, 28 de fevereiro de 2020. Disponível em <https://bityli.com/RJyJe>. Acesso em 06 jun. 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil anotado**. 22. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de execução fiscal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

A LEI Nº 14.173/2023 E A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA EM SITUAÇÕES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Ana Beatriz Caetano da Silva dos Santos¹

Resumo – A recente Lei nº 14173/2023 alterou o Art. 1584, § 2º, do Código Civil Brasileiro e acrescentou o Art. 699-A, ao Código de Processo Civil, no tocante à aplicação do instituto da guarda compartilhada nas situações de violência doméstica e familiar contra a mulher. No presente trabalho, visa-se à análise dos inúmeros modelos de família existentes e da proteção constitucional dada a estas. Além disso, busca-se analisar essas alterações legislativas tendo por horizonte a jurisprudência sobre o tema, com a finalidade precípua de se verificar se a nova legislação está em harmonia com todo o conjunto normativo em vigor. Para tanto, defende-se a compatibilização da Lei nº 14173/2023 com o restante do ordenamento jurídico, de maneira a viabilizar o alcance da nova norma com o objetivo de manter resguardados não só os fundamentos legais e constitucionais do Direito de Família, mas também os direitos constitucionais e legais das mulheres e das crianças, vítimas de todo o ato violento por parte dos genitores.

Palavras-chave – Guarda compartilhada. Violência doméstica e familiar. Direito de família. Mulheres. Crianças. Vítimas.

Sumário – Introdução. 1. A origem do termo “família” e as modalidades de guarda. 2. Os direitos das mulheres e o surgimento da Lei nº 11340/2006. 3. A violência, a situação dos filhos e a (im)possibilidade da guarda compartilhada sob o olhar da jurisprudência. Conclusão. Referências.

¹ Advogada. Aluna do Curso de Pós-Graduação em Direito Público e Privado da EMERJ. Integrante do programa de estágio do CEDES.

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Lei nº 14.173/2023 surge a possibilidade de aplicação, ou não, do instituto da guarda compartilhada nos casos em que se apresenta um cenário de violência doméstica e familiar contra a mulher.

A nova legislação traz alterações tanto no Código Civil (Art. 1584, § 2º)² quanto no Código de Processo Civil (Art. 699-A)³. Oriunda do Projeto de Lei do Senado (PL nº 2491/2019) e aprovada pela Câmara, sob relatoria da deputada Laura Carneiro (PSD-RJ), tem como objetivo a proteção de crianças e adolescentes nos processos de guarda, os quais envolvam situação de violência doméstica e familiar, impedindo o(a) agressor(a) de exercer a guarda dos menores nessa situação. Nesses casos, cabe ao juiz o dever de indagar previamente ao Ministério Público e às partes sobre uma possível situação de violência, envolvendo o casal e os filhos.

Se por um lado ocorre a perda do exercício do poder familiar pelo(a) agressor(a) de forma provisória e indeterminada, uma vez que tal medida atua como causa impeditiva ao exercício de guarda, o que também deve ser levado em consideração, de outro, tal novidade legislativa traz uma segurança considerável para os filhos, diante das consequências bastantes negativas de uma separação e até mesmo de uma possível situação de violência contra a mulher e ainda sobre seus filhos.

Com a evolução das sociedades, o conceito de família deixou de estar ligado ao aspecto do pátrio poder e adquiriu um viés de companheirismo, afeto e amor. Os novos valores constituídos para uma classificação deste conceito de família se mostraram em sintonia com a promulgação da nossa Carta Mãe (Constituição Federal de 1988), o que levou à introdução, no meio social, de ideias como igualdade, afetividade e ainda a dignidade humana (Art. 1º, III, Art. 5º, I, CF/88).

As mudanças na sociedade, no que diz respeito à forma de se relacionar com o outro e à questão da globalização fizeram com que houvesse mudanças consideráveis no meio familiar.

² Art. 1.584, § 2º, do Código Civil - Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda da criança ou do adolescente ou quando houver elementos que evidenciem a probabilidade de risco de violência doméstica ou familiar. (Redação dada pela Lei nº 14.713, de 2023)

³ Art. 699-A, do Código de Processo Civil - Nas ações de guarda, antes de iniciada a audiência de mediação e conciliação de que trata o art. 695 deste Código, o juiz indagará às partes e ao Ministério Público se há risco de violência doméstica ou familiar, fixando o prazo de 5 (cinco) dias para a apresentação de prova ou de indícios pertinentes. (Incluído pela Lei nº 14.713, de 2023)

Hoje, existem diversos tipos de família, tais como a monoparental, homoafetiva, a união estável e o próprio casamento, instituto que ainda vigora em nosso ordenamento jurídico, todas consideradas entidades familiares.

O estudo empregado possui objetivo de analisar a concessão ou não do instituto da guarda compartilhada em situações de violência doméstica e familiar contra a mulher, sob o olhar da Lei nº 14.713 de 2023, trazendo para o debate a importância da atuação do Poder Judiciário e a intervenção do Ministério Público na defesa dos incapazes.

Assim, no primeiro capítulo, discute-se o instituto da família e as modalidades de guarda, à luz do Código Civil, e se o conceito de família trazido tanto por estudiosos quanto pela legislação é capaz de abarcar os diferentes tipos familiares existentes e como estes influenciam na criação dos filhos.

Segue-se para o segundo capítulo, no qual pretende-se discutir a existência dos movimentos de resistência da mulher, a luta por sua independência e as situações de violência doméstica e familiar e sua influência na vida dos filhos. Se os atos violentos praticados pelos genitores têm sido levados em consideração para a regulamentação da guarda e para possibilitar o afastamento da regra geral de estabelecimento da guarda compartilhada. Analisando, dessa forma, como o contexto da violência doméstica é considerado para aplicação da regra da guarda compartilhada.

Por fim, no terceiro capítulo, busca-se analisar, tendo em vista que devemos garantir a prevenção da violência e a proteção da vítima, se é ou não possível a fixação de guarda compartilhada no contexto específico de violência doméstica.

A metodologia do estudo caracteriza-se como realizada por meio de uma pesquisa qualitativa bibliográfica analítica. Os dados foram coletados de fontes secundárias, colhidos na doutrina, na jurisprudência e através de pesquisa de material na internet, tendo em vista o que está disposto na Constituição Federal de 1988, no Código Civil de 2002 e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069 de 1990).

1 - A ORIGEM DO TERMO “FAMÍLIA” E AS MODALIDADES DE GUARDA

Com a evolução do espaço social, modelos de gerência no âmbito familiar passaram a não ser mais vistos como efetivos. No momento em que a sociedade inova em suas relações, o direito, a doutrina e os entendimentos jurisprudenciais devem caminhar para que haja a concretização e a

aplicação das novas realidades em todo ordenamento jurídico, de forma tanto eficaz quanto justa na vida dos indivíduos⁴:

Com o passar do tempo e a evolução da sociedade, o modelo familiar mudou, graças à influência dos ideais de democracia, igualdade e, notadamente, dignidade da pessoa humana. De fato, a unidade familiar passou a ser mais democrática, afastando-se da inflexibilidade matrimonial, para dar origem a outras formas de constituição. Neste novo modelo todos os membros são dotados de igualdade no ambiente familiar, tendo como aspecto comum o atendimento das suas necessidades e a busca da felicidade.

Desta forma, a revalorização social e jurídica do papel da paternidade deve ser discutida, ainda que os pais não cumpram com o dever obrigacional dos alimentos, tema que neste trabalho não será discutido. Se, de um lado, existe um pai que gostaria de manter por perto sua prole, de outro, temos absolutamente incapazes que, muitas vezes, são apaixonados por seus genitores e que sofrem devido à separação que, em algumas circunstâncias, acaba sendo inevitável.

A título de conhecimento, a expressão “família” foi inventada pelos romanos, com o objetivo de designar um inédito organismo social. Era definida como o conjunto de pessoas que estavam sob a *patria potestas* do ascendente comum vivo mais velho. O *pater familis* era quem exercia todo o poderio familiar, com o *manus* sobre os seus descendentes, mulheres e escravos.

Engels preconiza que família é “o elemento ativo, nunca permanece estacionária, mas passa de uma forma inferior a uma forma superior, à medida que a sociedade evolui de um grau mais baixo para outro mais elevado”⁵.

No Brasil, com a instituição do divórcio (Lei nº 6.515/77)⁶, oficializou-se de forma legal o desmembramento do pátrio poder, uma vez que homens e mulheres passaram a contribuir e decidir ativamente no suporte familiar, dividindo as responsabilidades alimentares em relação aos seus filhos (Art. 20). Traz a lei ainda, em seu artigo 27, que: “o divórcio não modificará os direitos e deveres em relação aos filhos”⁷, o que só reafirma a plausibilidade da guarda conjunta, em nosso país, bem como sua recomendação, com a exceção das hipóteses previstas em lei.

⁴ VILASBOAS, Luana Cavalcanti. **O novo conceito de família e sua desbiologização no direito brasileiro.** *Revista Artigos.* v. 13, 2020, p. 01.

⁵ ENGELS, Fredrich. **A origem da Família, da propriedade privada e do Estado.** 15ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 22 e 30.

⁶ BRASIL. **LEI Nº 6.515, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1977.**

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm. Acesso em 01 jan. 2024.

⁷ Ibid.

Apenas para análise de estudo, sob o âmbito cível, existem no ordenamento algumas modalidades de guarda. Há a **guarda unilateral** (Art. 1.583, § 1º, do Código Civil)⁸, que é aquela em que somente um dos cônjuges ou alguém que os substitua exercerá o poder de gerência na vida da criança ou do adolescente. Seja por questões judiciais, de abandono ou até mesmo por conciliação, o responsável determinado para tal finalidade exercerá o poder sobre o menor, mas não impedirá o direito de visitação à outra parte, salvo nas vedações legais.

Existe também a **guarda judicial**, a qual é concedida pelo juiz. É aquela em que se dá ao genitor ou alguém o poder familiar. É importante frisar que, na ausência dos genitores, existe a possibilidade dessa guarda ser concedida a um avô, avó, tio ou tia. Prefere-se conceder a guarda a esses membros por motivos óbvios, quais sejam, o vínculo afetivo que se presume ser preexistente entre os interessados, situação em que não será preciso considerar a necessidade de estágio de convivência ou qualquer outro meio de aproximação entre as partes, como ocorre muitas vezes nos processos de adoção e guarda regidos pelo ECA (Art. 167, parágrafo único).

Outra não menos importante é a **guarda compartilhada de natureza alternada**, que não pode ser confundida com o instituto em estudo. A guarda compartilhada de natureza alternada é aquela em que a criança ou adolescente possui duas residências e com isso fracionará seus dias de estadia. Nos dias estipulados, a criança ou adolescente permanecerá na residência de um genitor e, nos demais, na residência do outro. Ou seja, não se terá aqui a hipótese de residência fixa e ambos os genitores possuirão poder isonômico de gerência na vida do menor.

Embora exista a possibilidade da aplicação deste modelo nos processos em que haja acordo entre os genitores, o instituto da guarda alternada, até o presente momento, não se encontra positivado no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo com que o Judiciário, através do Magistrado, Ministério Público e toda a equipe interdisciplinar do juízo, contribua para aplicação deste modelo, através de relatórios e pareceres, visando sempre o princípio do melhor interesse da criança (Art. 227 da CF/88 e Art. 3º do ECA).

E por fim, temos a **guarda compartilhada**, tema em discussão neste trabalho. Este modelo, instituído pela Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, possui o condão de, mesmo em uma situação de separação entre os cônjuges e mormente quando há acordo entre os mesmos, garantir a isonomia no poder de controle e gerência na vida dos filhos. Tal modelo visa garantir

8 BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 01 jan. 2024.

a participação dos genitores em todas as atividades e acontecimentos dos pequenos, no sentido de que isto possa contribuir para a formação equilibrada de sua personalidade.

Vale destacar que, nesta modalidade, haverá fixação de alimentos, devidos àquele cônjuge com quem a criança ou adolescente mantém residência fixa, tendo em vista que mesmo que ambos os genitores arquem com as despesas do incapaz menor ou adolescente, sempre supõe-se que aqueles que tiverem a residência considerada como fixa despendam maiores recursos financeiros na manutenção do(s) filho(s).

Na guarda compartilhada, diferentemente da alternada, a criança ou adolescente terá uma residência fixa, que servirá de base e lar principal. Suas atividades e referências estarão ligadas ao local que fora escolhido através do processo judicial, o qual contará com a intervenção precisa do Ministério Público e ainda com apoio da equipe técnica interdisciplinar, vinculada ao juízo.

Tal instituto está preconizado no Art. 1583, § 2º do Código Civil:

1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

(...)

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

Pode-se concluir que, nesta modalidade, sempre serão partes legítimas para solicitarem informações e/ou prestação de contas ambos os genitores. Ainda que a proposta não seja de instituição de alimentos, será considerado por certo fiscalizar sua correta aplicação e, em caso de má gestão financeira por parte do cônjuge responsável, o outro deverá promover as ações cabíveis, no sentido do melhor interesse do incapaz menor.

2 - OS DIREITOS DAS MULHERES E O SURGIMENTO DA LEI MARIA DA PENHA

A concepção do homem como o sexo forte se justifica cristalinamente pela questão do patriarcado e do machismo que preponderou em épocas passadas. A palavra “submissão” fazia parte das relações familiares, inclusive em relação aos filhos, os quais eram expectadores diários das humilhações sofridas por suas mães. Como já exposto anteriormente, o pátrio poder era exercido de forma unilateral pelo genitor, não tendo a genitora qualquer gerência tanto sobre sua vida, como sobre a vida das crianças. Diante disso, as mães em nada podiam opinar na formação dos filhos.

A título de conhecimento, se faz necessário entender o contexto histórico acerca da questão da violência contra a mulher no âmbito familiar e o surgimento da Lei nº 11.340/2006, objetivando sua proteção.

Como já citado, sob a égide patriarcal, da qual decorria o pátrio poder, em que este era concentrado nas mãos do homem, chefe e provedor da família tradicional, a mulher jamais possuiu o direito de tomar decisões acerca dos acontecimentos familiares. Sob o aspecto educacional, por exemplo, de acordo com a revista “Nossa Causa”, somente no ano de 1827 as meninas foram liberadas para frequentarem as escolas, com um único objetivo de adquirir conhecimento, serem respeitadas e garantir seu lugar em um mundo machista e, via de regras, preconceituoso.

Mais tarde, nos anos de 1975 a 1985, a chamada “Década da mulher” foi instituída pela Organização das Nações Unidas (ONU), com o objetivo de se discutir, em fóruns de âmbito mundial, a situação do gênero feminino. Cita-se como exemplo, no ano de 1976, o surgimento, no “Jornal Brasil, do suplemento “Mulher”, considerado de “decisivo papel na elaboração de uma concepção emancipacionista, incentivando a participação feminina na organização de congressos e encontros de mulheres e na luta pela democracia”. Tem-se também, no ano de 1980, a “II Conferência mundial sobre o direito da mulher”, em Copenhague, Dinamarca. Outro marco importante ocorre no ano de 1985, em que é criada a primeira Delegacia de Atendimento Especializado à Mulher (DEAM) em São Paulo. Essas delegacias especializadas da Polícia Civil realizam, essencialmente, ações de proteção e investigação dos crimes de violência doméstica e violência sexual contra as mulheres.

Após inúmeros acontecimentos históricos, decisivos para a proteção dos direitos das mulheres, o Brasil ratificou a “Convenção de Belém do Pará”⁹, através do **Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996, através do qual assumiu o compromisso de adotar uma ação afirmativa que visasse a proteção da mulher** em situações de violência no âmbito doméstico e familiar. Anos depois, nasce a Lei nº 11.340, publicada em 07 de agosto de 2006, conhecida como “Lei Maria da Penha”¹⁰. Esta possui tal designação devido à luta da farmacêutica Maria da Penha, cuja vida foi marcada por agressões que culminaram com o tiro de espingarda que recebeu do ex-companheiro, deixando-a paraplégica.

⁹ BRASIL. **Decreto Nº 1.973, De 1º De Agosto De 1996. Disponível em:** https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em: 01 jan. 2024.

¹⁰ BRASIL. **LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006. Disponível em:** https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em 01 jan. 2024.

Vale frisar que, em seu livro “*Sobrevivi...posso contar*”, no ano de 1994, muito antes da Lei nº 11.340 ser sancionada, Maria da Penha e suas três filhas já sofriam todo tipo de violências, o que só reforça a importância da legislação de proteção para todas as mulheres.

O objetivo desta legislação já se encontra disposto no Art. 1º da referida Lei:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Em seu artigo 5º, o conceito “violência doméstica” dispõe ser “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”.

Um fator positivo trazido pela Lei Maria da Penha é que esta não se restringe somente à aplicação do direito material na situação de violência praticada contra a mulher. Existe toda uma rede de proteção e apoio, para que a vítima se sinta acolhida e protegida e para que seu agressor não possa mais ter qualquer tipo de contato ou poder sobre ela.

As medidas protetivas de urgência, que possuem natureza cautelar, são divididas em dois grupos. Aquelas relacionadas aos agressores estão dispostas no Art. 22 e as que são direcionadas às vítimas nos artigos 23 e 24.

Dentre as medidas previstas nesta lei, enfatiza-se o Art. 23, inciso III, no qual se lê: “Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas: (...) III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos”.

Segundo Maria Matilde Alonso Ciorciari, em seu artigo “A Guarda Compartilhada no Contexto da Violência Doméstica”¹¹, na época, defensora pública no estado do Rio de Janeiro, destacou que, no ano de 2019, segundo pesquisa elaborada pela “Diretoria de Pesquisas da DPGE/RJ”, os juízes, em geral, aplicavam as medidas protetivas de urgência em desfavor do

¹¹ CIORCIARI, Maria Matilde Alonso. **A Guarda Compartilhada no Contexto da Violência Doméstica**. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2019.

agressor, respeitando o art. 22, incisos II e III da Lei Maria da Penha, notadamente, o afastamento do lar; proibição de aproximação de contato com a vítima, seus familiares e testemunhas; e proibição de frequentar determinados lugares. Não havendo nos registros, segundo ela, dados que dissessem respeito à questão de alimentos e principalmente da guarda dos filhos, já que obviamente o juízo da violência doméstica, naquele momento, não era competente para tratar do tema, dada a competência absoluta do juízo de família.

Ocorre que não só as mulheres precisam de proteção, também os menores são vítimas de violência no âmbito doméstico. E é por isso que o legislador decidiu pela aprovação dos novos dispositivos, preconizados tanto no Código Civil como também no Código de Processo Civil. Mais uma vez, em observância ao princípio do melhor interesse da criança, não seria coerente proteger-se a mulher enquanto os filhos permaneciam desprotegidos, no momento da separação dos cônjuges, aqueles filhos poderiam permanecer com quem conhecem ser o agressor de um de seus provedores.

3 - A VIOLÊNCIA, A SITUAÇÃO DOS FILHOS E A (IM)POSSIBILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA SOB O OLHAR DA JURISPRUDÊNCIA

Como já exposto, o conceito de família vem sofrendo alterações e o direito precisa caminhar junto a essas modificações. Perdendo sua rígida hierarquia, o conceito familiar é abrangido também sob o aspecto de companheirismo e amor. E, com isso, as crianças e os adolescentes passam a obter seu espaço de maneira especial na ordem jurídica.

Hoje se mostra necessário, observadas as disposições do caso em concreto, conferir aos incapazes o direito de convivência com ambos os genitores, no sentido de fornecer um ambiente saudável e feliz que, de certa forma, poderá intervir na personalidade e no caráter dos pequenos, valores que serão levados para vida adulta.

Para Ramos¹², o deferimento liminar da guarda compartilhada ou da ampliação do direito de visitação é consequência lógica da preferência legal pela guarda compartilhada, que não comportaria visitação vigiada, salvo casos de grave infração dos deveres parentais, como exposição da criança a perigo, maus-tratos e abuso sexual, ou nas situações de violência doméstica.

¹² RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder Familiar e Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016, p. 87-88.

Outra questão que deve ser levada em consideração é a situação na qual um dos genitores expressem o desinteresse na criação e supervisão da vida de seus filhos e ainda sob a questão da violência doméstica, situação em que tal instituto de guarda, quando gerar prejuízos psíquicos e morais, não deve ser aplicado.

É necessário entender que uma simetria no que diz respeito aos gêneros feminino e masculino não é, *in casu*, aplicável. De fato, a responsabilidade concernente à guarda compartilhada não é igualmente dividida. E por isso, a hierarquia e discriminação com relação ao gênero ainda se faz presente.

Um fator importante a ser mencionado é que a violência doméstica contra a mulher não é tratada nos livros sobre os estudos das famílias. Efetua-se uma espécie de romantização do instituto familiar, em que, de forma programada, se faz a comparação do conceito de família, radical e contemporânea, e a dicotomia das legislações em relação à Constituição Federal de 1988. Entende-se que tal dogmática leva ao retrocesso, pois inviabiliza o estudo e o debate sobre a violência doméstica contra a mulher que persiste no meio social.

O site Terra¹³ publicou um estudo realizado no presente ano pelo Grupo Globo e o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) no qual se constata que “mais de 48% dos lares brasileiros têm mulheres como chefes de família. Ou seja, como as principais responsáveis pelo sustento da casa e dos filhos”. Mostra ainda que “o número representa quase o dobro do percentual levantado em 1995 — que era de 25% — e tende a aumentar ainda mais quando olhamos para os 20,65 milhões de lares de baixa renda no país, dos quais 81,6% são chefiados por mulheres”.

Se forem computadas as horas destinadas a essa função, resta evidenciada a predominância da responsabilidade da mulher pelos cuidados no seio familiar.

Segundo o Guia de Avaliação de Risco para o Sistema de Justiça¹⁴, feito pelo Ministério Público do Distrito Federal, no “Fator de risco n. 16”, menciona que questões que envolvem guarda e/ou visitação dos filhos podem gerar situações conflituosas, o que pode potencializar os acontecimentos de violência. Tais visitas podem ser usadas pelo agressor como forma de

¹³ TERRA. **48% dos lares brasileiros têm mulheres como chefes de família**. Disponível em: https://www.terra.com.br/economia/48-dos-lares-brasileiros-tem-mulheres-como-chefes-de-familia,e47ac91413d122f61f51b9b859a1d8c7audwnzz8.html?utm_source=clipboard. Acesso em: 01 jan. 2024.

¹⁴ MPTDF. **Guia de avaliação de risco para o sistema de justiça**. Disponível em: https://www.mpdf.mp.br/portal/pdf/imprensa/cartilhas/Guia_avaliacao_risco_sistema_justica_MPDFT.pdf. Acesso em: 01 jan. 2024.

intimidar a vítima, mostrando para ela que, mesmo diante da situação em que se encontra, ainda detém a posição de dominador sobre ela.

A Recomendação Geral nº 35 do Comitê CEDAW¹⁵, no “item 32. b”, na série “Tratados Internacionais de Direitos Humanos” (2019), preconiza que deve ser implementado pelos Estados partes medidas quanto ao processo de punição em relação aos agressores de mulheres vítimas de violência de gênero e que estas não sejam levadas à presença de seus agressores, garantindo a “proteção adequada dos direitos das mulheres e das crianças, bem como intervenção sem estereótipos ou revitimização das mulheres. Procedimentos alternativos não devem constituir obstáculo ao acesso das mulheres à Justiça formal”.

Sob o aspecto do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069 de 1990)¹⁶, tal inovação vai ao encontro *prima facie* do seu art. 1º que preconiza: “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”. É que tal alteração jamais poderia ser realizada senão em observância à lei especial, que trata da proteção de um público tão vulnerável e dependente tanto da atenção do Estado como também dos que os rodeiam.

Ainda no ECA, é possível verificar a confirmação dos preceitos trazidos pela “Carta Maior” ao aderir, além dos direitos dos filhos, os direitos e deveres dos pais, ao tempo em que traz em seu art. 4º, *caput*, o que o art. 227 da CF já contém: “*É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes (...) e à convivência familiar e comunitária*”.

O art. 5º do mesmo diploma legal se manifesta no sentido de que: “*Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência (...) punido na forma da Lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais*”. Coloca o art. 6º: “Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta (...) e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”. O art. 16, *caput*, traz: “*O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos (...)*” “*V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação*”. Já o art. 19, complementa: “*Toda criança ou adolescente tem direito de ser criado e educado no seio de sua família (...)*”. E por último, não menos importante, o art. 27 preconiza: “*aos pais*

¹⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação geral n. 35 sobre violência de gênero contra as mulheres do comitê para eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (cedaw).**

Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/769f84bb4f9230f283050b7673aeb063.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2024.

¹⁶ BRASIL. **Lei 8.069 de 1990.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 01 jan. 2024.

incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

Porém, embora operadores do direito e até mesmo o ordenamento prezem pela família e pelo convívio dos menores com os seus pais, quando o assunto versa sobre violência doméstica deve-se olhar sob um prisma diferente. E é nesse momento em que o princípio do melhor interesse da criança deve ser respeitado e de forma alguma sofrer qualquer tipo de ponderação.

Sob o olhar da doutrina, em entrevista ao site Migalhas¹⁷, o professor Gustavo Tepedino expressa a importância da aplicação da guarda compartilhada mas menciona que “normalmente, a pessoa que não foi um bom cônjuge durante a relação, não será um bom parceiro no compartilhamento da guarda”. Preconizou ainda pelos requisitos lógicos de aplicação ou não do instituto, a existência de um acordo entre as partes e a sensibilidade do magistrado na percepção do caso concreto:

A guarda compartilhada extrapola os limites da decisão judicial e requer muita responsabilidade. E a responsabilidade se vincula aos deveres da parentalidade que são próprios da autoridade parental. E autoridade parental não é reduzida e não deveria ser reduzida com a separação.

Sob o aspecto da jurisprudência, mais precisamente à luz do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no âmbito da Terceira Turma, no REsp nº 1.629.994/RJ, de relatoria da ministra Nancy Andrighi, até a edição da nova lei firmava-se a concepção de que a guarda compartilhada será aplicável mesmo nos casos em que houver situação de violência doméstica e familiar. É que nestes casos, o termo “será”, nas palavras da relatora, “não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção *jure tantum* de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito”.

Espera-se que a guarda seja exercida com flexibilidade, paridade e equilíbrio, para que a convivência das crianças com a família, que nunca se dissolveu, seja sempre a mais tranquila possível, propiciando a formação saudável da personalidade das crianças, com aumento da autoestima, verdadeiro fim da parentalidade. A busca da construção de uma rotina, objeto de inúmeras controvérsias entre os pais, propiciará uma melhor organização para a convivência de todos os envolvidos. É justamente por acreditar que essa dinâmica poderá ser ajustada, com o planejamento razoável e concessões recíprocas quando se fizerem cabíveis, tendo em vista as peculiaridades do “dia a dia”, que se concede,

¹⁷ MIGALHAS. **Advogados analisam PL que proíbe guarda compartilhada com agressor**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/392676/advogados-analisam-pl-que-proibe-guarda-compartilhada-com-agressor>. Acesso em: 01 jan. 2024.

no caso concreto, a guarda compartilhada. Rel. Min. Nancy Andrichi, por unanimidade, julgado em 06/12/2016, DJe 15/12/2016.

Ainda no âmbito da mencionada Turma, no mesmo Recurso Especial, sob o enfoque do ministro Ricardo Vilas Bôas Cueva, este concordou em parte com o posicionamento da relatora. Nas palavras do ministro, “apesar de a guarda compartilhada ser a regra atual no ordenamento brasileiro, é possível, a depender do caso analisado, instituir a guarda unilateral “quando houver inaptidão de um dos genitores”. Ao contrário do entendimento da relatora, para o ministro, a separação não implica necessariamente a retirada do poder familiar do genitor inapto. “Aliás, é também um direito do filho conviver com seus pais, ainda que a guarda fique sob a exclusividade de apenas um deles”.

A partir de então, a Terceira Turma decidiu, no caso em tela, que a guarda seria compartilhada, mesmo com a comprovação de atos violentos ocorridos no núcleo familiar, além da presença de condenações pela prática de violência doméstica por parte do genitor face à genitora, o que acabou contrariando a decisão do TJRJ, a qual considera que tais atos violentos podem refletir nos filhos do casal de forma negativa. Devendo-se destacar que apenas no caso de um dos genitores declarar ao juiz que não deseja a guarda do menor é que tal instituto não será aplicado.

É de se concluir que, no âmbito da jurisprudência superior, o instituto da guarda compartilhada sempre foi visto e respeitado à luz do direito material. Através do princípio do melhor interesse da criança é possível perceber que a família, também sob um viés constitucional, possui posição principal na cadeia dos direitos e garantias fundamentais trazidos pela Carta Magna de 88 e demais legislações que vão sendo sancionadas no decorrer dos anos.

O advogado Fernando Salzer e Silva, da Comissão da Infância e Juventude do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, salienta que:

“As alterações legislativas efetivadas pela Lei 14.713/2023, por serem ainda muito recentes, ainda estão sendo digeridas pela comunidade jurídica.”¹⁸

Ainda segundo SALZER:

¹⁸ IBDFAM. **Sancionada lei que impede guarda compartilhada em caso de violência doméstica.** Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/11277/Sancionada+lei+que+impede+guarda+compartilhada+em+caso+de+viol%C3%Aancia+dom%C3%A9stica>. Acesso em: 01 jan. 2024.

“as alterações reforçam que o instituto da guarda não representa a outorga de um título de propriedade, de um prêmio concedido egoisticamente a pais e/ou mães, mas, sim, uma medida protetiva, destinada a assegurar, prioritariamente, da forma mais integral possível, os melhores e superiores interesses dos filhos crianças e adolescentes.”¹⁹

Nos tempos atuais, mesmo com todo avanço social, a simetria dos gêneros ainda é falsa, ela não garante necessariamente a igualdade, e, de fato, a real responsabilidade pelos cuidados dos filhos, nas famílias em guarda compartilhada, não é igualmente dividida. Assim, não representa o fim de hierarquias ou da discriminação de gênero, mas sim uma dicotomia que leva ao regresso social.

A título de conhecimento, no tocante ao acesso à justiça, sob o aspecto internacional, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres²⁰ (CEDAW) traz que o direito de acesso à justiça por todas as mulheres é essencial, uma vez que a desigualdade entre as famílias sustenta um sistema que, pelo aspecto cultural, ideológico e social, ainda traz em seu bojo pensamentos machistas que desvalorizam o público feminino, daí a existência do parágrafo 46, alínea b:

Considerem a criação, no mesmo marco institucional, de mecanismos judiciais ou quase judiciais de família sensíveis a gênero que tratem de questões como o estabelecimento de propriedade, direito à terra, herança, dissolução do matrimônio e guarda dos filhos;

Para que a convivência das crianças com a família seja ampla e duradoura, sob o aspecto da aplicação da guarda compartilhada, quando há situação de violência doméstica e familiar, deve-se atentar às peculiaridades do caso concreto, se podem servir ou não como argumento para que não seja implementada a guarda compartilhada. Para isso é de suma importância a atuação de todos, pais, Estado, Poder Judiciário, legislativo e demais órgãos de proteção infantil, para que as crianças, ao chegar na vida adulta, não sofram com as consequências de uma família

¹⁹ Ibid.

²⁰ CEDAW. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres**. Disponível em: <https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2016/02/Recomendacao-Geral-n33-Comite-CEDAW.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2024.

desestruturada e de um passado que será necessário esquecer para que possam viver uma vida plena, feliz e digna de boas lembranças.

CONCLUSÃO

Se por um lado o novo conceito de família amolda inúmeras formas de exercício do poder familiar, por outro é necessário considerar a existência de violência doméstica contra a mulher.

As mudanças culturais capazes de influenciar homens e mulheres trazem à tona uma nova realidade nas famílias brasileiras. A entidade familiar não é mais a mesma, a inserção da mulher no mercado de trabalho quebra a simbologia do pátrio poder, além disso a Constituição Federal colocou em igualdade homem e mulher e definiu que ambos eram responsáveis no mesmo teor pela guarda dos filhos, deixando de lado a guarda monoparental materna, dando ao genitor masculino os mesmos atributos da genitora.

Portanto a figura paterna não mais representa a autoridade absoluta, tendo então caráter meramente complementar, de forma a auxiliar nas questões domésticas e principalmente na atuação do poder familiar.

As mulheres cada vez mais ganham força e garantem seu espaço em um mundo ainda coberto pelo machismo e pela ultrapassada concepção do pátrio poder, em que as diretrizes e decisões tomadas no seio familiar derivavam somente do genitor e as opiniões emanadas pelas genitoras sequer eram consideradas.

É necessário destacar que, inegavelmente, o direito material familiar não trata das questões de violência contra a mulher e que a existência da Lei Maria da Penha se justifica pela sua aplicação de forma pontual sobre essas questões, visando proteger o público feminino.

Em que pese o entendimento da jurisprudência acordando pela implementação do instituto da guarda compartilhada mesmo nos casos de violência doméstica e familiar, uma vez que, hipoteticamente, tal situação não atinge diretamente os filhos comuns do casal, percebe-se que tal pensamento não se mostra correto. Além da vítima propriamente dita, as crianças também sofrem com os atos violentos, o que influencia na sua convivência tanto familiar como social.

Conforme já explicado, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no âmbito da Terceira Turma, consolidou a concepção de que a guarda compartilhada seria aplicável mesmo nos casos em que houvesse situação de violência doméstica e familiar. Dessa forma, a guarda compartilhada poderia ser considerada a regra no ordenamento brasileiro, apenas não sendo aplicada no caso de um dos genitores declarar ao juiz que não desejava a guarda do menor.

Com a promulgação da Lei nº 14.173/2023, o risco de violência doméstica ou familiar passou a ser considerado causa impeditiva ao exercício da guarda compartilhada, cabendo ao juiz, em cada caso concreto, indagar previamente o Ministério Público e as partes sobre situações de violência doméstica ou familiar que envolvam o casal ou os filhos.

O superior interesse da criança sempre deve nortear todas as decisões referentes à definição do exercício do poder familiar. O estudo dos modelos e formas de exercícios da guarda e suas alterações ao longo das transformações históricas e evolutivas da sociedade se mostra bastante importante, uma vez que através dele surge a possibilidade de se aferir melhor em quais situações deve ser determinada a aplicação do instituto da guarda compartilhada.

O presente artigo buscou analisar a Lei nº 14.173/2023 e a possibilidade de aplicação do instituto da guarda compartilhada quando há casos de violência doméstica e familiar contra a mulher e se esta, quando levada em consideração, pode servir ou não como argumento para que não seja implementada a guarda compartilhada. Através do princípio do melhor interesse dos menores, as partes poderão demonstrar a existência de impedimento insuperável ao exercício da guarda compartilhada, podendo o Juiz com o auxílio do Ministério Público e da equipe multidisciplinar, estabelecer diretrizes que visem a proteção das crianças para que não sofram com as consequências de uma dissolução dolorosa e violenta.

Dessa forma, é necessário perceber de forma clara que a guarda compartilhada não se associa automaticamente à igualdade de gêneros, pois as relações sociais e familiares são sempre muito complexas.

REFERÊNCIAS

ENGELS, Fredrich. *A origem da Família, da propriedade privada e do Estado*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

IBDFAM. *Guarda Compartilhada: Novo Padrão Contemporâneo do Direito de Família*. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/453/IBDFAM+ACAD%C3%8AMICO+-Guarda+Compartilhada%3A+Novo+Padr%C3%A3o+Comtepor%C3%A2neo+do+Direito+de+Fam%C3%Adlia>. Acesso em: 30 dez. 2023.

BRASIL. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.**

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 01 jan. 2024.

PAI LEGAL. *A guarda compartilhada alternada*.

Disponível em: <https://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/mais-a-fundo/analises/68-aguardacompartilhada-ealternada>. Acesso em: 01 dez. 2023. Acesso em: 01 jan. 2024.

VILASBOAS, Luana Cavalcanti. *O novo conceito de família e sua desbiologização no direito brasileiro*. *Revista Artigos.Com*, v.13, 2020, p. 01.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. *A nova roupagem da guarda compartilhada*. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rtrib_n.957.02.PDF. Acesso em: 01 jan. 2024.

TODA MATÉRIA. *Lei Maria da Penha*. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/lei-maria-da-penha/>. Acesso em: 01 jan. 2024.

FERNANDES, Maria da Penha Maia. *Sobrevivi posso contar*. 2º ed. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2012.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. Disponível em:

<https://www.institutomariadapenha.org.br/lei-11340/resumo-da-lei-maria-da-penha.html>. Acesso em: 01 jan. 2024.

NOSSA CAUSA. *Conquistas do feminismo no Brasil: uma linha do tempo*. Disponível em: https://nossacausa.com/conquistas-do-feminismo-no-brasil/?gad_source=1&gclid=CjwKCAiAvJarBhA1EiwAGgZl0Av8GTNUdjxjAlzWNMoVJaF0wsPo iQdk_aboAxPR3MZ_0vfaqldkNRoCVIAQAvD_BwE. Acesso em: 01 jan. 2024.

ONU MULHERES. *Conferências Mundiais da Mulher*. Disponível em:

<https://www.onumulheres.org.br/planeta5050-2030/conferencias/>. Acesso em: 01 jan. 2024.

BRASIL. **Decreto Nº 1.973, de 01 de agosto de 1996**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm . Acesso em: 01 jan. 2024.

BRASIL. **Lei 8.069 de 1990**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 01 jan. 2024.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. ***Lei Maria da Penha: o Processo Penal no caminho da efetividade***. São Paulo: Atlas, 2015, p.50.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. Poder Familiar e Guarda Compartilhada. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016, p. 87-88.

TERRA. ***48% dos lares brasileiros têm mulheres como chefes de família***. Disponível em: https://www.terra.com.br/economia/48-dos-lares-brasileiros-tem-mulheres-como-chefes-de-familia,e47ac91413d122f61f51b9b859a1d8c7audwnzz8.html?utm_source=clipboard. Acesso em: 01 jan. 2024.

MPTDF. ***Guia de avaliação de risco para o sistema de justiça***. Disponível em: https://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/imprensa/cartilhas/Guia_avaliacao_risco_sistema_justica_MPdFT.pdf. Acesso em: 01 jan. 2024.

MIGALHAS. ***Advogados analisam PL que proíbe guarda compartilhada com agressor***. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/392676/advogados-analisam-pl-que-proibe-guarda-compartilhada-com-agressor>. Acesso em: 01 jan. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ***Recomendação geral n. 35 sobre violência de gênero contra as mulheres do comitê para eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (cedaw)***. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/769f84bb4f9230f283050b7673aeb063.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2024.

CEDAW. ***Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres***. Disponível em: <https://assets-compromissoeatidade-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2016/02Recomendacao-Geral-n33-Comite CEDAW.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2024.

CIORCIARI, Maria Matilde Alonso. ***A Guarda Compartilhada no Contexto da Violência Doméstica***. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2019.

IBDFAM. Sancionada lei que impede guarda compartilhada em caso de violência doméstica. Disponível em:

<https://ibdfam.org.br/noticias/11277/Sancionada+lei+que+impede+guarda+compartilhada+em+caso+de+viol%C3%Aancia+dom%C3%A9stica>. Acesso em: 01 jan. 2024.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em 01 jan. 2024.

BRASIL. Lei nº 6.515, 26 de dezembro de 1977. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16515.htm. Acesso em 01 jan. 2024.

JUSTIÇA RESTAURATIVA E AS POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO NO DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

Benita Carlos Guedes da Fonseca¹

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade analisar as possibilidades de aplicação da justiça restaurativa no direito e no processo penal. A luta pela efetivação dos direitos sempre se deu de forma árdua, utilizaram-se, portanto, vários mecanismos tentando encontrar o mais apropriado a cada caso. A prática da justiça restaurativa tem sido utilizada como ferramenta de resoluções de conflitos de naturezas diversas, reconhecendo os anseios sociais e permitindo um avanço na participação dos cidadãos na sociedade, fomentando um processo de aprimoramento, no que diz respeito à consciência das pessoas, que passam a ter uma percepção diferenciada, encarando os conflitos e a diversidade com naturalidade, aprendendo a contorná-los e os finalizar pacificamente. Para atingir esses objetivos, realizou-se uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se de consultas de artigos, doutrinas e legislação. Podemos perceber o crescente avanço dessa metodologia através de meios alternativos de resolução de conflitos como mediação, conciliação, reunião familiar ou comunitária, de modo a encontrar juntos a solução acerca dos problemas originados do crime, com resultados positivos alcançados por esta prática, sendo eles a resolução do conflito de forma pacífica e eficaz. Conclui-se que o procedimento da justiça restaurativa no processo penal vem sendo um mecanismo viável e bem aceito pela sociedade por contemplar às partes maior poder de decisão, fomentando, dessa maneira, o exercício da cidadania.

Palavras-chaves: Justiça restaurativa. Conflitos Penais. Pacificação.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the possibilities of applying restorative justice in criminal law and proceedings. The fight for the realization of rights has always been arduous, and therefore various mechanisms have been used trying to find the most appropriate one in each case. The practice of restorative justice has been used as a tool for resolving conflicts of different natures, recognizing social concerns and allowing progress in the participation of citizens in society, promoting a process of improvement with regard to the awareness of people who now have a differentiated perception, facing conflicts and diversity naturally, learning to work around them and end peacefully. To achieve these objectives, a bibliographical research was carried out, using consultations of articles, doctrines and legislation. We can see the growing advancement of this methodology through alternative means of conflict resolution such as mediation, conciliation, family or community meetings, in order to find together the solution to the problems arising from crime, obtaining positive results achieved by this practice, namely the resolution of the conflict in a peaceful and effective way. It is concluded that the restorative justice procedure in criminal proceedings has been a viable and well-accepted mechanism by society as it gives the parties greater decision-making power, thus promoting the exercise of citizenship.

Keywords: Restorative justice. Criminal Conflicts. Pacification.

¹ Advogada. Aluna do Curso de Pós-Graduação em Direito Público e Privado da EMERJ. Integrante do programa de estágio do CEDES.

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que desde o início da civilização a convivência humana nem sempre se deu de forma pacífica, pois apesar da vida social ser normalmente harmônica, conflitos sempre surgem, já que são inerentes a todos os seres humanos. Segundo Petrônio Calmon²:

... o conflito não é um mal em si mesmo e são considerados como aspectos inevitáveis e recorrentes da vida”, consolidando, assim, a necessidade da existência do conflito.

No dizer de Luis Alberto Warat³:

“O grande segredo, a meu ver, da mediação, como todo segredo, é muito simples, tão simples que passa despercebido. Não digo tentemos entendê-lo, pois não podemos entendê-lo. Muitas coisas em um conflito estão ocultas, mas podemos senti-las. Se tentarmos entendê-las, não encontraremos nada, corremos o risco de agravar o problema. Para mediar, como para viver, é preciso sentir o sentimento. Dessa forma fica claro que a presença do mediador é essencial nesse processo, pois o mesmo terá uma visão diferenciada e imparcial dos casos vivenciados pelas partes e com isso obterá uma melhor perspectiva conseguindo ajudar os conflitantes a encontrarem pontos convergentes para resolverem seus anseios”.

A Justiça restaurativa no processo penal pode ser referenciada pelo acordo de não persecução penal (ANPP). Tal acordo foi concebido como política criminal com vistas à premente necessidade de se alcançar celeridade e efetividade na resolução de crimes de baixa e média gravidade. Protagonizado pelo Ministério Público, através de um mecanismo de solução

² CALMON FILHO, Petrônio. **O conflito e os meios de sua solução**. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*. v. 12, n. 71, maio/jun. 2011, p. 37-51. São Paulo: IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas, 2011, p. 35.

³ WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus. 2001, p. 122.

consensual de conflitos no âmbito criminal, seu principal objetivo é evitar a ação penal e posterior privação de liberdade do investigado.

Ademais, o ANPP é uma inovação advinda do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19 com a inserção do artigo 28-A no Código de Processo Penal), possibilitando a ampliação da justiça penal anuída, ou seja, sendo uma forma de justiça negociada entre o acusado e o representante do Ministério Público. Um dos principais objetivos do ANPP é diminuir as demandas judiciais criminais, com vistas à maior celeridade e efetividade no Judiciário. O Ministério Público poderá propô-lo, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, de acordo com as hipóteses de cabimento.

O emprego de vias alternativas à acusação formal, penalidades fixadas por atos negociais, audiências sumárias para delitos, até então submetidos a processo integral, a descriminalização de condutas que antes eram rotineiramente levadas à justiça criminal, todas essas medidas geraram o efeito prático de restringir a criminalização, dotando o sistema de justiça criminal de economicidade, ao mesmo tempo em que cria uma seletividade para o seu poder punitivo.

O tema é atual e relevante, pois na sociedade os fatores econômicos, sociais e pessoais interferem nas relações familiares, onde o contato pessoal é maior e as divergências podem acontecer com mais frequência.

O presente texto tem como objetivo geral analisar as possibilidades de aplicação da justiça restaurativa no direito e processo penal. Tem como objetivos específicos demonstrar a evolução dos métodos de resolução de conflitos e seus aspectos jurídicos; compreender como se dão os conflitos de ordem penal e seus elementos; identificar as principais características do ANPP.

Este estudo tem como pergunta norteadora: Quais as possibilidades de aplicação da justiça restaurativa no direito e processo penal?

Visando comprovar que o método apresentado e aplicado é uma estratégia apropriada a ser utilizada nos conflitos penais, corrobora-se o entendimento de que é necessário maior discussão sobre o tema a fim de se estabelecer a paz social e promover a justiça.

2 MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Desde a antiguidade, a história da humanidade é marcada por conflitos, sociais, grupais e principalmente familiares.

O conflito é característico do homem, isso quer dizer que nas relações é comum os indivíduos terem vontades diferentes. Conforme Tartuce⁴:

Por muito tempo, o conflito foi visto de forma negativa, como algo a ser desde logo negado, expurgado e eliminado peremptoriamente.

Com o passar do tempo os pensamentos vão mudando e sendo atualizados, hoje em dia o entendimento acerca do assunto é visto de forma diferente, pois se vê um lado positivo para o conflito, tendo em vista que as diferenças suscitadas podem ser resolvidas de uma forma menos dolorosa e traumática.

Para que ocorra um conflito é preciso que existam elementos capazes de desencadeá-lo.

Ensina Souza⁵ que são três os elementos do conflito:

1 - A pessoa: o ser humano, com seus sentimentos e crenças.

2 - O problema: as necessidades e interesses contrariados.

3 - O processo: as formas e os procedimentos adotados.

O conjunto desses elementos faz com que ocorra o conflito, que poderá ser de motivação emocional, financeira, afetiva, entre outros.

A comunicação entre os membros de qualquer organização se torna primordial para se chegar a um desfecho pacífico, onde todas as pessoas consigam sair satisfeitas e se estabeleça a paz.

Há muita discussão no que se refere ao enfrentamento dos conflitos, já que a convivência humana desde os tempos remotos sempre foi uma tarefa árdua, havendo, muitas vezes, preponderância em atingir-se o bem-estar próprio em detrimento dos direitos do outro. É importante frisar que o problema não é a existência do conflito em si, mas a forma de administrá-lo e a busca por uma resolução justa, que é a questão crucial.

Durante muito tempo se utilizou a autotutela, fazendo uso de quaisquer meios, sejam violentos ou não, em busca da satisfação de seus próprios interesses. Felizmente, hoje essa prática é vedada pelo ordenamento jurídico e considerada crime.

⁴ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 32.

⁵ SOUZA, Ionete de Magalhães. **Mediação no direito de família – breve análise 2020**, p. 12. Disponível em: <http://www.valdirdepinhoveloso.com/artigos/mediacaoemdireitodefamilia.pdf>. Acesso em 05 nov. 2023.

É visível que a cultura do litígio permanece bem arraigada em nossa sociedade e que ainda se mostra intensa a busca pelo Judiciário, com o objetivo de que um terceiro togado proceda à análise do litígio, possibilitando uma decisão a ser cumprida pelas partes conflitantes. Porém, esse modo de resolução nem sempre é o mais adequado ao caso e daí surge a necessidade de outras formas de enfrentamento dos conflitos para melhor se adequarem ao caso concreto, como também para fins de desburocratização e promoção de maior celeridade às relações desconstruídas que tenham necessidade de reparo.

Considerando essa problemática, destacam-se, como meios de solução de lides, os chamados MASC – Métodos Adequados de Solução de Conflitos, anteriormente conhecidos como meios extrajudiciais, mas hoje denominados como métodos adequados.

Nesse ínterim, iremos discorrer sucintamente sobre os métodos de autocomposição, sendo eles: a *negociação*, a *conciliação e mediação* e a *arbitragem*, que se enquadram como meios heterocompositivos. Todos possuem características próprias a serem desenvolvidas, cabendo às partes ou profissionais do ramo a escolha do melhor meio para determinado conflito.

A *negociação* é utilizada para divergências que não necessitam de uma intervenção e nem participação de um terceiro, alheio à situação conflitante. É adequada para aqueles casos que não envolvam afetividade entre as partes e estas, através de um acordo (negócio), resolvem o conflito, que geralmente é de ordem material.

Ainda assim é salutar mencionar que para utilização desse método pode haver participação dos advogados, que nomeados exercerão o papel de representantes das partes que estão em conflito, mas como método autocompositivo não há imposição de soluções por parte de terceiros.

Já na *conciliação*, há a necessidade de um terceiro que trabalhe na escuta do problema vivenciado entre as partes e as estimule à chegada de um acordo. Nesse meio, o conciliador sugere e propõe soluções para o conflito, cabendo às partes aceitarem ou não essa proposta. Os tipos de conflitos adequados à conciliação são aqueles de natureza temporária e circunstancial, conforme alerta Vezzulla⁶:

⁶ VEZZULA, Juan Carlos. **Mediação: guia para usuários e profissionais**. Florianópolis: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 2001, p. 43.

A conciliação como técnica é de grande utilidade nos problemas que não envolvem relacionamento entre as partes, o que permite trabalhar sobre a apresentação superficial (verdade formal ou posição) para alcançar uma solução de compromisso sem repercussão especial no futuro de suas vidas.

Portanto, na conciliação haverá acordo de vontades com a orientação de um terceiro imparcial, o conciliador, que incentiva uma resolução construtiva ao caso em comento, trazendo sugestões para a solução do conflito.

A *arbitragem* é o meio que mais se aproxima do Poder Judiciário, pois nessa modalidade há a figura do árbitro, que embora possa ser escolhido pelas partes, detém o poder de decisão, e esta tem validade de sentença, versando sobre direitos patrimoniais disponíveis, assim como dispõe o art.1º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996).

Portanto, se apresenta como um procedimento mais formal onde há menor participação das partes no desenrolar do conflito. Geralmente, a arbitragem é utilizada em casos complexos que requeiram celeridade e conhecimento específicos, sendo na maioria das vezes o árbitro um especialista da matéria.

Frise-se que essa escolha pode ocorrer antes mesmo de haver conflito, por cláusula de compromisso contratual, já que existem duas espécies de arbitragem: a *cláusula compromissória*, que é justamente essa a que nos referimos, prevista em contrato ou convenção, e o *compromisso arbitral*, que é a escolha pelo método após a ocorrência do conflito. De toda forma, resulta-se em sentença que figura como título executivo judicial, cujo cumprimento se dará por via judicial, nos termos do artigo 515 do CPC.

E por fim a *mediação*, que se difere de todos os demais por ser um método onde as próprias partes chegam a uma conclusão do que seria mais benéfico para ambas. Muito embora haja a figura de um terceiro, o mediador, este terá a função de orientador, mas, sem trazer sugestões, que atue na construção de um diálogo capaz de evidenciar os pontos convergentes na lide. Fortalecendo a cultura de que o conflito é natural à vida, o mediador apresentará às partes a forma de sua administração, que será essencial, na medida em que oferecerá a cada um a escolha pelo fim ou pela perpetuação do conflito como empecilho permanente na vida pessoal de cada indivíduo envolvido. Vale a pena reforçar essa ideia nos dizeres de Sales⁷:

⁷ SALES, Lilia Maia de Moraes. **Educação em Direitos Humanos**: Fortaleza: Expressão gráfica Editora, 2007, p. 21.

a mediação procura evidenciar que o conflito é natural, inerente aos seres humanos. Sem o conflito seria impossível o progresso e provavelmente as relações sociais estariam estagnadas em algum momento da história. Se não houver insatisfação, as situações da vida permaneceriam iguais, constantes.

Isso demonstra a relevância do restabelecimento do diálogo com a finalidade de retomar a autodeterminação das pessoas para que haja uma reparação não só material dos danos sofridos, mas uma reparação moral, e que propicie a administração mais duradoura do conflito.

O Brasil vem fazendo uso dessa técnica, amparado pela certeza de que se trata de método eficiente para o combate ao conflito real, ou seja, aquele que foi o responsável pela insatisfação pessoal e que ensejou o aparecimento do conflito, o qual, por sua vez, diferencia-se do conflito aparente, já que esse é visível a todos e por muitas vezes não corresponde ao verdadeiro embate entre as partes. Adota-se, portanto, esse meio como instrumento de pacificação social devido à sua constante mudança de paradigmas.

A mediação pode ser aplicada em diversos tipos de conflitos, como os das áreas de família, empresarial, de saúde, ambiental, urbana, de vizinhança, do consumidor, comunitária, penal etc. Salienta-se, conforme propõe Haim Gruspum⁸, que os conflitos que tratam de sentimentos e situações, frutos de relacionamentos – mágoas, frustrações, traições, amor, ódio, raiva – revelam-se adequados à mediação, podendo ser realizados judicialmente, após iniciado um processo jurisdicional, ou extrajudicialmente, conforme preceitua a Lei nº 13.140/2015, ou Lei de Mediação.

A Resolução nº 125 de 2010, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, implantou a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no Âmbito do Poder Judiciário, a fim de facilitar o acesso à justiça; já o Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/15, traz em seu art. 3º e respectivos parágrafos, a possibilidade do Estado promover resoluções alternativas, sempre que possível, através da conciliação, da mediação e de outros métodos.

Dessa forma, há o incentivo para os operadores do direito na utilização dos métodos autocompositivos, assegurando o que se chama “sistema multiportas”, pelas várias possibilidades, na busca pela pacificação dos conflitos, podendo dessa forma fazer uso dos métodos de conciliação e mediação antes mesmo da instauração de uma demanda.

⁸ GRUSPUM, Haim. **Mediação familiar** – o mediador e a separação de casais com filhos. São Paulo: LTr, 2000.

Essa inclusão representa um avanço para o sistema Judiciário, que, por diversas razões já conhecidas, não tem prestado uma jurisdição célere e de qualidade.

Ainda assim, as alternativas extrajudiciais de resolução de conflitos podem continuar a ser buscadas, como é o caso da arbitragem, onde, conforme já relatado, será eleito um terceiro para julgar o conflito. O artigo 167 do CPC preceituou também a criação de câmaras privadas de mediação e conciliação, com a possibilidade de criação de empresas devidamente capacitadas e habilitadas, as quais, juntamente com os mediadores e conciliadores, para atuarem na pacificação dos conflitos em caráter judicial e extrajudicial.

3 JUSTIÇA RESTAURATIVA NO DIREITO E PROCESSO PENAL

É comum encontrar-se grande resistência, entre os mediados, em assumir os verdadeiros motivos da desavença sofrida. Cabe ao mediador, portanto, o papel de ajudar a superar esse obstáculo, fazendo transparecer todas as pretensões pessoais, para que ambos saiam satisfeitos da lide. Nesse processo, desvendando-se sentimentos que, às vezes, nem os próprios conheciam, torna-se possível que os mediados aprendam a lidar com outras situações de divergências que venham a ocorrer.

A Justiça Restaurativa é um método novo que vem sendo proposto e aceito pelos tribunais para a reeducação dos agressores e a recuperação psicológica/social das vítimas, sendo importante, ainda, destacar que tal método é de vital importância para a sociedade, pois a conscientização e o acesso à informação possibilitam aos cidadãos entender e/ou prevenir eventuais situações.

Jesus⁹ apresenta o desenvolvimento da Justiça Restaurativa intimamente relacionado ao desenvolvimento dos direitos humanos. De fato, é nítida a influência humanizada que essa proposta de justiça penal tem apresentando, como pilar das garantias do ser humano como um sujeito digno de direitos fundamentais.

O consenso é almejado nos procedimentos especiais, havendo a possibilidade de audiência preliminar, com a figura de um terceiro facilitador:

⁹ JESUS, Damásio E de. **Justiça restaurativa no Brasil**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7359/justica-restaurativa-no-brasil>>. Acesso em: 12 set. 2023.

Ademais, a natureza consensual da Lei nº 9.099/95 enseja e recomenda, implicitamente, o uso do modelo restaurativo, ao prever a realização, na fase preliminar (arts. 73 e 74), de audiência que poderá ser conduzida por conciliador (terceira pessoa), mediante orientação do juiz.¹⁰

A Justiça restaurativa estabiliza a sociedade, diminuindo o medo das pessoas e a desconfiança na Justiça, produzindo melhores resultados com mais eficiência do que a pena porventura imposta pelo Estado.

Dessa forma, embora ainda prevaleça a cultura do litígio, com a utilização do Judiciário como meio de solução dos conflitos, a inclusão dos métodos alternativos, não só como meios extrajudiciais, mas incorporados ao diploma processual brasileiro, vieram trazer respostas mais efetivas e adequadas às necessidades das partes, desburocratizando os Tribunais de Justiça e diminuindo a morosidade destes.

Seguindo esse raciocínio, pode-se concluir que o acesso à Justiça não se restringe somente ao acesso ao Judiciário, mas a todos os meios que permitam a defesa e garantia de direitos, adquiridos de forma coerente, estando a mediação inserida nesse panorama, já que proporciona a ampla defesa, construída em pilares de diálogos francos e cooperativos.

No Brasil, em 2010, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, editou a Resolução nº 125, que instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no Âmbito do Poder Judiciário, classificando a mediação e a conciliação como meios consensuais de resolução de conflitos e determinado a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. Esses órgãos teriam como uma de suas atribuições o incentivo ou a promoção de capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de soluções de conflitos.

A Resolução nº 2002/12 da ONU, após discussões sobre prevenção criminal e cuidados com a vítima, através da Justiça Restaurativa, traz em seu preâmbulo diversos “Considerandos”, afirmando que a Justiça Restaurativa respeita a dignidade da pessoa humana, cura a vítima e os ofensores, além de capacitar as comunidades de participarem das soluções dos conflitos, na medida em que convoca o Estado a disseminar o conceito de Justiça Restaurativa. Esse mesmo instrumento normativo conceitua a Justiça Restaurativa como sendo:

¹⁰ Ibid, p. 246.

qualquer processo no qual a vítima e o ofensor participem dos problemas decorrentes do crime, através de um terceiro neutro, que pode ser conciliação, mediação, conferências e círculo de sentença.¹¹

4 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Segundo Carvalho¹², conceitualmente, o acordo de não persecução penal (ANPP) consiste em negócio jurídico de natureza extrajudicial celebrado entre o Ministério Público e o investigado (devidamente assistido por advogado/defensor). Notadamente, na fase de investigação de um ilícito penal, deve ser referendado mediante homologação judicial, pela qual o investigado assume a responsabilidade do fato delituoso investigado, aceitando voluntariamente cumprir determinadas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do Ministério Público de não promover a ação penal e, posteriormente, pugnar pela extinção de punibilidade, caso o acordo seja integralmente cumprido.

Assim como a *transação penal*, a *colaboração premiada*, a *suspensão condicional do processo* e o *acordo de leniência*, o *acordo de não persecução penal* insere-se no contexto da justiça penal consensual ou negociada. Trata-se de negócio bilateral, daí que o investigado não está obrigado a aceitar as condições impostas, principalmente quando considerá-las excessivas.

Por sua vez, para Figueiredo¹³ *et al* este acordo nasce como política de desburocratização da persecução penal e de relativização da necessidade de privação de liberdade do réu, em que o Estado, sob certas circunstâncias, abre mão do seu poder/dever de punir com sanções penais privativas de liberdade, substituindo-as por obrigações não imperativas, menos incisivas e talvez até mais eficientes em virtude de abreviarem o tempo para a solução dos conflitos.

Como bem preceitua Rodrigo da Silva Brandalise¹⁴:

¹¹ UNODC. **Manual sobre Programas de Justiça Restaurativa**. 2ª Edição. Nações Unidas, Viena, 2020.

¹² CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. **Algumas questões sobre a confissão no Acordo de Não Persecução Penal**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, Rio Janeiro, nº 78, p. 247-261, out./dez. 2020. Disponível: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/2026467/Sandro_Carvalho_Lobato_de_Carvalho.pdf>

¹³ FIGUEIREDO, Carla Pedrosa, de FONTGALLAND, Isabel Lausanne, OLIVEIRA, Francisco César Martins. **Direito, economia e sociedade** — Campina Grande: Editora Amplla, 2022, p. 230.

¹⁴ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada: Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016, Curitiba, p. 27.

Com efeito, trata-se de um acordo de vontades, em que há concessões recíprocas, na qual o Estado, representado pelo Ministério Público, renuncia à persecução processual criminal e à aplicação da pena tal como cominada ao delito em abstrato, deixando de registrar a culpa na folha de antecedentes criminais do investigado, mediante o compromisso assumido pelo investigado de cumprir condições mais palatáveis do que eventual pena imposta por sentença. Ao acusado cabe a colaboração através do reconhecimento da prática do crime e a aceitação das condições de forma voluntária, sempre mediante a compreensão integral de seus termos, assistido obrigatoriamente por um advogado.

Vasconcellos¹⁵ aduz que o ANNP se reveste de um mecanismo consensual, em que há a conformação do imputado com a imposição de sanção (não privativa de liberdade) em troca de eventual benefício, como redução da pena e a não configuração de maus antecedentes.

Para Mota¹⁶ consiste conceitualmente em um acordo celebrado entre o Ministério Público e o investigado com a finalidade de evitar a persecução penal como é prevista nos arts. 396 e segs. do CPP, bem como a não aplicação da pena privativa de liberdade cominada ao delito, substituindo-a pelo cumprimento de condições estipuladas no acordo.

Salvador Netto¹⁷ salienta que o ANPP ocorre na fase investigatória criminal, podendo ser proposto na audiência de custódia, no decorrer da investigação ou após a conclusão do procedimento criminal investigativo, ou seja, deve ser realizado antes que ocorra o recebimento da denúncia.

Em outros termos, pode-se abranger que um dos requisitos para a celebração do ANPP é confessar o ilícito. As informações fornecidas por esses suspeitos foram, então, usadas pela acusação como prova do envolvimento deles no crime, mas esses elementos extrajudiciais não foram reproduzidos na fase processual, ao longo da instrução criminal.

¹⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Comentários sobre as alterações processuais penais aprovadas pelo Congresso Nacional no Pacote Anticrime modificado (PL 6.341/2019). **Consultor Jurídico**, ISSN 1809-2829, [2019?], p. 05. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/modificacoes-processuais-projeto.pdf>> Acesso em: 12 set. 2023.

¹⁶ MOTA, Ludmilla de Carvalho. **Acordo de Não Persecução Penal e absprache: análise comparativa da justiça penal negocial no processo penal brasileiro e germânico**. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* n° 77, jul./set. 2020.

¹⁷ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo et alli. **Pacote Anticrime**. São Paulo: Random House Publishing Services, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556270579/>. Acesso em: 14 jan. 2023.

Na lição de Bezerra e Júnior¹⁸ o ANPP, como instituto inserido no art. 28-A, do CPP pelo Pacote Anticrime, vincula-se à perspectiva de ampliação do chamado espaço de consenso ou justiça negociada no processo penal, juntamente com a transação penal e à suspensão condicional do processo.

Segundo Nucci¹⁹, consiste em mais um benefício previsto para autores de crimes menos relevantes, porém, não se confundindo com o *plea bargain* do direito norte-americano, pois este é amplo e irrestrito.

Por sua vez, Avena²⁰ entende como o ajuste celebrado, sob determinadas condições e presentes os requisitos legais, entre o Ministério Público e o investigado - acompanhado de defensor, através do qual são estipuladas condições, que caso sejam cumpridas, implicam no não-ajuizamento da ação penal e na extinção da punibilidade, caso cumpridos os termos do acordo.

Logo, o ANPP tem natureza de negócio jurídico, fundamentado na justiça consensual e no sistema acusatório consagrado pela Constituição Federal de 1988 (art. 129, I). Além disso, a não persecução penal constitui uma mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal.

5 METODOLOGIA

O presente estudo consistiu em uma revisão bibliográfica da literatura, a qual foi considerada método de pesquisa que possibilitou a busca, a avaliação crítica e a síntese do estado do conhecimento sobre determinado assunto (MENDES, 2008). Assim, para a realização da revisão foi preciso obedecer seis etapas utilizadas neste estudo: 1. Elaboração da pergunta norteadora; 2. Busca na literatura; 3. Coleta de dados; 4. Análise crítica bibliográfica dos estudos incluídos; 5. Apresentação da revisão bibliográfica.

O método de investigação fundamentado na revisão bibliográfica visa manter os padrões de clareza, rigor e replicação dos primários (MINAYO, 2018).

A revisão bibliográfica tem como critério a exclusão de artigos repetidos, artigos não acessíveis em texto completo, resenhas, anais de congresso, monografias, teses, editoriais, artigos que não abordaram diretamente o

¹⁸ BEZERRA; Higyna Josita Simões de Almeida; JÚNIOR, Aury Lopes. **Questões polêmicas do acordo de não persecução penal**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoespolemicas-acordo-nao-persecucao-penal#author>> Acesso em: 14 jan.2023.

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989422/>. Acesso em: 14 jan.2023.

²⁰ AVENA, Norberto. **Processo Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991708/>. Acesso em: 14 jan.2023.

tema deste estudo e artigos publicados fora do período de análise (LUPPETI, 2017).

Para a seleção dos artigos consultamos as plataformas de dados de literatura científica e técnica: *Scientific Electronic Library Online (Scielo)*, *BVS - Biblioteca Virtual de Saúde*, e *Google acadêmico*.

As palavras chaves foram selecionadas a partir dos objetivos de pesquisa. Os Critérios de Inclusão consideraram os estudos disponíveis na íntegra, em *open access*, de 2007 a 2024, bem como publicações originais, nas línguas portuguesa e inglesa, levando em conta o objetivo do estudo e o protocolo de revisão elaborado previamente.

O método de pesquisa é qualitativo, porque envolve a compreensão e interpretação de certas condutas e tendências, demonstrando percepções dos estudos para que haja um desenvolvimento científico de forma clara e de fácil compreensão.

Acerca dos métodos de procedimentos utilizados na presente pesquisa, inferiu-se o uso do método histórico, conforme sintetizado à existência de diversos objetivos específicos evidenciados.

6 CONCLUSÃO

Com base no que foi apresentado ao longo do artigo, permitiu-se o entendimento da mediação e sua realização como forma de resolução de conflitos, compreendendo que a justiça restaurativa tem como finalidade facilitar o diálogo e ajudar no entendimento das partes.

A pergunta norteadora deste estudo, a saber: *as condições impostas como meio de punição são suficientes para repressão e prevenção do crime supostamente praticado?* conduziu à discussão e à reflexão, permitindo que elegêssemos alguns apontamentos. Dessa forma, percebemos que o emprego de vias alternativas à acusação formal, penalidades fixadas por atos negociais, audiências sumárias para delitos até então submetidos a processo integral, a descriminalização de condutas que antes eram rotineiramente levadas à justiça criminal, todas essas medidas geraram o efeito prático de restringir a criminalização, e assim criar uma seletividade para o seu poder punitivo.

Ainda, apontamos para o fato de que a justiça criminal brasileira está sobrecarregada com as inúmeras demandas criminais a serem sanadas, com deficiências estruturais na maioria dos órgãos do poder público o que colabora para a morosidade característica do sistema. Sendo assim,

pode-se dizer que o Acordo de Não Persecução Penal é uma solução consensual nova em nosso ordenamento jurídico, através do qual as partes, por meio de negociação consensual, chegam a uma solução ou uma possível resolução do processo. Portanto, o acordo prevê caminhos hábeis para eliminar os entraves do sistema no sentido de promover antecipadamente a solução dos casos.

Esperamos que este estudo colabore para que mais discussões e pesquisas sejam desenvolvidas e que possa ser visto como um ponto de partida no sentido do aprofundamento desta e de outras temáticas a ela relacionadas no contexto da justiça criminal.

REFERÊNCIAS:

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada: Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016, Curitiba.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo et alli. **Pacote Anticrime**. São Paulo: Random House Publishing Services, 2020. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556270579/>. Acesso em: 14 jan. 2023.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991708/>. Acesso em: 14 jan.2023.

BEZERRA; Higyna Josita Simões de Almeida; JÚNIOR, Aury Lopes. **Questões polêmicas do acordo de não persecução penal**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoespolemicas-acordo-nao-persecucao-penal#author>> Acesso em: 14 jan.2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 125/2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2010a. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 17 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro 1996. **Lei da Arbitragem**. Diário Oficial da União, Brasília, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso: 17.09.2023.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 2015b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 17 set. 2023.

BRASIL Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. **Lei da Mediação**. Diário Oficial da União, Brasília, 2015c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 17 set. 2022.

CALMON FILHO, Petrônio. O conflito e os meios de sua solução. Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. v. 12, n. 71, maio/jun. 2011, p. 37-51. São Paulo: **IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas**, 2011.

CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. Algumas questões sobre a confissão no Acordo de Não Persecução Penal. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio Janeiro, nº 78, p. 247-261, out./dez. 2020. Disponível:
<http://www.mprj.mp.br/documents/20184/2026467/Sandro_Carvalho_Lobato_de_Carvalho.pdf>

FIGUEIREDO, Carla Pedrosa, de FONTGALLAND, Isabel Lausanne, OLIVEIRA, Francisco César Martins. **Direito, economia e sociedade** — Campina Grande: Editora Amplla, 2022, p. 230.

GRUSPUM, Haim. **Mediação familiar** – o mediador e a separação de casais com filhos. São Paulo: LTr, 2000.

MOTA, Ludmilla de Carvalho. Acordo de Não Persecução Penal e absprache: análise comparativa da justiça penal negocial no processo penal brasileiro e germânico¹. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro** n° 77, jul./set. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989422/>. Acesso em: 14 jan.2023.

ROSA, Conrado Paulino da. A justiça que tarda, falha: A mediação como nova alternativa no tratamento dos conflitos familiares. **Revista da Faculdade de Direito Uniritter**, Porto Alegre, ano 12, n. 11, 2010. Disponível em:
<https://seer.uniritter.edu.br/index.php?journal=direito&page=article&op=view&path%5B%5D=462&path%5B%5D=285>. Acesso em: 05 out. 2023.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Educação em Direitos Humanos**: Fortaleza: Expressão gráfica Editora, 2007.

SALES, Lília Maia de Moraes; ANDRADE, Denise Almeida de. **Mediação em perspectiva. Orientações para mediadores comunitários**. 1 Ed. Fortaleza: Universidade de Fortaleza. 2005.

SALES, Lília Maia de Moraes; VASCONCELOS, Mônica Carvalho. O Processo de Mediação Familiar. In: Estudos sobre a efetivação do Direito na Atualidade. **A Cidadania em Debate – a mediação de conflitos**. 2004.

SOUZA, Fábio Araújo de Holanda. **Mediação familiar: uma alternativa eficaz**. Editado em 17 de jun de 2009. Disponível em <http://www.artigonal.com/divorcio-artigos/mediacao-familiar-uma-alternativa-eficaz-976048.html>. Acesso em 05 nov. 2023.

SOUZA, Ionete de Magalhães. **Mediação no direito de família – breve análise 2020**. Disponível em: <http://www.valdirdepinhoveloso.com/artigos/mediacaoemd ireitodefamilia.pdf>. Acesso em 05 nov. 2023

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Editora Método, 2008.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Comentários sobre as alterações processuais penais aprovadas pelo Congresso Nacional no Pacote Anticrime modificado (PL 6.341/2019). **Consultor Jurídico**, ISSN 1809-2829, [2019?]. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/modificacoes-processuais-projeto.pdf>> Acesso em: 12 set. 2023.

VEZZULA, Juan Carlos. **Mediação**: guia para usuários e profissionais. Florianópolis: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 2001.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus. 2001.

JESUS, Damásio E de. *Justiça restaurativa no Brasil*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7359/justica-restaurativa-no-brasil>>. Acesso em: 12 set. 2023.

UNODC. **Manual sobre Programas de Justiça Restaurativa**. 2ª Edição. Nações Unidas, Viena, 2020.