

V. 23 ♦ N. 2 ♦ ABRIL/JUNHO ♦ 2021

ISSN 2236-8957

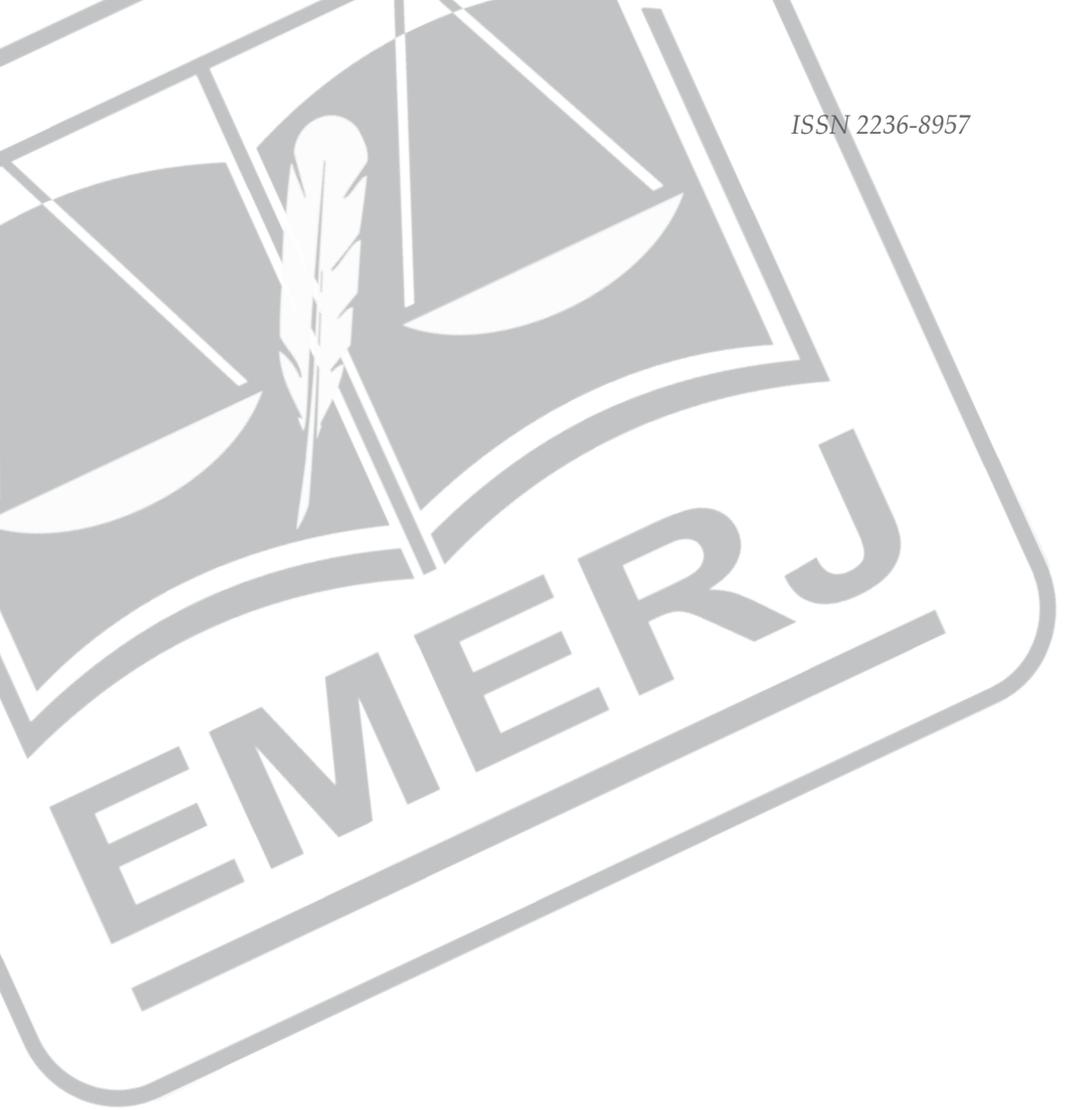
REVISTA DA

# EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



ISSN 2236-8957



# Revista da EMERJ

*Abril/Junho*

*V. 23 - n. 2 - Ano 2021*

*Rio de Janeiro*

© 2021 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

**EQUIPE EDITORIAL:**

**Coordenador Editorial:** Dra. Cristina Tereza Gaulia, Des. Jessé Torres Pereira Júnior.

**Conselho Editorial:** Dr. Luiz Fux, Me. Antonio Saldanha Palheiro, Luis Felipe Salomão, Me. Marco Aurélio Bellizze Oliveira, Dr. Abel Fernandes Gomes, Dr. Adán Carrizo González-Castell, Dra. Adriana Ramos de Mello, Dr. Alexandre Antonio Franco Freitas Câmara, Dr. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Me. Anderson de Paiva Gabriel, Dr. André Gustavo Corrêa de Andrade, Dr. Antônio Aurélio Abi Ramia Duarte, Me. Caetano Ernesto da Fonseca Costa, Dr. Cassio Scarpinella Bueno, Me. Cesar Felipe Cury, Me. Daniel Vianna Vargas, Dra. Edna Raquel Rodrigues dos Santos Hogemann, Me. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, Dr. Fredie Souza Didier Junior, Dr. Gustavo Quintanilha Telles de Menezes, Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Dr. José Guilherme Vasi Werner, Dra. Larissa Pinho de Alencar Lima, Dr. Lenio Luiz Streck, Dra. Lúcia Frota Pestana de Aguiar Silva, Dr. Luciano Vianna Araújo, Me. Luiz Roberto Ayoub, Juiz Rafael Estrela Nóbrega, Dr. Rodrigo Borges Valadão, Dr. Sérgio Cavalieri Filho.

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -  
1998 -  
v.

Rio de Janeiro: EMERJ,

ISSN 1415-4951 (versão impressa)  
ISSN 2236-8957 (versão *on-line*)

v. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

Número Especial 2003: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho/2002.

Número Especial 2004: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.

Edição Especial 2007: Comemorativa do Octogésimo Ano do Código de Menores Mello Mattos.

Edição Especial 2016: Comemorativa da Centésima Reunião do Fórum Permanente de Direito Empresarial.

1. Direito - Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Rua Dom Manuel, nº 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090

Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-2561

[www.emerj.tjrj.jus.br](http://www.emerj.tjrj.jus.br) - [emerjpublicacoes@tjrj.jus.br](mailto:emerjpublicacoes@tjrj.jus.br)

## **Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**

---

### **■ PRESIDENTE**

**Desembargador Henrique Carlos de Andrade Figueira**

### **■ CORREGEDOR-GERAL**

**Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo**

### **■ 1º VICE-PRESIDENTE**

**Desembargador José Carlos Maldonado de Carvalho**

### **■ 2º VICE-PRESIDENTE**

**Desembargador Marcus Henrique Pinto Basílio**

### **■ 3ª VICE-PRESIDENTE**

**Desembargador Edson Aguiar de Vasconcelos**

## **Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ**

---

### **■ DIRETORA-GERAL**

**Desembargadora Cristina Tereza Gaulia**

### **■ CONSELHO CONSULTIVO**

**Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo**  
Vice-Presidente

**Desembargador Claudio Brandão de Oliveira**  
Diretor Adjunto Administrativo

**Desembargadora Ana Maria Pereira de Oliveira**

**Desembargador Claudio Luis Braga Dell'Orto**

**Desembargadora Jacqueline Lima Montenegro**

**Desembargadora Patrícia Ribeiro Serra Vieira**

**Desembargador Ricardo Couto de Castro**

**Juíza Adriana Ramos de Mello**

**Equipe Administrativa - EMERJ:**

**Diretora da Assessoria Acadêmica de Pesquisa e Publicação:** Ana Cristina Willemann Flores

**Execução Administrativa e Pesquisa:** Yanka Albertin Sodré

**Produção Gráfico-Editorial:**

**Diretor da Divisão de Design Gráfico:** Ébano Machel do Rosario Assis

**Diagramação e Capa:** Rafaelle Neves

**Revisão Ortográfica:** Ana Paula Maradei e Clara Bastos

# Sumário

---

## **7 | Apresentação**

*Jessé Torres*

## **11 | O Poder Punitivo e a Magistratura**

*Nilo Batista*

## **33 | Do Cabimento da Suspensão da Inscrição na Receita Fazendária do Contribuinte pelo Descumprimento de Obrigação Acessória**

*Diogo de Souza Sobral*

## **46 | Ações Probatórias Autônomas**

*Hugo Filardi*

## **65 | Petróleo, Contrato de Partilha e sua Recém Reforma**

*Carla Izolda Fiuza Costa Marshall*

## **86 | Por que Temer o Juiz das Garantias?**

*Marcelo Oliveira da Silva*

## **102 | A Legitimação pelo Contraditório na Realização da Perícia: A Necessidade de Oportunizar a Nomeação de Assistente Técnico**

*Cássio Benvenuto de Castro*

## **138 | A Proposta de Júri Virtual e a Necessidade de Garantia de Direitos dos Acusados**

*Francisco Alves da Cunha Horta Filho*

## **172 | A Importância do *Compliance* para Prevenção ao Crime de Lavagem de Bens, Direitos e Valores**

*Caroline Korolik Sister*

## **187 | Isenção de IPTU como Forma de Melhor Gestão Financeira e Social**

*Marcello Sartore de Oliveira*

## **215 | As Subnotificações no Judiciário Carioca: Uma Pesquisa de Dados**

*Taíssa Romeiro*



# Apresentação

---

Prezados leitores,

A capa da Revista da EMERJ apresenta a deusa da justiça sem venda e com máscara, a simbolizar que o exercício da jurisdição se deve ajustar ao momento histórico marcado pela pandemia, que produz demandas judiciais definidas por perdas, dramas e conflitos cujas implicações os juízes, uma vez provocados, devem compreender, tentar prevenir e compor com um novo olhar; daí a imagem da deusa sem a venda e com máscara, a expressar o duplo compromisso de discernir e cuidar. Estima-se que os artigos e estudos a serem publicados no período que se inicia com este número, em correspondência a período que tende a prolongar-se por tempo indeterminado, retratem aquele duplo compromisso da magistratura fluminense com a nova realidade social, cultural, política e econômica, que se reflete sobre a aplicação do direito, que poderá ser dolorida, mas sempre buscará ser justa.

A Revista da EMERJ se renova e oxigena seus textos nesta nova gestão da Escola da Magistratura, para transmitir a inusitada experiência a que magistrados e outros profissionais do direito do país são desafiados, num espaço que cada vez mais aproxima sociedade e poderes públicos, estes servientes daquela, como se espera evolua o Estado Democrático de Direito. É por isso que a Revista da EMERJ encarna o compromisso permanente com a veiculação de temas inter e multidisciplinares, buscando aperfeiçoamento em sintonia com a comunidade, de modo a entretecer o pensamento tanto de profissionais no exercício funcional como de alunos e ex-alunos da Escola. O paradigma clássico de pensar o direito pelo viés jurisprudencial e legal segue sendo a tônica da nossa publicação, mas com abertura para trabalhos que explorem outras dimensões e metodologias do saber científico, promovendo permanente e profícuo diálogo.

Inaugura este número da Revista relevante reflexão proposta pelo Dr. Nilo Batista acerca do “Poder punitivo e a magistratura”, que bem retrata as angústias dos tempos atuais. Na sea-

ra tributária, o Dr. Diogo de Souza Sobral se debruça sobre tema de acentuada atualidade, acerca “Do cabimento da suspensão da inscrição na receita fazendária do contribuinte pelo descumprimento de obrigação acessória”. Adiante, o Dr. Hugo Filardi discute sobre as “Ações Probatórias Autônomas” previstas no Código de Processo Civil. Atualíssima cogitação move o artigo da Dra. Carla Izolda Fiuza Costa Marshall, sobre “Petróleo, Contrato de Partilha e sua recém Reforma”. No artigo denominado “Por que temer o juiz das garantias?”, o Dr. Marcelo Oliveira da Silva se ocupa de demonstrar a imprescindibilidade da efetivação do Juiz das Garantias no ordenamento jurídico processual. O Dr. Cássio Benvenuto de Castro apresenta discussão acerca da “Legitimação pelo contraditório na realização da perícia: a necessidade de oportunizar a nomeação de assistente técnico”. O Dr. Francisco Alves da Cunha Horta Filho externa reflexões sobre “A proposta de júri virtual e a necessidade de garantia de direitos dos acusados”, relevante para prevenir a disseminação do vírus. Da “Importância do *Compliance* para Prevenção ao Crime de Lavagem de Bens, Direitos e Valores” se ocupa o texto da Dra. Caroline Korolik Sister. A seguir, o Dr. Marcello Sartore de Oliveira traz contribuição sobre a “Isenção de IPTU como Forma de Melhor Gestão Financeira e Social”, de modo a analisar se a concessão da isenção significa, necessariamente, perda de arrecadação ou se, em respeito ao mínimo existencial, poderá significar maior eficiência na arrecadação e na destinação do imposto predial. Por último, a Dra. Raíssa Romeiro analisa aspecto que se mostra aflitivo na dimensão social e econômica da atuação judicial: “As subnotificações no Judiciário carioca: uma pesquisa de dados”, mercê da qual, à vista de elementos coligidos nas sete Varas Empresariais do TJ/RJ, traça o perfil do aumento de recuperações e falências.

Os avanços do conhecimento científico nas últimas décadas proporcionaram conquistas inéditas em termos de bem-estar e liberdades individuais, mas não necessariamente para todos, o que faz com que nossa Revista tenha, a cada dia, mais interesse de publicar artigos dispostos a discutir novas fórmulas da eter-

na busca da conciliação entre liberdade e segurança, a retratar o empenho, sem desfalecimento, dos saberes científicos compartilhados para o constante aprendizado de toda a comunidade acadêmica, em que se insere a contribuição do direito.

Estaremos sempre na expectativa de veicular estudos de magistrados, ativos ou aposentados, de alunos e ex-alunos da EMERJ e de profissionais do direito empenhados em outras esferas de atuação, para que as páginas desta Revista, reitere-se, “retratam aquele duplo compromisso da magistratura fluminense com a nova realidade social, cultural, política e econômica, que se reflete sobre a aplicação do direito, que poderá ser dolorida, mas sempre buscará ser justa”.

**JESSÉ TORRES**

Coordenador Editorial



# O Poder Punitivo e a Magistratura

**Nilo Batista**

*Professor titular de direito penal que foi da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Universidade Candido Mendes.*

A propedêutica do direito penal oferece ao iniciante algumas ciladas cuja longa sobrevida sugere disponham elas de alguma utilidade. Uma delas, bem simples e de fácil superação, está na ambivalência da expressão “direito penal”. Numa palestra proferida em 1971, Sebastian Soler chamava de “equivoco” o fato de tal expressão ser “empregada tanto para designar uma parte do direito legislado como para designar a ciência do direito penal”<sup>1</sup>. Para evitar incertezas, basta reservar a expressão para o saber jurídico que se ocupa da interpretação e sistematização das normas penais e usar “legislação penal”, “programação criminalizante” ou outra designação similar para referir-se ao objeto daquele saber, como propõem Raúl Zaffaroni e outros<sup>2</sup>. O nome da ciência (direito penal) estaria inconfundível com o nome do objeto da ciência (a legislação penal).

Bem mais complexo será desvelar para o iniciante o conceito de poder punitivo, por conta, entre outros, de dois obstáculos epistemológicos sobre os quais nos deteremos. Estamos aqui recorrendo a uma categoria de Gaston Bachelard, para quem “o ato de conhecer dá-se sempre *contra* um conhecimento anterior, destruindo conhecimentos mal estabelecidos, superando o que, no próprio espírito, é obstáculo à espiritualização”<sup>3</sup>. Basta considerar o percurso do conceito de culpabilidade ao longo do século

---

1 Conceito e objeto do direito penal, em Revista de Direito Penal, n° 4, p. 31.

2 Direito Penal Brasileiro, v. I, p. 38.

3 A Formação do Espírito Científico, p. 17.

XX para constatar como Bachelard estava certo. Os dois obstáculos epistemológicos que se antepõem à emergência do conceito de poder punitivo na teoria geral do direito penal residem: 1º) na concepção de um direito penal subjetivo; 2º) na pretensão da teoria geral do processo de equalizar o penal ao civil. Ao contrário do que possa parecer, os dois obstáculos operam em regime de colaboração e se retroalimentam, como buscaremos perceber.

A concepção de um direito penal subjetivo, no sentido de uma faculdade (ou pretensão) do Estado correlacionável à obrigação do réu de submeter-se à pena, é artificiosa e, a rigor, incompatível com o próprio Estado de direito respeitoso da estrita legalidade. Sim, se a lei penal deve ser aplicada nos exatos termos de seus comandos, sem ultrapassá-los, mas também sem eludi-los, as agências do sistema penal que as aplicam não exercem nenhuma faculdade, mas sim um poder cuja regulamentação jurídica atrela sua realização a um dever, daí resultando um poder-dever. Nos crimes de ação penal pública, a esmagadora maioria deles nos dias de hoje, a polícia obrigatoriamente investiga e o Ministério Público obrigatoriamente propõe a ação penal, ambos submetidos rigidamente às leis penais e processuais-penais. Tampouco existe, como anotou Francesco Antolisei, qualquer dever do réu de submeter-se à pena; ao contrário, “é a ela submetido”<sup>4</sup>. Também Aníbal Bruno se escandalizava com ser “a submissão do réu à pena (...) tomada como cumprimento de uma obrigação jurídica”<sup>5</sup>. Aliás, o saudoso mestre pernambucano em seu livro intitulava o tópico correspondente da seguinte forma: “Do suposto direito penal subjetivo”<sup>6</sup>. Em suma, não existe – salvo em alguns manuais de direito penal – não existe um *ius puniendi*, mas sim existe uma *potestas puniendi*. Saudemos os tributaristas, que não perdem seu tempo com discursos ociosos de legitimação do tributo e falam diretamente de um “poder de tributar”, como, por exemplo, Hugo de Brito Machado<sup>7</sup>; para ser

<sup>4</sup> *Manuale di Diritto Penale*, P.G., p. 37.

<sup>5</sup> *Direito Penal*, v. I, t. I, p. 21. Há pelo menos três décadas, tento repassar aos estudantes a lição de Bruno (cf. Batista, Nilo, *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, pp. 106 ss.).

<sup>6</sup> *Op. cit.*, p. 19.

<sup>7</sup> *Comentários ao Código Tributário Nacional*, v. I, p. 143.

tributarista não é indispensável amar o tributo. É verdade que Hobbes mencionou um direito de punir que pertenceria ao soberano<sup>8</sup>, porém tal direito proviria da transferência a ele pelos súditos de seu direito à autodefesa incompreensivelmente travestido em direito de punir<sup>9</sup>. Mas foi o próprio Hobbes quem, em passagem lapidar, deixou claro que o mal apelidado magistério penal não só exprime o exercício de um poder, mas representa o maior poder entre todos aqueles de que dispõe o soberano:

“Portanto, como é necessário, para a segurança dos particulares – e, por conseguinte, para a paz comum – que o direito de usar o gládio do castigo seja transferido a algum homem ou conselho, necessariamente se entende que este tenha direito ao poder supremo na cidade. Pois quem tem o direito de punir à sua discricão tem direito a compelir todos os homens a fazerem todas as coisas que ele próprio quiser; e não se pode imaginar poder maior que este”<sup>10</sup>.

Locke praticamente identifica poder punitivo com poder político, frisando mais de uma vez tratar-se de um poder destinado essencialmente à conservação da propriedade<sup>11</sup>.

Não existe direito de punir, mas existe um poder de punir, juridicamente regulamentado no Estado de direito, que Hobbes assinalou como o maior entre todos. Conhecer a realidade social desse poder é encargo da criminologia e da política criminal, essa última concebida não como a “legislação do futuro”, qual pretendia von Liszt<sup>12</sup>, nem como um “direito penal dinâmico”, qual propunha Asúa<sup>13</sup>, e sim como a *ciência política do poder punitivo*. Quanto mais a política criminal se aproximar da ciência política, mais equipada metodologicamente estará para a compreensão específica desse poder, maior entre todos, cujo exame histórico revela vertentes aterrorizadoras. Mas a domesticação normativa

<sup>8</sup> Leviatã, p. 182.

<sup>9</sup> Como observou Marcus Alan de Melo Gomes, tal “direito de punir não foi, portanto, dado ao soberano; foi-lhe deixado” (Hobbes, direito penal do inimigo e Estado democrático de direito, p. 85).

<sup>10</sup> Do Cidadão, p. 118 (cap. VI, 6).

<sup>11</sup> Segundo Tratado sobre o Governo, pp. 14, 62 e *passim*.

<sup>12</sup> *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, p. 13.

<sup>13</sup> *La Política Criminal en las Legislaciones Europeas y Norteamericanas*, p. 9.

do poder punitivo, segundo os filtros da legalidade, da constitucionalidade e da racionalidade, constitui a indelegável tarefa do direito penal enquanto saber jurídico.

Removido o primeiro obstáculo epistemológico à compreensão do poder punitivo, que reside na difundida concepção de um direito penal subjetivo estatal, concepção que encobre ideologicamente o claro exercício de poder estatal que temos na persecução e na execução penal, passemos ao segundo, acima referido como a pretensão da teoria geral do processo de equalizar o penal ao civil.

Antes de mais nada, cumpre realçar o merecimento da produção teórica processual brasileira a partir daquilo que Ada Pellegrini Grinover chamou de “escola processual de São Paulo”<sup>14</sup>. Não obstante, parece que a ficção do direito penal subjetivo é confortavelmente reciclada por categorias jurídicas processuais, o que leva muitos processualistas a insistirem nela. Tomemos um discípulo direto de Enrico Tullio Liebman, e um discípulo especialmente talentoso: Frederico Marques. Ele sabia claramente que “o Estado tem o direito de punir apenas nos casos expressamente determinados pelo direito objetivo”<sup>15</sup>. Ora, um direito que só pode ser exercido nos estritos casos previstos e sob rígidas condições estabelecidas em lei somente num hospício poderia ser chamado de faculdade; apesar disso, Frederico Marques considerava a objeção à existência do *ius puniendi* “irrelevante e inconsistente”<sup>16</sup>.

Abramos aquele livro seminal de 1974, que em certo sentido foi o estopim para a grande difusão da disciplina acadêmica que era também seu título: Teoria Geral do Processo, de Araújo Cintra, Ada P. Grinover e Cândido Dinamarco. Leiamos uma passagem explicativa das similaridades entre jurisdição penal e civil:

“Basta lembrar que o ilícito penal **não difere em substância** do ilícito civil, sendo diferente **apenas** a sanção que os caracteriza”<sup>17</sup>(grifamos).

<sup>14</sup> Suas origens e expansão em O Processo em Evolução, pp. 3 ss.

<sup>15</sup> Elementos de Direito Processual Penal, v. I, p. 11.

<sup>16</sup> Op. cit., p. 10.

<sup>17</sup> Teoria Geral do Processo, p. 94.

Antes de mais nada, este “*não difere em substância*” é discutível pelo menos desde 1867, desde o famoso estudo de Ihering sobre o momento da culpa no direito privado romano. O ilícito penal é integrado pelo injusto (conduta típica e ilícita) e pela culpabilidade. Mesmo do injusto penal não se pode dizer que “*não difere em substância*” do civil, porque a tipicidade não pode ser estruturada a partir da analogia, procedimento completamente viável para o injusto civil. Não há ilícito penal sem culpabilidade, mas o ilícito civil é frequentemente imputado em regime de responsabilidade objetiva. A distinção iheringiana entre “injusto subjetivo” como “lesão jurídica culpável” e “injusto objetivo” como “lesão jurídica inculpável”<sup>18</sup> por si só revela diferenças essenciais entre o ilícito penal e o civil, pelo menos para quem leva a sério as graves exigências colocadas pela culpabilidade.

Outros problemas surgem do otimismo com o qual os ilustres Autores afirmam que a diferença entre o ilícito penal e o civil residiria “*apenas*” na sanção a elas cominada. “*Apenas*”? *Apenas*! Será irrisória a distância entre as sanções restitutivas ou compensatórias do direito privado – cujas cláusulas penais em geral apenas beliscam o patrimônio do vencido – e a pena, essencialmente inflição autorizada e (mal)medida de sofrimento através da radical supressão de direitos? Mesmo a violenta coerção direta, administrativa (agentes da defesa civil despejam a família da casa prestes a desabar) ou processual (a prisão em flagrante do agressor armado), se justifica cabalmente pela remoção de um dano iminente. Não assim a pena, medida sancionatória sempre executada a frio, inevitavelmente distanciada do conflito criminalizado ao qual pretende responder. No processo civil, o *decisum* é construído dialética e horizontalmente: o autor demarca seu pedido, que o réu negará, confessará ou recortará (e eventualmente reconvirá, contrapondo ao autor seu próprio pedido); se ao longo do procedimento reajustarem seus interesses, dispensarão a jurisdição. No processo penal, o *decisum* é construído ortodoxa e verticalmente. Enquanto o processo civil *encontra uma solução* para o conflito, no processo penal *profere-se uma decisão*

<sup>18</sup> Ihering, Rudolph von, *El Elemento de la Culpabilidad en el Derecho Privado Romano*, p. 62.

habilitante de poder punitivo; sem dúvida nenhuma, um ato de poder que o Estado de direito trata de regular meticulosamente, mas que os regimes autoritários e as forças antidemocráticas que tentam alavancar o Estado de polícia gostam de exercer sem limites e sem controle. O chorrilho de asneiras destiladas no último ano a propósito da legítima defesa presumida que se pretendeu reinventar revela bem a pulsão pelo livre exercício do poder punitivo – naturalmente, nas vestes mais limpas de um direito subjetivo do Estado.

Aproximar a pena das demais sanções jurídicas tem como efeito ideológico disfarçar a brutalidade das execuções penais. No esqueminha do direito subjetivo, o condenado seria apenas um devedor apanhado pelo credor, levado à cadeia e nela mantido até pagar a dívida, como naquela lei baixo-medieval portuguesa segundo a qual o devedor que “non pagar avendo per hu (...) seia preso e non seia sollto taa que pague saluo se o Senhor da diuida quiser”<sup>19</sup>. Basta colocar o Estado na posição de credor e aí está o modelito teórico do direito penal subjetivo; se o devedor pagar tudo (em dinheiro, se o débito tiver natureza tributária, ou em tempo nos demais casos), o “Senhor da dívida” o deixará ir em paz.

Aproximar o processo penal do civil pode ter efeitos nefastos. Não ingressaremos na duvidosa categorização da *lide* procesual penal. Essa questão está levantada pelo menos desde 1928, desde a polémica entre Calamandrei e Carnelutti, mencionada entre nós por Galeno Lacerda<sup>20</sup>. Para Calamandrei, não havia *lide* no processo penal; Carnelutti, duas décadas mais tarde, tentaria situar a *lide* entre “o acusado e a parte lesada”<sup>21</sup>; Frederico Marques entrevistou-a entre o fictício direito penal subjetivo estatal e o direito à liberdade do acusado<sup>22</sup>. Nosso Jacinto Coutinho já disseceu magistralmente o tema em 1989<sup>23</sup>. Por si só, tal questão

19 Albuquerque, Martim de – Borges Nuno, Eduardo (orgs.), Ordenações del-Rei Dom Duarte, p. 206. A lei é de D. Diniz.

20 Teoria Geral do Processo, p. 65.

21 *Cuestiones sobre el Proceso Penal*, p. 47.

22 *Elementos...*, cit., pp. 11-12.

23 A *Lide* e o Conteúdo do Processo Penal.

mereceria um extenso desenvolvimento que encontrará Autores habilitados na nova geração brasileira de processualistas-penais críticos. Há umas transposições inquietantes: o que seria a “efetividade” no processo penal? O indicador estaria na quantidade das sentenças condenatórias? Concluiríamos que Robespierre teria sido o fundador da moderna efetividade processual-penal? Fiquemos apenas em alguns efeitos da equiparação entre processo penal e civil.

Pensemos na participação do juiz no processo, tema abordado com elegância pelo saudoso José Carlos Barbosa Moreira. Um juiz civil proativo, que, a despeito da prova pericial, dirija-se pessoalmente até o condomínio para observar *in loco* a obra cuja legalidade se contesta e cuja demolição se pede, pode ser saudado como alguém que se capacitou para decidir com melhores conhecimentos. Já no processo penal, o juiz que protagoniza a produção da prova é um inquisidor, um investigador, um juiz de instrução ao qual jamais poderia tocar o julgamento do caso; na feliz expressão de Geraldo Prado, tal juiz “na prática torna dispensável o processo”<sup>24</sup>. As reações corporativas à criação do chamado *juiz de garantias* revelam o quanto a cultura inquisitorial está incrustada em círculos dirigentes da magistratura.

Vejamos o problema da “razoável duração do processo” e da “celeridade de sua tramitação”, desde 2004 garantia individual (art. 5º inc. LXXVIII CR). Como regra geral, quanto mais rapidamente for dirimido o conflito civil entre duas partes, melhor para elas e para o aparelho judiciário. Mas sabemos que há processos cíveis que perduram por décadas em razão de complexidades inextricáveis, como se dá, por exemplo, quando a urbanização ocupa celeremente áreas cujos títulos de domínio têm raízes em cadeias de fontes documentais divergentes ou antagônicas. Mas o processo penal muito expedito costuma converter-se em justificação judicial sob intensa pressão da mídia. Regimes autoritários adoram juízes rápidos no gatilho. Não podemos deixar sem registro, aqui, a licenciosidade com a qual a mídia noticia e opina sobre procedimentos criminais em andamento, em franca

<sup>24</sup> Sistema Acusatório, p. 109.

violação da presunção de inocência e do direito a um julgamento justo. Tal licenciosidade expõe à maledicência pública magistrados comprometidos com as garantias processuais ao mesmo tempo em que enaltece os pistoleiros togados. Tal licenciosidade é terminantemente proibida nos Estados Unidos. Fiquemos num só exemplo. Nos anos cinquenta, o médico Sam Sheppard foi acusado de espancar e matar sua esposa. O caso despertou interesse da imprensa. Um jornal estampou a seguinte manchete: “*por que Sam Sheppard não está na cadeia?*”, tendo ele sido preso no mesmo dia. Julgado e condenado, dirigiu-se à Corte Suprema, que anulou a condenação pela interferência da mídia, afetando o direito a um julgamento justo. Quem quiser conferir, é Sheppard vs Maxwell 384 US.333. Há diversos outros precedentes similares. Curiosamente os partidários da importação incondicional de produtos jurídicos estadunidenses – como a “cegueira deliberada”, a prima casca-grossa do dolo eventual – neste único ponto preferem a prática brasileira. O processo penal tem um tempo de amadurecimento, de consolidação da prova, da procura exaustiva de um contra-índice que talvez reverta o sentido de um documento ou de uma gravação, da dissolução do escândalo sensacionalista que possa ter ocorrido em sua origem. Tribunais nazistas não pensavam assim, e há entre nós muita gente que continua não pensando assim.

A reação à pretensão da teoria geral do processo de equalizar o penal ao civil já foi desencadeada por diversos representantes da nova geração brasileira de processualistas-penais críticos. Todos nos lembramos do espirituoso artigo no qual Carnelutti comparava a ciência do processo penal à Cinderela, vivendo entre duas irmãs “belas e prósperas” (a ciência do direito penal e a ciência do processo civil) sua “infância e adolescência infelizes”<sup>25</sup>. Pois nosso Aury Lopes Jr. já fez a pergunta decisiva: “quando Cinderela terá suas próprias roupas”? Afinal, prossegue, “o processo penal possui suas categorias jurídicas próprias, sua diversidade inerente, e não mais se contenta em usar as ves-

---

25 *Cuestiones...*, cit., pp. 15 ss.

tes da irmã”<sup>26</sup>. Quando isso acontecer, estarão ruindo fragorosamente muitos daqueles mitos processuais-penais dos quais se ocupou Rubens Casara<sup>27</sup>.

Superar os dois obstáculos epistemológicos tratados, essas duas ilusões teóricas que espocam no ar como bolhas de sabão, significa reconhecer não apenas que o processo penal dispõe de peculiaridades impeditivas de sua completa assimilação ao civil e que não existe direito penal subjetivo, e sim poder punitivo, mas também que os procedimentos criminais constituem o canal burocrático para o exercício do poder punitivo. Aqui se abre outra linha de investigação. Toda a formação penalística concebe a criminalização secundária, ou seja, a concreta atribuição de um delito a alguém, de uma perspectiva individualizante: trata-se de um determinado sujeito, imputável e culpável, ao qual se aplicará uma pena individualizada (em caso de concurso de agentes, caberá a mesma individualização para cada um deles). Se por um lado isso responde a exigências do princípio da culpabilidade, por outro tende a isolar o conflito de seu contexto histórico até reduzi-lo a um problema ético, com o auxílio do conceito de “reprovabilidade” que Frank há mais de século incrustou na culpabilidade<sup>28</sup> e que fomenta muitas vezes um moralismo vulgar: perante a autonomia moral da pessoa, o juiz pode (aferidas tipicidade, ilicitude e culpabilidade em sua conduta) condenar o réu, jamais repreendê-lo ou – pior – insultá-lo. A formação penalística, portanto, adentra-nos para olhar o caso isoladamente, como um biólogo atento à matéria na lâmina de seu microscópio. Quando o biólogo perceber em muitos exames a repetição de dados que sugiram uma epidemia, notificará as autoridades sanitárias, que se interessarão pela origem da epidemia e pelas medidas para revertê-la. Quando o juiz criminal decide o centésimo caso semelhante – pela extração social dos réus, pelas circunstâncias da prisão, pelas provas etc. – ele tem todo o direito de desconfiar que sua jurisdição está sendo em-

---

26 Direito Processual Penal, v. I, pp. 33 ss.

27 Mitologia Processual Penal, pp. 139 ss.

28 Frank, Reinhard, *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*.

pregada num projeto maior, num grandioso projeto de controle punitivo de certos estratos sociais.

Desde a obra *Punição e Estrutura Social*, de Georg Rusche e Otto Kirchheimer, para muitos fundacional da criminologia crítica, as relações entre o modo de produção e o sistema penal ficaram mais visíveis. A privação da liberdade foi a pena por excelência do capitalismo industrial: medida em tempo, como o salário, e disciplinadora da mão de obra. É de fácil compreensão o sistema penal do capitalismo industrial: de um lado, a fábrica, e de outro a penitenciária; na praça entre os dois edifícios, vagabundeia o exército de reserva que garante o nível dos salários; basta criminalizar greve e vadiagem, e a receita está completa. Uma visão menos perfunctória desse sistema penal reside no indispensável *Cárcere e Fábrica*, de Dario Melossi e do saudoso Massimo Pavarini. Porém mesmo o mais distraído dos juristas terá percebido que as coisas mudaram, e à atual hegemonia do capital vídeo-financeiro transnacional correspondem transformações que atingem a legislação (quem já tinha ouvido falar anteriormente em crimes chamados lavagem de dinheiro ou publicidade de emboscada?), o funcionamento do sistema penal (como não percebemos anteriormente que tínhamos quase um milhão de pessoas a serem presas e mais do que isso a serem vigiadas?) e mesmo alguns fundamentos do direito penal – nesse último caso, não sem resistência. Da ampla literatura que se ocupa dessas transformações, que outorgaram à questão criminal uma centralidade só observada em experiências históricas autoritárias, mencionarei apenas Loïc Wacquant (cuja fórmula expressiva, a substituição do Estado social de direitos pelo Estado penal, correu mundo). Alessandro De Giorgi (*A Miséria Governada pelo Sistema Penal*) e Jonathan Simon (*Governando pelo Crime*) são outras contribuições importantes para compreender as novas funções que o sistema penal desempenha no novo cenário econômico. Não nos iludamos: o crime compensa. As ações das empresas que exploram penitenciárias privadas integram o índice Nasdaq, da chamada “nova economia”. Aquilo que Nils Christie chamou de indústria do controle do crime movimenta em equipamentos (de câmeras a armas, de carros a

alarmes) e serviços (vigilantes privados) um volume impressionante de recursos e de pessoas: em 1991, nos Estados Unidos, a segurança privada gastou U\$ 52 bilhões e empregou 1.500.000 pessoas, enquanto a pública gastava U\$ 30 bilhões e empregava 600.000 pessoas<sup>29</sup>. Em 2007, Paul Wright estimava em 750.000 o número de empregados diretos só na indústria da hotelaria punitiva<sup>30</sup>. Os negócios do crime vão de vento em popa, e avançam junto com o avanço do poder punitivo.

O magistrado criminal tem que fazer uma opção perante o permanente atrito entre o poder punitivo, tendencialmente expansivo como todo poder, e o direito penal, saber jurídico ao qual toca conter o poder punitivo pelos filtros da legalidade, da constitucionalidade e da racionalidade. O expansionismo do poder punitivo se revela nas inúmeras disputas entre agências do sistema penal: entre a Polícia civil e a militar, entre o Ministério Público e a Polícia civil, entre ministérios públicos distintos, entre o Supremo Tribunal Federal e a Procuradoria Geral da República (caso do inquérito judicial regimental) etc. Mas tal expansão ocorre também pela via legislativa (elevação das escalas penais, criação de novos tipos legais, endurecimento da execução penal etc.) e pela via jurisprudencial (valha-nos como único e espetacular exemplo a “criminalização” analógica da homofobia com base na discriminação racial proposta pela Corte Suprema). Um poder punitivo descontrolado corrói as instituições democráticas e se instaura como o coração pulsante do regime autoritário que sobrevirá. Está aí uma das grandes responsabilidades do magistrado no Estado de direito: impedir o advento do Estado de polícia pelas banalizações da violência punitiva.

A total estatização processual do poder punitivo, da qual decorre a fábula da substituição processual para explicar o caluniado em juízo, e sua alocação funcional ao Ministério Público representará o formato mais democrático? Muitas vezes entre os pais fundadores do penalismo liberal não o endossariam. Gaetano Filangieri pensava que a reforma do direito absolutista – que

<sup>29</sup> Christie, Nils, *A Indústria do Controle do Crime*, pp. 108-109.

<sup>30</sup> *The cultural commodification of prisons*, p. 100.

resultava de uma multiseccular acumulação primitiva de poder punitivo – deveria restituir ao cidadão o direito de acusar tanto quanto coibir seu abuso<sup>31</sup>. A recente lei que criminalizou o abuso de autoridade (lei não 13.869, de 5.set.19) foi objeto de inúmeras censuras, nenhuma das quais endereçada à disposio que expropriou a vítima de seu conflito e entregou a decisão de processar ou não ao Ministério Público (art. 3o), ou seja, a um provável conhecido, ou amigo, ou colega, ou conhecido do amigo ou do colega do autor do abuso. Será isso republicano?

O juiz criminal escolhe entre ser um facilitador do poder punitivo ou ser, precisamente ao contrário, o diligente examinador da legalidade, constitucionalidade e racionalidade do poder punitivo que so ele, após o devido processo, pode habilitar. Cabe-lhe evitar o que Garapon chamou de “tentao populista”<sup>32</sup>, que costuma acometer aqueles sensíveis às seduoes da boa imagem na mídia. Cabe-lhe precaver-se contra os “terraplanistas” do direito penal e contra a enfiadura de tolices que constitui o evangelho deles. Cabe-lhe não se conformar com a naturalizao das violências do sistema penal, cujas agências policiais mataram no Rio de Janeiro, em 2019, cerca de 1800 pessoas – média de 150 por mês, de 5 por dia. Que tribunal no mundo alcançaria “efetividade” similar?! E ainda há “terraplanistas” que acreditam firmemente que a pena de morte resolveria tudo.

O ano passado (2019) não foi apenas de retrocessos e perplexidades. Em 15 de novembro, o Papa Francisco recebeu participantes do XX Congresso da Associao Internacional de Direito Penal. De sua bela alocuo, transcrevamos uma passagem:

“Concretamente, o desafio atual para todo penalista é conter a irracionalidade punitiva que se manifesta, entre outros inconvenientes, no encarceramento em massa, superlotao e tortura nas prisões, arbítrio e abusos das forças de segurança, expansão do âmbito da pena, criminalizao dos protestos sociais, abuso da prisão preventiva e repúdio às mais elementares garantias penais e processuais”.

<sup>31</sup> *Ciencia de la Legislacio*, v. I, p. 607.

<sup>32</sup> O Juiz e a Democracia, p. 65.

Bom, parece que se alguém é infalível em certa doutrina (no caso, a católica apostólica romana), suas chances de acertar em outro corpo doutrinário são imensas!

Encerremos com o estudo de um caso bem instrutivo, mas para desfrutar de todas as suas virtualidades pedagógicas, convém retroceder alguns séculos. Os estados nacionais europeus foram politicamente viabilizados através de uma acumulação de poder punitivo que, a partir do século XIII, começa a concentrar-se na figura do rei. Tal acumulação se realizou às custas não só da vítima – cujo dano material começa a ser menos valorizado do que a infração à lei do soberano –, mas também das justiças senhoriais características do mundo feudal, do antigo dever-direito da vingança, do *pater* (que ainda exercia poder punitivo doméstico), do asilo eclesial e de outras fontes que ora não nos interessam. No último quartel do século XVI, o jurista e magistrado francês Jean Bodin publicou uma obra que não só fez enorme sucesso, alcançando quarenta edições até a metade do século XVII, como se tornaria um clássico da ciência política moderna pela concepção algo inovadora de soberania: os Seis Livros da República. O que aqui nos interessa, contudo, é uma passagem marginal, onde Bodin se detém sobre como deve o soberano manobrar as penas e as recompensas. Ei-la:

“Porém como as penas em si são odiosas e as recompensas favoráveis, os Príncipes bem esclarecidos se acostumaram a remeter as penas aos magistrados e reservar para si as recompensas para adquirir o amor dos súditos e esquivar-se a sua malevolência; e esta é a causa pela qual os juriconsultos e magistrados trataram amplamente das penas e bem pouco tocaram as recompensas”<sup>33</sup>.

Ficamos com a pior parte, é claro, mas uma divisão política de funções estava selada. As formas de um direito da graça (*Gnaderecht*) em mãos do soberano estavam concluídas nas monarquias absolutistas<sup>34</sup>. Não significa isso que a graça não tenha

33 Bodin, Jean, *Les Six Livres de la République*, v. V, pp. 97-98.

34 Zagrebelsky, Gustavo, *Amnistia, Indulto e Grazia*, p. 27.

existido na Antiguidade, bastando-nos recordar aquilo que Sêneca escreveu para seu discípulo, já então imperador: “qualquer um pode matar em desacordo com a lei, mas salvar uma vida em desacordo com a lei é sua exclusiva prerrogativa”<sup>35</sup>. A Revolução Francesa, naturalmente, cassou tal poder ao rei, mas foi ele exercido por algumas assembleias e depois outorgado ao Primeiro Cônsul; só em 1843 a competência se bipartiu, ficando a anistia para o Legislativo e a graça para o Executivo<sup>36</sup>.

Montesquieu enalteceu as propriedades políticas da clemência<sup>37</sup>. Também Kant o fez, frisando ser ela “de todos os direitos do soberano aquele que dá mais brilho a sua grandeza”. Contudo, para o filósofo, nos “crimes dos súditos uns contra os outros”, a graça configuraria uma injustiça, e assim o direito do soberano estaria limitado aos delitos contra ele próprio, ou seja, ao amplo terreno do lesa-majestade<sup>38</sup>. Por dois ângulos é compreensível a posição de Kant. De um lado, para ele “a lei penal é um imperativo categórico”<sup>39</sup>, ou seja, prescreve uma ação necessária por si mesma e autofundamentada, sem qualquer outra finalidade ou propósito; basta recordar o exemplo insensato da obrigação de executar o último condenado mesmo após a dissolução da sociedade civil. Bom olfato teve Nietzsche ao registrar que “o imperativo categórico cheira a crueldade”<sup>40</sup>. Por outro lado, perdurou até o século XVIII a prática de, em (in)certos casos e sob (in)certas condições, a solicitação de graça ao rei ser instruída com o perdão da vítima ou de seus parentes. Num estudo precisamente sobre o tema, Tomás y Valiente informava que “um dos requisitos normalmente considerados para a concessão do indulto real era a existência de perdão da parte (ou mais exatamente a inexistência de querela), motivo pelo qual era sempre útil ao solicitante do indulto a escritura do perdão”<sup>41</sup>. Essa prática e a

35 Tratado sobre a Clemência, p. 53 (III [1,5], 4).

36 Saraiva de Moraes, Rilda, O Poder da Graça, p. 5.

37 Do Espírito das Leis, v. I, p. 119.

38 *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*, p. 175.

39 Op. cit., p. 167.

40 *Genealogia da Moral*, p. 55.

41 *El perdón de la parte ofendida en el Derecho penal castellano (siglos XVI, XVII y XVIII)*, em *Obras Completas*, v. IV, p. 2909.

concepção sacral da pena explicam porque, para Kant, o sujeito passivo do delito – e não o soberano cuja lei foi violada – era o senhor do poder da graça. Digamos que a opinião do filósofo nesse passo ateu-se mais aos costumes do que à sua metafísica.

O fato é que o poder da graça, repartido no Brasil entre o Congresso Nacional, com sua atribuição exclusiva sobre anistia (art. 48, inc. VIII, CR), e o Presidente da República, a quem toca “privativamente” (art. 84, inc. XII, CR) “conceder indulto e comutar penas com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei”, configura, nas palavras do mestre Paulo Bonavides, “uma das mais perfeitas e poderosas técnicas da concepção liberal (...) que o Estado tem a seu dispor para cicatrizar feridas no organismo político da nação”<sup>42</sup>. A tal poder impôs a Constituição da República alguns limites: são “insuscetíveis de graça ou anistia” os crimes de tortura, o comércio de drogas ilícitas, o terrorismo e os integrantes da classe dos (mal)chamados “crimes hediondos”, como expressamente nela demarcado (art. 5º, inc. XLIII).

As coisas estavam assim quando sobreveio o Decreto nº 9.246, de 21.dez.17, concedendo o chamado indulto de Natal. Subscrito por um Presidente da República politicamente desgastado, o decreto não se afastava muito dos modelos anteriores, inclusive quanto à maior abrangência. Logo após a promulgação da Constituição, no governo José Sarney, a pena máxima dos crimes indultados era de 4 anos; passou para 6 anos com Fernando Henrique Cardoso; foi para 8 anos no segundo governo Lula e para 12 no governo Dilma Rousseff e no decreto de 2016 – já editado por Michel Temer. Havia, pois, uma tendência a suprimir tal requisito, talvez porque alguém no Conselho de Política Criminal e Penitenciária tenha chegado à brilhante conclusão de que condenados a penas longas não são menos merecedores de clemência do que condenados a penas menores, e quiçá a mereçam mais. Também a exigência do tempo de privação da liberdade efetivamente cumprido para não reincidentes condenados por crimes sem violência ou grave ameaça caía no decreto para 1/5 (um quinto). A imprensa – particularmente os colonis-

<sup>42</sup> Em Saraiva de Moraes, Railda, op. cit., Prefácio, p. X.

tas que diariamente opinam sobre questões judiciais sem nunca terem aberto um só livro de direito – não tinha dúvidas: o indulto representava nova investida contra a entidade *sui generis* denominada Lava-Jato.

A Procuradoria Geral da República (PGR) propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade contra o decreto. Em sua inicial, reconhecendo embora “que o indulto é ato discricionário e privativo do Presidente da República”, frisava que tal discricionariedade “deveria ser usada nos limites da Constituição”. Os únicos limites que o leitor minucioso da Carta encontrará nela residem na vedação do indulto aos crimes expressamente arrolados no artigo 5º, inciso XLIII; e do fato de ter a Constituição proibido a concessão do indulto a estes e apenas a estes se podem extrair consequências importantes e bastante óbvias. O requerimento da PGR ainda afirmava que “a finalidade constitucional do instituto (do indulto) é prevenir o cumprimento de penas corporais desproporcionais e indeterminadas”, sem se dar ao trabalho de explicar como é que se previne algo que já está ocorrendo (pode-se apenas remediar) e como seria possível no Brasil a aplicação ou execução de pena indeterminada. Para a PGR, haveria um limite do indulto no “livre exercício da função penal pelo Poder Judiciário”, elencando a seguir todos os objetivos proclamados pelas teorias legitimantes da pena e jamais demonstrados pela pesquisa empírica (“inibir práticas semelhantes por outrem”, “reabilitar o infrator” etc). Não fosse o bastante, a PGR assegurava que o decreto incidia na “vedação constitucional ao Poder Executivo para legislar sobre direito penal”, e ainda violava “os princípios constitucionais da separação dos poderes”. O último argumento só Freud dissecaria até o osso, porque quem estava tentando violar a separação de poderes era exatamente a PGR.

Como estávamos no recesso forense, foi o pedido de liminar submetido à presidência do Supremo Tribunal Federal, ocupada então pela eminente Min. Cármen Lúcia. Seleciono de seu despacho apenas uma passagem, com o seguinte teor: “Indulto não é nem pode ser instrumento de impunidade”. Essa palavra, “impunidade”, é um pouco marcada, não só por seu intenso uso

jornalístico e político-partidário pelo mais arraigado conservadorismo (deve ser a mais empregada no Parlamento pela chamada “bancada da bala”), mas sobretudo pelo paradoxo de ser empregada quando a punição efetiva, que só pode ser aferida pelo número de condenados, vive entre nós sua maior ascensão histórica. Substituindo-a pela palavra impunibilidade, que dispõe de cidadania jurídico-penal, teríamos que “indulto não é nem pode ser instrumento de impunibilidade”. Mas ele não é outra coisa senão isso, e exatamente isso! Basta ler o Código Penal: “extingue-se a punibilidade pela anistia, graça ou indulto” (art. 107, inc. II, CP). Ora, se nem a graça, que veio ao mundo precisamente para isso, pode opor-se ao poder punitivo, nada pode fazê-lo, muito menos qualquer princípio – como, por exemplo, os da legalidade e da culpabilidade, particularmente se flexibilizados no pau-de-arara metodológico neoconstitucionalista.

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro dirigiu-se ao relator, o eminente Min. Luís Roberto Barroso, demonstrando os efeitos catastróficos da suspensão de uma válvula que há três décadas estava incorporada à gestão penitenciária brasileira, com seus problemas drásticos de superlotação. O ilustre relator fez então uma espécie de revisão no decreto. O dispositivo que requeria o cumprimento de 1/5 (um quinto) da pena passou a exigir 1/3 (um terço), e foram expurgados dos efeitos do decreto os crimes de peculato, concussão, corrupção passiva e ativa, tráfico de influência, financeiros, licitatórios, lavagem de dinheiro e organização criminosa. Qualquer semelhança com o cardápio criminalizante da entidade *sui generis* Lava-Jato deve ser mera coincidência. Mas o que espanta aqui é como o relator superpõe suas convicções – acerca do tempo de cumprimento da pena e dos delitos que não merecem ser alcançados pelo indulto – às do Presidente da República, ao qual competiria “privativamente” (como reza a Constituição) decidir sobre a matéria. Durante algum tempo, vigorou entre nós um decreto redigido a quatro mãos: duas do Presidente da República, duas de um Ministro da Corte Suprema. Num trecho de suas anotações para o voto oral, o Min. Luis Roberto Barroso argumentou com o que chamou de

“exemplo aleatório”, embora aparentemente nada tenha de aleatório: “o Dep. Eduardo Cunha foi condenado em segundo grau de jurisdição a uma pena de 14 anos e 6 meses” e portanto seria beneficiado (o que não ocorreria com a exigência de 1/3 da pena cumpridos e o limite de 12 anos). E as dezenas de milhares de condenados a 14 anos e 6 meses fiquem assim alijados do indulto que seu colega célebre não pode receber por alguma razão que não está explicitada com clareza. O poder punitivo segue aqui o brado das torcidas belicosas nos estádios: “pega um, pega geral”.

Por maioria de votos, a Corte Suprema revogou a cautelar e julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, tendo liderado a divergência com extenso voto o eminente Min. Alexandre de Moraes. Ant3nio Manuel Hespanha viu no poder da graça um “res3duo daqueles anteriores poderes taumat3rgicos dos reis”<sup>43</sup>, sobre os quais Marc Bloch nos legou uma obra prima<sup>44</sup>. Se a sua opini3o for correta, parte de nossa Corte Suprema nesse epis3dio quase se aproximou da tradiç3o dos soberanos que curavam escr3fulas apenas impondo suas m3os aos pacientes s3ditos.

Esse caso tem caracter3sticas pol3tico-criminais 3nicas, porque revela como o poder punitivo, sempre 3 busca de expans3o, naquele instante resolveu investir at3 contra o poder da graça, seu 3nfimo e residual oponente. Um olhar negativo sobre a clem3ncia participou intensamente dos regimes autorit3rios do s3culo XX. Em 1934, o lema dos juristas nazistas era: “Antes: nenhuma pena sem lei! Agora: nenhum delito sem pena! (*Erst: keine Strafe ohne Gesetz! Jetzt: kein Verbrechen ohne Strafe!*)”. Express3es similares n3o infestam hoje enormes setores das m3dias sociais? A esperança de que a pena – que consiste, nada mais, nada menos, em imposiç3o de sofrimento a seres humanos – seja um instrumento de transformaç3o social 3 um equ3voco tr3gico, desmentido pela vocaç3o conservadora que a pena historicamente sempre revelou.

Uma frente de luta que mereceria a ades3o da magistratura democr3tica objetivaria uma alteraç3o no artigo 107, inciso IX,

<sup>43</sup> Cultura Jur3dica Europ3ia, p. 180.

<sup>44</sup> Os Reis Taumat3rgicos.

do Código Penal, que contempla com extrema avareza o perdão judicial, restrito aos escassos “casos previstos em lei”. Lutemos por um dispositivo genérico que ponha nas mãos de quem exerce poder punitivo a oportunidade de exercer clemência. Pense-se naquilo que os velhos penalistas chamavam de pena natural, já prevista entre nós (arts. 121, § 5º e 129, § 8º, CP): o motorista que imprudentemente causa um acidente no qual morre o filho que o acompanhava precisa de sofrimento penal?! Além da *restitutio in integrum* (art. 249, § 2º, CP), da provocação ou retorsão (art. 140, § 1º, CP) ou da motivação nobre (art. 242, par. ún., CP), que o legislador sovina restringe respectivamente à subtração de incapazes, à injúria e ao parto suposto – quando obviamente poderiam ser expandidos para hipóteses assimiláveis – inúmeras outras situações (por exemplo, imperativo de consciência, certos excessos em princípio puníveis etc.) mereceriam o perdão judicial. Um dispositivo genérico que mencionasse exemplificativamente os fundamentos já admitidos e estimulasse sua aplicação analógica conferiria ao poder punitivo que o juiz maneja um necessário contraponto, que, ao contrário do que pensariam alguns, na verdade representaria um aumento do poder jurisdicional.

O vigente culto à pena, disseminado na vida nacional, é talvez o maior perigo para o Estado de direito desenhado por nossa Constituição. A magistratura brasileira tem um papel relevantíssimo a cumprir nessa conjuntura, e esse papel não é outro senão conter o poder punitivo. O eixo da sociabilidade democrática não está no sofrimento, e sim na liberdade e no pão. Ou, mais exatamente, no pão e na liberdade. ❖

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albuquerque, Martim de – Borges Nunes, Eduardo (orgs.), *Ordenações del-Rei Dom Duarte*, Lisboa, 1988, ed. C. Gulbenkian
- Antolisei, Francesco, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Milão, 1969, ed. Giuffrè
- Araújo Cintra, Antonio Carlos – Grinovover, Ada Pellegrini – Dinamarco, Cândido R., *Teoria Geral do Processo*, S. Paulo, 1974,

ed. RT; Asúa, Luís Jimenez de, *La Política Criminal en las Legislaciones Europeas y Norteamericanas*, Madri, 1918, ed. L.G.V. Suárez;

Bachelard, Gaston, *A Formação do Espírito Científico*, Rio, 1996, ed. Contraponto;

Bloch, Marc, *Os Reis Taumaturgos*, trad. J. Mainardi, S. Paulo, 1993, ed. Cia das Letras;

Bodin, Jean, *Les Six Livres de la République*, Paris, 1986, ed. Fayard, 6 vols.;

Bruno, Aníbal, *Direito Penal*, P.G., Rio, 1959, ed. Forense, 3 vols.;

Carnelutti, Francesco, *Cuestiones sobre el Proceso Penal*, trad. S.S. Melendo, B. Aires, 1961, ed. Europa-América;

Casara, Rubens R.R., *Mitologia Processual Penal*, S. Paulo, 2015, ed. Saraiva;

Christie, Nils, *A Indústria do Controle do Crime*, trad. L. Leiria, Rio, 1998, ed. Forense;

Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda, *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*, Curitiba, 1989, ed. Juruá;

De Giorgi, Alessandro, *A Miséria Governada pelo Sistema Penal*, Rio, 2006, ed. Revan;

Filangieri, Gaetano, *Ciencia de La Legislación*, trad. J. Ribera, Madri, 2018, ed. B.O.E., 2 vols.;

Frank, Reinhard, *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*, trad. G.A. Aboso e Tea Löw, Montevideu, 2000, ed. B de f; Frederico Marques, José, *Elementos de Direito Processual Penal*, Rio, 1961, ed. Forens, 4 vols.;

Garapon, Antoine, *O Juiz e a Democracia*, trad. M. L. Carvalho, Rio, 1999, ed. Revan;

Grinover, Ada Pellegrini, *O Processo em Evolução*, Rio, 1996, ed. Forense;

Hespanha, António Manuel, *Cultura Jurídica Européia*, Florianópolis, 2005, ed. F. Boiteux;

Hobbes, Thomas, *Leviatã*, trad. H.G.Burati, S. Paulo, 2005, ed. Rideel;

do mesmo, *Do Cidadão*, Trad. R.J. Ribeiro, S. Paulo, 1992, ed. M. Fontes;

Ihering, Rudolph von, *El Elemento de la Culpabilidad en el Derecho Privado Romano*, trad. J. L. G. Dalbora, Montevideu, 2013, ed. B de f;

Kant, Immanuel, *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*, trad. A. Córdoba, México, 1978, ed. UNAM; Lacerda, Galeano, *Teoria Geral do Processo*, Rio, 2008, ed. Forense;

Locke, John, *Segundo Tratado sobre o Governo*, trad. A. Marins, S. Paulo, 2009, ed. Martin Claret;

Lopes Jr., Aury, *Direito Processual Penal*, Rio, 2010, ed. L. Iuris, 2 vols.;

Machado, Hugo de Brito, *Comentários ao Código Tributário Nacional*, S. Paulo, 2003, ed. Atlas, 2 vols.;

Melo Gomes, Marcus Alan, *Hobbes, Direito penal do inimigo e Estado democrático de direito*, em Busato, Paulo César (org.) *Thomas Hobbes Penalista*, Rio, 2012, ed. L. Iuris, pp. 67 ss;

Melossi, Dario e Pavarini, Massimo, *Cárcere e Fábrica*, trad. S. Lamarão, Rio, 2006, ed. Revan;

Montesquieu, *Do Espírito das Leis*, trad. F.H. Cardoso e L.M. Rodrigues, S. Paulo, 1962, ed. Difel, 2 vols.;

Nietzsche, Friedrich, *Genealogia da Moral*, trad. P.C. Souza, S. Paulo, 1998, ed. Cia das Letras;

Pradro, Geraldo, *Sistema Acusatório*, Rio, 2005, ed. L. Iuris;

Rusche, Georg e Kirchheimer, Otto, *Punição e Estrutura Social*, trad. G. Neder, Rio, 2004, ed. Revan;

Saraiva de Moraes, Raida, *O Poder da Graça*, Rio, 1979, ed. Forense;

Sêneca, Lucius Annaeus, *Tratado sobre a Clemência*, trad. I. Braren, Petrópolis, 1990, ed. Vozes;

Simon, Jonathan, *Governing Through Crime*, Nova Iorque, 2007, ed. Un.Oxford;

Soler, Sebastian, *Conceito e objeto do direito penal*, em *Revista de Direito Penal*, Rio, out.dez.1971, ed. Borsoi, n° 4, pp. 30 ss;

Tomás y Valiente, Francisco, *El perdón de la parte ofendida en el derecho penal castellano (siglos XVI, XVII y XVIII)*, em *Obras Completas*, Madri, 1997, ed. C.E.P.C, v. IV, pp. 2885 ss.;

Von Liszt, Franz, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlim, 1915, ed. W. Gruyter;

Wacquant, Loïc, *Punir os Pobres*, trad. S. Lamarão, Rio, 2007, ed. Revan;

Wright, Paul, *The cultural commodification of prisons*, em Herivel, Tara e Wright, Paul (orgs.), *Prison Profiteers*, N. York, 2007, ed. New Press (trad. bras. *Quem Lucra com as Prisões*, Rio, 2013, ed. Revan);

Zaffaroni, Raúl, *et alii*, *Direito Penal Brasileiro*, Rio, 2003, ed. Revan;

Zagrebelsky, Gustavo, *Aministia, Indulto e Grazia*, Milão, 1974, ed. Giuffrè.

# Do Cabimento da Suspensão da Inscrição na Receita Fazendária do Contribuinte pelo Descumprimento de Obrigação Acessória

**Diogo de Souza Sobral**

*Juiz de Direito do TJAP*

**RESUMO:** O presente artigo científico aborda a conceituação da sanção política no âmbito da fiscalização tributária, no sentido de que tal prática ilegal seja reconhecida, apenas, quando usada como meio de cobrança indireta para pagamento de tributos. Portanto, quando ocorrer o descumprimento de obrigações acessórias pelo sujeito passivo da relação tributária, é possível que sanções sejam impostas pelo fisco, desde que observados os princípios da legalidade tributária, do contraditório e do devido processo legal. Assim, caso haja previsão no ordenamento jurídico, é perfeitamente sustentável que haja a suspensão da inscrição nos cadastros do contribuinte, de modo a obrigar o contribuinte a realizar a regularização e promover justiça no âmbito da fiscalização.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Tributário. Obrigação Acessória. Suspensão. Cadastro de Contribuintes.

**SUMÁRIO:** I – Introdução. II – Obrigação principal e acessória. III – Obrigação tributária acessória no Direito Português. IV - Da suspensão da inscrição estadual em virtude de descumprimento de obrigação acessória. V – Considerações finais.

## I - INTRODUÇÃO

É cediço que os débitos decorrentes de obrigações tributárias devem ser buscados pelas vias adequadas – judicial (execução fiscal) ou extrajudicial (lançamento tributário e protesto de CDA) –, tendo em vista, notadamente, o princípio da legalidade, previsto nos artigos 5º, inciso II<sup>1</sup>, e 150, inciso I<sup>2</sup>, ambos, da Constituição Federal, e artigo 97, inciso V, do CTN<sup>3</sup>, os quais determinam a exigência de lei para a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas.

Desse modo, é pacífico o entendimento de que não se pode fazer a cobrança de tributos por meios indiretos, uma vez que a atividade desenvolvida pelo contribuinte devedor deve ser preservada. No entanto, ao deparar-se com o contencioso administrativo ou judicial tributário, é comum o Órgão Fazendário atuar nesse sentido. Nesses casos, conforme já afirmou o Supremo Tribunal Federal (ADI 173), referidos atos configuram nítidas “sanções políticas”, cabendo ao Poder Judiciário assegurar o direito ao exercício de atividades econômicas e profissionais lícitas<sup>4</sup>, e, principalmente, respeitar o devido processo legal substantivo (falta de proporcionalidade e razoabilidade de medidas gravosas)<sup>5</sup>.

Como exemplo de sanções políticas, pode-se mencionar a interdição do estabelecimento empresarial, a apreensão dos livros obrigatórios, maquinário e mercadorias imprescindíveis para funcionamento normal e adequado das operações

<sup>1</sup> II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

<sup>2</sup> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

<sup>3</sup> Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

(...)

V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;

<sup>4</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV - livre concorrência;

<sup>5</sup> LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

da empresa, e, até mesmo, a proibição total do exercício de atividade profissional.<sup>6</sup>

Interessante destacar que a *ratio* da Suprema Corte ao julgar o tema encontra-se no fato de que é ínsito a todo e qualquer contribuinte – sujeito passivo da relação tributária – ter o direito de impugnar eventuais débitos fiscais e promover o princípio da preservação da empresa, e não apenas do simples desempenho regular empresarial, mas da própria existência em si da atividade empresarial.

Outro argumento defendido pela Corte, de ordem extra-jurídica, mas não menos relevante, diz respeito a uma consequência lógica: uma empresa fechada e sem condições de lucrar, certamente, possuirá menos recursos para promover um processo administrativo ou judicial, tendo em vista o elevado custo de suportar com as despesas dos advogados e eventuais custas processuais, taxa judiciária e perícia contábil.

A propósito, a cobrança tributária por vias oblíquas motivou o Poder Judiciário na edição de diversos enunciados sumulares.<sup>7</sup>

Em resumo, a melhor interpretação a ser dada para configurar determinado ato da administração fazendária como sanção política é aquela imposta como meio de cobrança indireta para pagamento de tributos.<sup>8</sup>

---

6 Transcrição da manifestação do Prof. Hugo de Brito Machado, citado nos autos do Recurso Extraordinário 491.336/RS e 413.782/SC: São exemplos mais comuns de sanções políticas a apreensão de mercadorias sem que a presença física destas seja necessária para a comprovação do que o fisco aponta como ilícito; o denominado regime especial de fiscalização; a recusa de autorização para imprimir notas fiscais; a inscrição em cadastro de inadimplentes com as restrições daí decorrentes; a recusa de certidão negativa de débito quando não existe lançamento consumado contra o contribuinte, a suspensão e até o cancelamento da inscrição do contribuinte no respectivo cadastro, entre muitos outros. Todas essas práticas são flagrantemente inconstitucionais, entre outras razões, porque: a) implicam indevida restrição ao direito de exercer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, assegurado pelo art. 170, parágrafo único, da vigente Constituição Federal; e b) configuram cobrança sem o devido processo legal, com grave violação do direito de defesa do contribuinte, porque a autoridade que a este impõe a restrição não é a autoridade competente para apreciar se a exigência é ou não legal'

7 STF, Súmula 70: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo. Súmula 323: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos. Súmula 547: Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

STJ, Súmula 127: É ilegal condicionar a renovação da licença de veículo ao pagamento de multa, da qual o infrator não foi notificado.

8 Conclusão do Plenário do STF, ao julgar, sob o regime de repercussão geral, o RE 565.048/RS (Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, DJe de 09/10/2014) e ARE 914.045/MG (Rel. Ministro EDSON FACHIN, DJe de 19/11/2015).

## II - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E ACESSÓRIA

Nos termos do artigo 113 do Código Tributário Nacional, classifica-se a obrigação tributária em principal e acessória. A primeira, conforme o §1º do referido dispositivo legal, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente. Já a segunda, busca a realização de prestações (positivas ou negativas) com o nítido fim da arrecadação ou da fiscalização dos tributos (CTN, artigo 113, §2º)<sup>9</sup>.

A título de curiosidade, nos termos da Lei Geral Tributária de Portugal, há forte semelhança na definição dos referidos conceitos, especialmente, de obrigação acessória, o qual dispõe que, no seu Artigo 31.º, 2, que aquelas que “*visam possibilitar o apuramento da obrigação de imposto, nomeadamente a apresentação de declarações, a exibição de documentos fiscalmente relevantes, incluindo a contabilidade ou escrita, e a prestação de informações.*”<sup>10</sup>

Feitas tais considerações, ensina Luiz Emygdio F. da Rosa Jr., o seguinte:

“A obrigação tributária acessória visa a atender aos interesses do fisco no tocante a fiscalização e arrecadação dos tributos, e corresponde a qualquer exigência feita pela legislação tributária (CTN, art. 96). A obrigação tributária acessória visa a atender os interesses do fisco no tocante a fiscalização e arrecadação dos tributos, e corresponde a qualquer exigência feita pela legislação tributária que não seja o pagamento do tributo. Assim, a mencionada obrigação pode consubstanciar uma obrigação de fazer (declaração de bens, exibição de livros, prestação de informações etc.) ou obrigação de não fazer (não destruir documentos e livros obrigatórios pelo prazo exigido por lei, tolerar exame em livros e documentos, não impedir a fiscalização etc.)”<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

<sup>10</sup> [https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao\\_fiscal/codigos\\_tributarios/lgt/Pages/lei-geral-tributaria-indice.aspx](https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/codigos_tributarios/lgt/Pages/lei-geral-tributaria-indice.aspx), acesso em

<sup>11</sup> ROSA JR., Luiz Emygdio F., *Manual de Direito Financeiro & Direito Tributário*: Doutrina, Jurisprudência e

Diante disso, conclui-se que o descumprimento da obrigação acessória não acarreta a sua conversão em obrigação principal, no caso de sua inobservância. Na verdade, o desrespeito dela implica a imposição de penalidades, gerando para o fisco o direito de constituir o crédito tributário para exigir o seu pagamento, sem que o contribuinte esteja liberado de cumprir a obrigação acessória. Ou seja, a obrigação acessória permanece hígida e necessária.

O professor Ricardo Lobo Torres, ao cuidar do tema, explica que *“O contribuinte (...) deve prestar declarações ao Fisco, emitir notas fiscais, manter livros fiscais à disposição dos agentes públicos, fornecer informações econômicas sobre suas atividades, inscrever-se no cadastro fiscal”*.<sup>12</sup>

Note-se que a postura do fisco em promover a fiscalização tributária dos contribuintes quanto às obrigações acessórias é de fundamental importância, uma vez que cumpre com o princípio da isonomia tributária, previsto no artigo 150, inciso II, da Constituição Federal<sup>13</sup>, já que busca preservar a justiça tributária, evitando privilégios e discriminações.<sup>14</sup>

Portanto, excetuadas as hipóteses legais (microempresas e empresas de pequeno porte), compete ao contribuinte honrar com as obrigações legais, sob pena das consequências legais.

Sobre o tema, Leandro Paulsen, esclarece a respeito do princípio da capacidade colaborativa, que impõe ao sujeito passivo da relação tributária uma conduta apta para facilitar a fiscalização e a arrecadação tributária:

“Quando se impõe a alguém a apresentação de documentos à fiscalização tributária em determinado prazo, por exemplo, é

---

Legislação Atualizadas. 20ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, página 404.

12 TORRES, Ricardo Lobo *et al.* Curso de Direito Tributário Brasileiro, Volume 1, 1ª edição. São Paulo: Quartier Latim, 2005, pag. 332.

13 Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

14 TRINDADE BARRÊTO, Pedro Menezes *et al.* Curso de Direito Tributário Brasileiro, Volume 1, 1ª edição. São Paulo: Quartier Latim, 2005, pag. 172.

preciso que esse tempo seja suficiente para tanto. Quando se impõe a prestação de declarações, não se pode violar o sigilo profissional. Quanto se exige de uma pessoa que observe determinadas rotinas de emissão e manutenção de documentos, livros e registros, não podem ser demasiadamente onerosas a ponto de inviabilizar seu negócio.

A capacidade colaborativa decorre da especial relação que qualquer pessoa mantenha com os fatos geradores ou com os contribuintes. Essa relação deve habilitá-la, por exemplo, a emitir documentos ou prover informação útil para a fiscalização tributária (emissão de nota fiscal, manutenção de livros e registros, declarações sobre operações próprias ou alheias), a efetuar retenções e repasses que assegurem a arrecadação (atuação como agente de retenção ou substituto tributário) ou a adotar cautelas que inibam ou impeçam a sonegação (diligência na gestão fiscal da empresa, sem infrações à lei, obrigação de não transportar mercadoria sem nota ou, ainda, de não lavrar escritura sem a prévia comprovação do pagamento do imposto sobre a transmissão do bem imóvel).<sup>15</sup>

### III – OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA ACESSÓRIA NO DIREITO PORTUGUÊS

De acordo com o ordenamento jurídico de Portugal, dentre diversas classificações doutrinárias existentes a respeito das sanções jurídicas no âmbito tributário, têm-se as seguintes: sanções compulsórias, reconstitutivas, compensatórias, preventivas e punitivas.

As sanções compulsórias têm como objetivo obrigar alguém a adotar determinado comportamento imposto por força de lei.

Quanto às sanções reconstitutivas, são aquelas destinadas a repor a ordem normativa.

Por outro lado, as sanções compensatórias têm caráter indenizatório, ou seja, é justamente promover o restabelecimento ao *status quo* antes da prática do ilícito.

---

15 PAULSEN, Leandro. Curso de direito tributário completo. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, pag. 73.

Já as sanções preventivas seriam, em tese, aquelas permitidas pelo ordenamento em virtude, justamente, do descumprimento de obrigações acessórias.

Entretanto, há divergência doutrinária em saber qual é a verdade jurídica de uma interdição temporária de um estabelecimento: preventiva ou punitiva.

A respeito do assunto, note-se os apontamentos:

“Na esfera dos tipos de sanções, temos ainda as sanções preventivas por si só. Estas não se podem confundir com as medidas preventivas que não pressupõem a verificação de qualquer ilicitude. Também não se podem confundir com os fins preventivos das sanções das infrações tributárias. Ora, como já referimos anteriormente, para haver uma sanção, tem de se verificar uma ilicitude, mesmo que esta sanção tenha como objetivo prevenir futuras ilicitudes. Estas têm um caráter excecional, pois se voltam para o futuro, ou seja, buscam evitar atos ilícitos no futuro. Variada doutrina, como é o caso de Nuno de Sá Gomes, considera que certas sanções acessórias previstas no RGIT são preventivas, como, a título de exemplo, a interdição temporária do exercício de certas atividades ou profissões, prevista na alínea a) do artigo 16.º do RGIT, uma vez que visam estabelecer um entrave jurídico ao desenvolvimento de atividades sociais suscetíveis de desencadear novos ilícitos. No meu ponto de vista, apesar de admitir o caráter preventivo em termos abstratos destas sanções, elas assumem-se essencialmente como punitivas, equivalentes a verdadeiras penas, uma vez que pressupõem uma sanção punitiva (pena/coima principal) que acaba por ser agravada com a sanção acessória. Pelo exposto, assemelham-se mais a sanções preventivas, por si só, a liberdade condicional e o vencimento antecipado de uma obrigação quando não é paga uma prestação, a título de exemplo.”<sup>16</sup>

Por fim, temos as sanções punitivas, as quais pressupõem a culpa e possuem uma maior reprovação da conduta do agente.

---

16 LOURENÇO SALGUEIRO, Orlando Miguel. *Os fins das sanções das infrações tributárias: enquadramento com o sistema sancionatório geral*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses. Universidade de Lisboa. 2018. [https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/38244/1/ulfd138185\\_tese.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/38244/1/ulfd138185_tese.pdf).

Sendo assim, a legislação de Portugal regulamenta as consequências fiscais propriamente ditas, denominando-as, inclusive, como “incumprimento dos deveres de cooperação”.

Ora, nos termos do artigo 75, n° 2, da LGT, a não observância dos deveres de colaboração resulta no afastamento da presunção de verdade e de boa-fé das declarações apresentadas e dos elementos constantes da contabilidade escrita, confiando-se o procedimento de liquidação do imposto já não ao contribuinte, mas à autoridade tributária, que, na determinação e quantificação da matéria coletável, poderá lançar mão dos procedimentos de avaliação direta ou, subsidiariamente, poderá aplicar métodos indiretos de tributação, desde que verificados os pressupostos legais.

#### **IV - DA SUSPENSÃO DA INSCRIÇÃO ESTADUAL EM VIRTUDE DE DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA**

Conforme já explicado anteriormente, as obrigações acessórias não devem respeito ao princípio da legalidade estrita, podendo, assim, ser previstas em regulamento próprio.

Nessa toada, diante da evolução tecnológica, atualmente, órgãos fazendários federal, estaduais e municipais, em sua quase totalidade, utilizam-se da *internet* a fim de promover o respectivo controle das notas fiscais eletrônicas.

Em razão disso, os setores de inteligência das receitas de fazenda, recentemente, em busca de diminuir a sonegação fiscal, vêm promovendo mecanismos para obter tal objetivo.

Desse modo, atualmente, há certa controvérsia quanto à possibilidade de ser aplicada a penalidade de suspensão da inscrição estadual em caso de descumprimento das obrigações acessórias.

É claro que para aqueles que defendem a sua possibilidade, não há dúvidas de que a admissibilidade dessa penalidade deve estar amparada no ordenamento jurídico, sob pena de violação do princípio da legalidade. E mais: presente a previsão legal nesse sentido, ainda que regulada, apenas, em norma infralegal<sup>17</sup>, é

---

<sup>17</sup> PAULSEN, Leandro. Curso de direito tributário completo. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, pag. 135. Entendimento diverso: Por fim, não há consistência na afirmação de que apenas a aplicação de multa pelo descumprimento da obrigação acessória é que dependeria de previsão legal específica. Se o conseqüente

indiscutível que, igualmente, haja efetiva observância dos princípios do devido processo legal e do contraditório.<sup>18</sup>

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o RMS 26.803/MT, concluiu que a suspensão da inscrição estadual como meio coercitivo para cobrança indireta de tributos não configura sanção política, pois decorreu de descumprimento de obrigação acessória, e não por inadimplemento de tributos.

Por conta da riqueza da ementa, colaciona-se breve trecho do julgado:

**“(…).VI. Restou, assim, à apreciação do STJ, o segundo fundamento da impetração, ou seja, a alegada ilegalidade e inconstitucionalidade da suspensão da inscrição estadual da impetrante, perante o Fisco do Estado de Mato Grosso, por irregularidade cadastral decorrente do descumprimento de obrigação tributária acessória, com fundamento no art. 35-A, § 1º, da Portaria 114/2002, alterada pela Portaria 44/2006, da Secretaria da Fazenda do Estado de Mato Grosso, ato normativo que tem amparo no art. 17, I e parágrafo único, da Lei estadual 7.098/98.**

**VII. No presente caso, a suspensão da inscrição estadual ora impugnada não foi determinada como meio coercitivo indireto para o pagamento de tributo - como admite a própria impetrante, não tem ela débitos com o Fisco estadual -, (...), bem como que “inexistem quaisquer débitos da impetrante perante a fiscalização, demonstrou-se isso diante da certidão positiva emitida pelo próprio órgão”, e, ainda, que “a impetrante efetiva regularmente o recolhimento de seus tributos”. Da leitura dos acórdãos do Tribunal de origem e desta Corte, constata-se que, na realidade, a suspensão da inscrição estadual da impetrante não ocorreu em razão do não recolhimento do ICMS, ou seja, como forma**

---

da norma punitiva depende de previsão legal, por certo que seu antecedente deve ser definido pela mesma via legislativa. Exigir lei para estabelecer que ao descumprimento de obrigação acessória corresponde determinada multa e deixar ao Executivo dispor sobre o pressuposto de fato da norma, ou seja, sobre os deveres formais cuja infração implica sanção, é um contrassenso que viola tanto o art. 5º da CF como o art. 97, V, do CTN. Note-se que este diz que somente a lei pode estabelecer a cominação de penalidades “para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas”, exigindo, pois, que o pressuposto de fato da sanção seja também disciplinado por lei.

18 Vide artigo 8º, 2, d, da Lei Geral Tributária de Portugal: 2 - Estão ainda sujeitos ao princípio da legalidade tributária: (...) c) A definição das obrigações acessórias;

**de exigir o recolhimento do tributo, mas se deu em face do descumprimento de obrigação tributária acessória, por não se adequar ao disposto no art. 35-A, § 1º, da Portaria 114, de 2002, com a redação dada pela Portaria 44, de 2006, da Secretaria da Fazenda do Estado de Mato Grosso. (...).**<sup>19</sup>

De modo a não gerar qualquer dúvida, oportunizada a defesa no caso concreto, em que a atividade estadual de fiscalização se coloca dentro dos parâmetros legais e constitucionais com finalidade de atender o interesse público, a medida em análise é lícita e necessária para coibir a prática de contribuintes que não cumprem com as determinações legais, ocasionando, direta e indiretamente, verdadeira afronta ao princípio da livre concorrência por razões óbvias.

Impende registrar, ainda que se trate de medida que impede o desempenho da atividade econômica, que não se pode ignorar os demais princípios impostos ao Estado no sentido de impedir a concorrência desleal, controlando e fiscalizando as atividades empresariais, a fim de evitar lesões aos agentes sociais, atentando para a promoção da livre concorrência, para a proteção e defesa do consumidor e da ordem econômica.

Vejam-se os seguintes julgados de diversos Tribunais de Justiça:

**“(...) A recusa em cumprir a obrigação acessória prevista na legislação tributária justifica a atuação preventiva das autoridades fiscais, em especial a suspensão do cadastro do contribuinte. Acrescente-se que para realizar o juízo de ponderação no caso concreto, o magistrado não pode se resumir a avaliar a desproporção da determinação da autoridade fiscal com fulcro em apenas um mandamento constitucional, devendo atentar para todos os princípios que têm incidência na relação jurídica. (...). Desse modo, é exigível por parte do Estado um mínimo controle fiscal sobre as atividades dos estabelecimentos, sendo possível a realização de atos de impedimento e cancelamento de inscrições em cadastros de contribu-**

19 STJ, RMS 26803 / MT. Relator(a) Ministra ASSUSETE MAGALHÃES. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento: 09/06/2020. Data da Publicação/Fonte DJe 17/06/2020.

tes das sociedades que operem de forma irregular. Pro-  
vimento do Agravo de Instrumento. Prejudicado o Agravo  
Interno.”<sup>20</sup>

“(…). Não se mostra ilegal ou arbitrário o ato da auto-  
ridade que suspendeu a inscrição estadual da empresa  
por descumprimento de obrigação tributária acessória,  
eis que a medida está expressamente prevista no art.  
108, § 8º, do RICMS. (...)”<sup>21</sup>

“(…) 1. O descumprimento de obrigações tributárias ac-  
cessórias, tais como: deixar de manter o endereço do seu es-  
tabelecimento comercial atualizado, enseja a suspensão  
da inscrição estadual da empresa junto ao fisco, conforme  
está previsto no inciso III, do art. 150, do RICMS/PA. Muito  
embora a impetrante tenha argumentado que a obstrução em  
emitir notas fiscais deu-se pelo seu inadimplemento, cons-  
tata-se que, na realidade, o impedimento fundou-se no **des-  
cumprimento de obrigação acessória**, qual seja, a de man-  
ter o endereço do seu estabelecimento comercial atualizado.  
2. Se a empresa vem deixando de fornecer as informações  
imprescindíveis ao exercício do poder fiscalizatório inerente  
à Fazenda Pública Estadual, inexorável concluir que a **sus-  
pensão** de sua **inscrição** estadual se deu de forma correta,  
legítima. 3. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.”<sup>22</sup>

Pelo dever de informação, não se desconhece a existência  
de entendimento diverso.<sup>23</sup> Entretanto, o entendimento majori-  
tário na jurisprudência brasileira é pela admissibilidade da sus-  
pensão no cadastro de contribuintes.

---

20 TJRJ, AI 0011401-30.2019.8.19.0000. VIGÉSIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL Des(a). WILSON DO NASCI-  
MENTO REIS - Julgamento: 22/05/2019.

21 TJMG, AI 10000180840340001. Rel. Leite Praça, julg. 16.05.2019, publ. 22.05.2019.

22 TJPA, AI 00089443420178140000. 2ª Turma de Direito Público. Rel. Nadja Nara Cobra Meda, julg.  
09.08.2018, publ. 10.08.2018.

23 TJMG. Remessa Necessária-Cv 10000150662575002. 7ª Câmara Cível. Rel. Wilson Benevides, julg.  
04.06.2017, Publ. 20.06.2017. O acórdão restou assim ementado: REEXAME NECESSÁRIO - MANDADO  
DE SEGURANÇA - SUSPENSÃO DA INSCRIÇÃO ESTADUAL NO CADASTRO DE CONTRIBUINTES  
- DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA ACESSÓRIA - ENTREGA DE DAPI - IMPOSSIBI-  
LIDADE. - A jurisprudência posiciona-se no sentido de não admitir que o Fisco se valha da imposição de  
restrições ao contribuinte, como forma indireta de obrigá-lo ao pagamento do tributo ou adimplemento  
das obrigações tributárias acessórias, como no caso de entrega da DAPI.

## V – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, então, que a suspensão da inscrição estadual deve estar pautada pela legalidade, ou seja, é imprescindível a previsão no âmbito do ente federativo de referida penalidade.

Em seguida, preenchidos os requisitos legais, impõe-se o cumprimento do devido processo legal e do contraditório, facultando-se, inclusive, a aplicação subsidiária da Lei 9.784/99<sup>24</sup>, nos termos do enunciado da Súmula 633 do STJ<sup>25</sup>.

Consequentemente, não há que se falar em limitação desproporcional do livre exercício da atividade econômica, visto que cabe ao Estado estabelecer balizamentos para o gozo desses direitos. ❖

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 26, março, 2021.

BRASIL. Código Tributário Nacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm). Acesso em: 02, fevereiro, 2021.

PAULSEN, Leandro. Curso de direito tributário completo. 8ª edição. São Paulo: Saraiva.

PORTUGAL. Lei Geral Tributária. Disponível em: [https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao\\_fiscal/codigos\\_tribu](https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/codigos_tribu)

<sup>24</sup> Lei Federal que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

<sup>25</sup> STJ, Súmula 633: A Lei 9.784/1999, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão de atos administrativos no âmbito da Administração Pública federal, pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria.

tarios/Igt/Pages/lei-geral-tributaria-indice.aspx. Acesso em 04, janeiro, 2021.

ROSA JR., Luiz Emygdio F., *Manual de Direito Financeiro & Direito Tributário*: Doutrina, Jurisprudência e Legislação Atualizadas. 20ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo *et al.* Curso de Direito Tributário Brasileiro, Volume 1, 1ª edição. São Paulo: Quartier Latim, 2005.

# Ações Probatórias Autônomas

**Hugo Filardi**

*Doutor e Mestre em Direito pela PUCSP. Bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito/UFRJ. Advogado e Professor de Direito Processual Civil na Faculdade Nacional de Direito/UFRJ.*

**ÁREA DO DIREITO:** Direito Constitucional e Direito Processual

**RESUMO:** O presente trabalho aborda as ações probatórias autônomas previstas no Código de Processo Civil.

**ABSTRACT:** The present paper addresses the discovery actions foreseen in the Code of Civil Procedure.

**PALAVRAS-CHAVE:** Provas – Ações probatórias autônomas.

**KEYWORDS:** Evidences – Discovery actions.

1. Introdução. 2. Direito fundamental à prova. 3. Princípios probatórios. 4. Destinatários da prova. 5. Limitações probatórias, defesas e recursos. 6. Ações probatórias e estímulo à conciliação. 7. Demanda de descoberta da prova. 8. Considerações finais.

## 1. INTRODUÇÃO

O descortinamento de fatos por intermédio da produção de provas, desde que reconhecidas como legítimas pelos jurisdicionados interessados, apresenta-se como um componente indispensável na entrega da tutela jurisdicional adequada e pode também gerar soluções jurídicas negociadas. É inegável que a produção de provas conduzida de maneira isonômica e em respeito ao contraditório permite uma aproximação dos jurisdicionados na tentativa de construírem, juntos, uma solução

consensual que os liberte das incertezas e possíveis insensibilidades do julgador.

As provas, sob a ótica do garantismo processual e do princípio da cooperação, deixam de ter como exclusivo destinatário o julgador e passam a se dirigir igualmente também às partes e terceiros interessados<sup>1</sup>. O sistema probatório adotado pelo Código de Processo Civil em vigor estabelece que os jurisdicionados tenham todas as possibilidades de demonstração da veracidade de suas argumentações, e os magistrados possuem um dever estabelecido pela garantia da motivação das decisões judiciais de enfrentar todas as variáveis normativas levadas em consideração quando da construção de decisões judiciais.

O modelo constitucional de processo assegura aos jurisdicionados que a atividade jurisdicional se desenvolva numa plataforma participativa e de debate democrático, permitindo assim que o direito à produção de provas seja compreendido não apenas como um direito subjetivo das partes ou elementos de formação de convicção dos magistrados: trata-se de elemento indissociável à prestação da tutela jurisdicional adequada/efetiva e seu direcionamento transborda a relação processual para subsidiar a formação de decisões judiciais coerentes, o estímulo à utilização não impositiva, e sim cultural de precedentes, o aproveitamento de provas emprestadas e a possibilidade de celebração de acordos/mediações após a própria coleta de provas.

A Justiça pautada em pacificação social disseminada pelos sistemas da *common law* acaba influenciando os sistemas de *civil law*, especialmente na tentativa de propor soluções para as ineficiências na relação cada vez mais direta entre o Poder Judiciário e a sociedade civil. Logicamente que as *disclosures* do sistema inglês serviram de base para as demandas probatórias autônomas e pretendem atuar diretamente para a resolução de três graves problemas do Judiciário brasileiro: Justiça que estimula litigiosidade, é custosa e muito demorada.

---

<sup>1</sup> Ver Enunciado número 50 do Fórum Permanente de Processo Civil: “Os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juizes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz”.

NEIL ANDREWS<sup>2</sup>, que há algum tempo concentra suas pesquisas na compatibilidade entre boas práticas de *common law* e *civil law*, afirma que “a *disclosure* na fase pré-litígio pode ser eficaz principalmente de dois modos: pode estimular e aumentar as chances de um acordo, auxiliando os litigantes com uma avaliação mais sólida do mérito; e pode reduzir os custos do litígio, adiantando o momento em que os litigantes focam a matéria essencialmente em discussão; em resumo, a *disclosure* na fase pré-litígio pode reduzir a necessidade de ordens de *disclosure* pós-ação”.

Vê-se então claramente a tentativa do legislador ordinário, com a redação do artigo 381 do Código de Processo Civil, de criar um ambiente processual não necessariamente antagônico e que conduza a uma prestação jurisdicional menos impositiva com um custo menor, duração mais razoável e que possa fornecer às partes e jurisdicionados interessados a possibilidade de estabelecerem um diálogo calcado em provas, e não em suas percepções subjetivas de vitória ou derrota.

Por que trabalhar uma relação processual quase que inteira no campo das incertezas e argumentações para aí sim contarmos com a fase probatória? A criação de uma fase probatória autônoma e antecipada tem o condão de estimular as autocomposições e inibir a propositura de demandas de viabilidade temerária. Temos um claro exemplo de tutela jurisdicional de qualidade, preventiva e que pode, inclusive, viabilizar a composição de litígios através de conciliação, mediação e/ou transação.

## 2. DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA

Ao jurisdicionado, deve ser assegurado todos os meios necessários para influir eficazmente nas decisões judiciais. O processo democrático impõe como fundamento de validade que todos possam deduzir suas alegações sem censuras desmedidas ou desnecessárias e, nesse contexto, o direito a provas adquire proteção constitucional de garantia fundamental do processo. Não

---

2 ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil. Formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Editora Revista dos Tribunais, 2ª Edição, São Paulo, página 215.

há como sustentar o processo justo sem que os jurisdicionados sejam estimulados a participar da relação processual não só com liberdade argumentativa, mas com exaustivo leque probatório.

O direito à prova, no modelo constitucional de processo, surge de maneira autônoma e absolutamente sem compromisso com a tutela de direito material pleiteada. Sustentando o direito autônomo à prova, ARRUDA ALVIM<sup>3</sup> afirma que há “situações em que a parte tem interesse exclusivamente na produção de prova, não necessariamente para conservar um direito futuro. Falamos nesse caso de um direito autônomo à própria prova, não vinculado a outro direito material. É possível antecipar a produção da prova, então, também quando “a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito” (art. 381, II, do CPC/2015) ou quando “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação” (art. 381, III). Pensemos em um exame pericial com o objetivo de avaliar o valor de aluguel de determinado imóvel comercial. O resultado da prova pode justificar ou evitar que uma ação revisional de aluguel seja movida, ou ainda fazer com que as partes acordem na novação dos termos do contrato de maneira consensual”.

A desvinculação da fase probatória à instauração de uma demanda contenciosa é medida de extrema importância na concretização de uma justiça mais colaborativa e menos impositiva. A estrutura do artigo 381 do Código de Processo Civil, baseada no instituto pré-processual da *disclosure*, possibilita que os jurisdicionados entrem menos no escuro em demandas de natureza contenciosa. A deslitigiosidade da produção de provas, alçada aqui à qualidade de direito fundamental e autônomo, acaba propiciando uma maior aproximação dos jurisdicionados e estimula soluções consensuais, além de servir como freio a demandas desprovidas de viabilidade.

Segundo FREDIE DIDIER JUNIOR<sup>4</sup>, a “ação de produção antecipada de prova é a demanda pela qual se afirma o direito à

---

3 ARRUDA ALVIM. *Novo Contencioso Cível no CPC/2015*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, página 252.

4 DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II, Salvador, Jus podivm, 10ª Edição, 2016, página 137.

produção de uma determinada prova e se pede que essa prova seja produzida antes da fase instrutória do processo para o qual ela serviria”.

RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO<sup>5</sup> sustenta que “hoje se reconhece que o sentido substancial do devido processo legal (CF, art.5º, LV) inclui, para além do direito ao contraditório e à ampla defesa, também o direito à não surpresa (CPC, art. 10) e o direito a influenciar, em limite razoável, a convicção do juiz”, referindo o art. 369 do CPC que os meios de prova intentam “influir eficazmente na convicção do juiz”.

As demandas autônomas de provas, além de permitir que as partes possam influir eficazmente na formação do senso de julgamento dos magistrados, geram uma aproximação natural e menos belicosa entre os sujeitos da relação processual, com vistas à efetiva descoberta das razões que justificariam uma atuação impositiva do Estado-Juiz e que, num ambiente não altamente litigioso, tenham o condão de viabilizar composições amistosas no tema posto em Juízo.

### 3. PRINCÍPIOS PROBATÓRIOS

DEVIS ECHANDÍA<sup>6</sup>, jurista colombiano, aponta a existência de 27 princípios de direito processual com ênfase no sistema probatório: 1) Princípio da Necessidade de prova e a proibição de aplicar o conhecimento privado do juiz sobre os fatos; 2) Princípio da eficácia jurídica e legal das provas; 3) Princípio da unidade da prova; 4) Princípio da comunidade da prova, também chamado de aquisição; 5) Princípio do interesse público na função da prova; 6) Princípio de lealdade e probidade ou veracidade da prova; 7) Princípio do contraditório da prova; 8) Princípio da igualdade de oportunidades para a produção da prova; 9) Princípio da publicidade da prova; 10) Princípio da formalidade e legitimidade da prova; 11) Princípio da legitimação para a prova; 12) Princípio da preclusão da prova; 13) Princípio da imediação

<sup>5</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, página 330.

<sup>6</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoria general de la prueba judicial*, Tomo I, Zavalia, Buenos Aires, 1976, página 114.

e direção do juiz na prova; 14) Princípio da imparcialidade do juiz na direção e apreciação das provas; 15) Princípio da originalidade da prova; 16) Princípio da concentração da prova; 17) Princípio da liberdade de prova; 18) Princípio da relevância, idoneidade ou conduta na utilização da prova; 19) Princípio da naturalidade ou espontaneidade ou legalidade da prova e do respeito pela pessoa humana; 20) Princípio da obtenção coerciva de meios materiais da prova (ilicitude da prova); 21) Princípio da imaculação da prova; 22) Princípio da avaliação ou apreciação da prova; 23) Princípio do ônus da prova e da autorresponsabilidade das partes pela sua inatividade; 24) Princípio da oralidade na prática da prova; 25) Princípio inquisitivo na obtenção do teste; 26) Princípio da indisponibilidade e irrevogabilidade da prova e 27) Princípio da gratuidade da prova.

Logicamente que o mote do presente ensaio não é criar um microsistema de provas ou tentar insuflar injustificadamente a importância da teoria das provas no direito processual civil. De toda sorte, existem valores jurídicos derivados das cláusulas constitucionais do devido processo legal, na inafastabilidade da tutela jurisdicional e da proibição da prova ilícita que permeiam as legislações ocidentais, sejam do *common law* ou do *civil law*, até mesmo pela aproximação dos dois universos, no estabelecimento de garantias fundamentais básicas de proteção aos jurisdicionados na adequada possibilidade de influência na formação das decisões judiciais.

E para este trabalho, mostra-se fundamental sustentar a introdução adicional aos princípios, não exaustivos, propostos por DEVIS ECHANDÍA, dos princípios da cooperação entre os jurisdicionados e da pacificação social nas demandas autônomas de provas no Código de Processo Civil. Num ambiente processual de diálogo e compreensão com vistas a acordos, a tutela jurisdicional passa a exercer uma faceta de maior conotação para pacificação social do que a rigorosa aplicação da letra da lei ao caso concreto, e a deslitigiosidade das demandas autônomas de prova colaboram para uma efetiva cooperação entre os sujeitos do processo.

O artigo 381 do Código de Processo Civil nada mais que estimula o que ERIK NAVARRO WOLKART<sup>7</sup> denomina de “incentivos à criação de comportamentos cooperativos”. Para o referido autor, tratando o tema da cooperação no âmbito da economia aplicada ao fenômeno do acesso à justiça, a “cooperação transcende um determinado processo e inicia-se antes mesmo da demanda, surgindo como iniciativas negociais visando à autocomposição”.

#### 4. DESTINATÁRIOS DA PROVA

Para LEONARDO GRECO<sup>8</sup>, o juiz não é mais “o único destinatário das provas, que não se destinam à sua exclusiva apreciação, mas também à apreciação das partes, dos tribunais superiores que exercerão a jurisdição no mesmo processo em instâncias diversas e da própria sociedade que sobre ele exerce o controle social da exação no exercício da jurisdição”. Com a valorização dos precedentes, as provas produzidas e que foram determinantes para a conclusão de um determinado caso jurídico adquirem uma conotação que transporta a relação jurídica de origem e passam a influenciar todas as decisões subsequentes que seguem um determinado caminho interpretativo.

As provas não mais são exclusivamente destinadas ao julgador, mas sim passam a influenciar, inclusive, posturas comportamentais dos cidadãos fora de relações processuais. As provas formam *standards* comportamentais que direcionam a postura do cidadão em sociedade e podem contribuir de maneira decisiva para relações interpessoais mais bem definidas e menos litigiosas. O modelo cooperativo adotado pelo Código de Processo Civil, em que juiz e as partes atuam juntos, de maneira cooperativa, na construção em contraditório do resultado do processo, também robustece a ideia de que as provas não possuem como único destinatário o julgador.

O Deputado Relator no Projeto de Lei do agora vigente Código de Processo Civil, Paulo Teixeira (PT-SP), ao discorrer sobre a

---

7 Wolkart, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019. Página 93.

8 GRECO, Leonardo. *Inovações do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Editora GZ, 2016, página 4.

retirada do termo “livremente” na valoração das provas, afirmou que “embora historicamente os Códigos Processuais estejam baseados no livre convencimento e na livre apreciação judicial, não é mais possível, em plena democracia, continuar transferindo a resolução dos casos complexos em favor da apreciação subjetiva dos juízes e tribunais. Na medida em que o projeto passou a adotar o policentrismo e a coparticipação no processo, fica evidente que a abordagem da estrutura do Projeto passou a poder ser lida como um sistema não mais centrado na figura do juiz. As partes assumem especial relevância. Eis o casamento perfeito chamado coparticipação, com pitadas fortes do policentrismo. E o corolário disso é a retirada do livre convencimento. O livre convencimento se justifica em face da necessidade de superação da prova tarifada. Filosoficamente, o abandono da fórmula do livre convencimento ou da livre apreciação da prova é corolário do paradigma da intersubjetividade, cuja compreensão é indispensável em tempos de democracia e autonomia do direito. Dessa forma, a invocação do livre convencimento por parte de juízes e tribunais acarretará, a toda evidência, a nulidade da decisão”<sup>9</sup>.

Num ambiente de democracia processual, em hipótese alguma podemos conceber o magistrado como destinatário único e absoluto das provas. Seja pela introdução da sistemática de valorização de precedentes ou em razão de uma necessária mudança cultural e legislativa de postura dos “litigantes”, as provas servem à prestação efetiva da tutela jurisdicional e adquiriram um viés extraprocessual de fixação de standard comportamental. As provas não são dos juízes apenas, mas sim do próprio Estado, que justifica seus atos e tem que gerar segurança jurídica para os jurisdicionados.

## 5. LIMITAÇÕES PROBATÓRIAS, DEFESAS E RECURSOS

LEONARDO GRECO<sup>10</sup> sistematiza as limitações probatórias em três ângulos: (i) limitações a provas suspeitas, (ii) li-

---

9 PL 8046/2010.

10 GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro, Editora Forense, 3ª Edição, 2015, página 136-138.

mitações à organização da relação processual; e (iii) limitações destinadas à proteção de valores constitucionais. Vejamos o detalhamento:

“a) Limitações que visam a repudiar provas supostamente suspeitas:

1. A incapacidade para prestar depoimento pessoal (CPC de 1973, art 8º. CPC de 2015, art. 71);

2. A proibição de requerer o próprio depoimento pessoal (CPC de 1973, art. 343; CPC de 2015, art. 385);

3. A proibição da presença da parte à tomada de depoimento pessoal da outra (CPC de 1973, arts. 344 e 413; CPC de 2015, art. 385, § 2º);

4. A limitação do depoimento pessoal à forma oral (PC de 1973, art. 344; CPC de 2015, art. 387);

5. A proibição de reperguntas pelo advogado do próprio depoente;

6. A forma escrita da confissão extrajudicial (CPC de 1973, art. 353), flexibilizada no Código de 2015 (art. 394);

7. A subordinação da prova contra o autor do documento particular à assinatura (CPC de 1973, art. 368; CPC de 2015, art. 408);

8. As incompatibilidades para depor como testemunha;

9. As incapacidades para depor como testemunha (CPC de 1973, art. 405, § 1º, CPC de 2015, art. 447, § 1º; Código Civil, art. 228);

10. Os impedimentos e motivos de suspeição das testemunhas (CPC de 1973, art. 405, §§ 2º e 3º, CPC de 2015, art. 447, §§ 2º e 3º);

11. A não admissão da prova exclusivamente testemunhal nos contratos de valor superior a 10 salários mínimos (CPC de 1973, art. 401; Código Civil, art. 227);

12. A não admissão da prova testemunhal sobre fato já provado por documento ou confissão, ou que só por documento ou exame pericial possa ser provado (CPC de 1973, art. 400; CPC de 2015, art. 443);

13. Os impedimentos, os motivos de suspeição e carência de conhecimentos técnicos ou científicos (CPC de 1973, arts. 423 e 424; CPC de 2015, arts. 467 e 468);

14. Limitações ao depoimento oral do perito (CPC de 1973, art. 435; CPC de 2015, arts. 477, §§ 3º e 4º).

b) Limitações que visam a garantir um ordenado desenvolvimento do processo:

1. As preclusões processuais, como a vedação à proposição e produção de provas não requeridas pelo autor na petição inicial e pelo réu na contestação (CPC de 1973, arts. 282 e 300; CPC de 2015, arts. 319 e 336), a proibição de provas novas em grau de apelação (PC de 1973, art. 517; CPC de 2015, art. 1.014) e a cognição recursal restrita à matéria de direito no recurso especial e no recurso extraordinário;

2. A proibição de juntada de documentos posteriormente aos articulados (CPC de 1973, arts. 396 a 398, 326 e 327, flexibilizada no Código de 2015, art. 434, parágrafo único);

3. O prazo para oferecimento do rol de testemunhas (CPC de 1973, arts. 407 e 435, CPC de 2015, art. 357, §§ 4º e 5º);

4. O número máximo de testemunhas (CPC de 1973, art. 407, parágrafo único; CPC de 2015, art. 357, §§ 6º e 7º);

5. As restrições à substituição de testemunhas (CPC de 1973, art. 408; CPC de 2015, art. 451);

6. A limitação temporal aos quesitos suplementares (CPC de 1973, art. 425; CPC de 2015, art. 469);

7. O prazo para intimação do perito para prestar depoimento oral em audiência (CPC de 1973, art. 435; CPC de 2015, art. 447, § 4º).

c) Limitações que visam a preservar valores constitucionais:

1. A proibição de provas ilícitas (Constituição Federal, art. 5º, inc. LVI; CPC de 1973, art. 332; CPC de 2015, art. 369);

2. As provas legais de determinados fatos, através dos registros públicos dos fatos da vida civil, como o nascimento, o casamento e o óbito (CPC de 1973, arts. 320, inc. III e 366; CPC de 2015, arts. 345, inc. III, e 406; Código Civil, arts 9, 10, 108 e 1.543)

3. As escusas de prestar depoimento pessoal (CPC de 1973, art. 347; CPC de 2017, art. 388);

4. A inadmissibilidade da confissão de fatos relativos a direitos indisponíveis (CPC de 1973, art. 351; CPC de 2015, art. 392);

5. As escusas de exibição (CPC de 1973, art. 363; CPC de 2015, art. 404);

6 A proibição de requisição do processo administrativo fiscal (Lei nº 6.830/80, art. 41);

7. A proibição de acesso a documentos acobertados pelo segredo de Estado (Constituição, art. 5º, inc. XXXIII);

8. Escusas de depor (CPC de 1973, art. 406; CPC de 2015, art. 448; Código Civil, art. 229);

9. A escusa do perito por motivo legítimo (CPC de 1973, art. 146; CPC de 2015, art.157). sustenta que “hoje se reconhece que o sentido substancial do devido processo legal (CF, art.5º, LV) inclui, para além do direito ao contraditório e à ampla defesa, também o direito à não surpresa (CPC, art. 10) e o direito a influenciar, em limite razoável, a convicção do juiz”, referindo o art. 369 do CPC que os meios de prova intentam “influir eficazmente na convicção do juiz”.

A produção de provas, sob a ótica do modelo constitucional de processo, encontra limitações justificadas e apenas nas hipóteses exaustivamente mencionadas. O direito constitucional à produção de provas comporta ponderações obviamente ajustadas pela calibragem decorrente da incidência de outros princípios constitucionais à situação fática concreta. Somente nessa hipótese estaremos diante de legítima limitação ao direito constitucional à prova.

Em linhas gerais, o direito constitucional à produção de provas apenas comporta temperamento diante da potencial violação de outra garantia fundamental da Constituição da Re-

pública Federativa do Brasil. O fato de formalmente não estar prevista a apresentação de defesa na ação prevista no artigo 381 do Código de Processo Civil não significa que o demandado, de maneira justificada, não possa apresentar resistência à pretensão de produção de provas.

Afinal, segundo NELSON NERY JÚNIOR E ROSA MARIA DE ANDRADE NERY<sup>11</sup>, a demanda autônoma de provas enseja ampla defesa diferida: “A parte pode alegar toda a sorte de matéria de ordem pública que obste a produção de prova contra si dirigida. Entretanto, a ampla defesa e o contraditório, que por contestação ou por recurso, já poderiam vir a ser alegados durante o procedimento de produção antecipada de prova, por expressa disposição legal, ficam diferidos para o momento processual adequado, no processo contencioso que eventualmente venha a se instaurar”.

Já ALEXANDRE FREITAS CÂMARA<sup>12</sup> discorre que “o procedimento das demandas probatórias autônomas não admite defesa ou recurso (art. 382, § 4º), já que todo o debate que tenha de acontecer se dará no processo em que a prova aqui colhida será efetivamente produzida. Excepciona-se, tão somente, a decisão que indefere por completo a colheita das provas que o demandante queira ver produzidas, caso em que se admitirá apelação (já que o indeferimento total das provas postuladas pelo demandante, na hipótese, corresponde a uma sentença de extinção do processo sem resolução do mérito)”.

LEONARDO GRECO<sup>13</sup> afirma “que o § 4º do artigo 382 prescreve que nesse procedimento não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra o total indeferimento da produção da prova pleiteada, o que implica que dele não pode resultar para o requerido qualquer prejuízo nem qualquer desvantagem, o que o diferencia substancialmente, por exemplo, da exibição de docu-

11 NERY Junior, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários do Código de Processo Civil*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, página 1015.

12 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Editora Atlas, 2ª Edição, Rio de Janeiro, 2016, página 241.

13 GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro, Editora Forense, 3ª Edição, 2015, página 128.

mento ou coisa, já referida. Daí resulta que se a prova estiver em poder do requerido ou a sua revelação depender de ato de requerido, este poderá comunicar ao juiz a ausência de disposição em revelá-la ou produzi-la, devendo ser extinto o procedimento”.

A ausência de previsão legislativa de defesa<sup>14</sup> à efetivação das demandas autônomas de prova não significa que o jurisdicionado interessado não possa exercer um direito constitucional de resistência à produção de provas ilegítimas ou que violem outros direitos fundamentais.

O simples fato de um procedimento não prever a apresentação de contestação em hipótese alguma, e ainda mais em um contexto de direito processual participativo, sugere que o direito fundamental de contraditório e ampla defesa está afastado.

O Estado Constitucional comportará sempre salvaguardas de defesa aos jurisdicionados, que não poderão ter suas esferas de interesse ilegitimamente invadidas por pretensões que potencialmente violem garantias fundamentais como a dignidade da pessoa humana.

## 6. AÇÕES PROBATÓRIAS E ESTÍMULO À CONCILIAÇÃO

ISABELA CAMPOS VIDIGAL TAKAHASHI DE SIQUEIRA<sup>15</sup>, ao se manifestar sobre as demandas autônomas de provas, assevera que “o intuito do legislador é o de ampliar o cabimento desse instrumento, com vistas a evitar ao máximo o ajuizamento de ações temerárias e, ao mesmo tempo, munir as ações propostas com provas mais efetivas e que assegurem o objetivo maior de esclarecimento da verdade real”. Referidas medidas também se revelam adequadas ao escopo de simplificação das técnicas processuais que permeiam toda a concepção do novo Código.

---

14 Em sentido contrário e limitando defesa e recurso, vejamos TJSP: “A produção antecipada de prova – Ação proposta sob a égide do atual CPC – Sentença que, depois de haver observado que o banco requerido apresentou os documentos que tinha em seu poder, extinguiu o processo sem resolução de mérito – Processo que deveria ter sido encerrado mediante sentença homologatória – Decisão que não comporta recurso - § 4º do art. 382 do atual CPC que limita a interposição de recursos somente para o caso em que foi indeferida totalmente a produção da prova pleiteada na inicial – Apelo do requerente não conhecido. (VOTO Nº: 31108 – Digital - APEL. Nº: 1010366-47.2018.8.26.0068)

15 TAKAHASHI DE SIQUEIRA, Isabela Campos Vidigal. *Provas in Primeiras Lições sobre o novo Direito Processual Civil Brasileiro*. Coordenadores: Humberto Theodoro Júnior, Fernanda Alvim Ribeiro de Oliveira e Ester Camila Gomes Norato Rezende. Rio de Janeiro: Forense, 2015, página 282.

As demandas autônomas de provas não estão sujeitas à urgência, mas sim à concreta viabilidade de aproximação entre potenciais litigantes através de uma demanda não contenciosa e que pode sim gerar uma solução negociada entre duas posições que numa concepção arcaica processual somente seriam compostas através da intervenção judicial clássica de resolução de conflitos.

A pedra de toque desse tipo de demanda judicial não é necessariamente a urgência do provimento, mas sim a possibilidade de gerar uma solução não litigiosa de questões postas em Juízo e, além disso, desestimular o ajuizamento de demandas despidas de conteúdo probatório ou que não se justificariam após a produção de determinadas provas.

Vejam que a própria autonomia da demanda, aliada ao fato de seu tratamento não estar encartado no capítulo de tutelas provisórias ratificam que não estamos diante de uma “cautelar de produção antecipada de provas”. O legislador quis encontrar por intermédio da demanda autônoma de provas um caminho judicial de estímulo à desjudicialização – por mais paradoxal que possa parecer – e à autocomposição entre os jurisdicionados.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR<sup>16</sup> afirma que “como já advertido acolhendo à moderna visão doutrinária que alarga o conceito de interesse legítimo na produção antecipada de prova para além do simples risco de impossibilidade física da futura construção no juízo contencioso, o novo código admitiu a medida em duas outras situações: (a) quando a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; (b) quando o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação. O novo código reconhece, pois, riscos ou motivos jurídicos distintos da impossibilidade de produção futura da prova, mas que se mostram relevantes para ulterior tomada de decisões pela parte promovente. A falta de prova atual, por si só, pode obstar, dificultar, ou simplesmente comprometer a futura defesa de

---

16 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56ª, Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, página 913.

interesses em juízo. Por isso, antes de decidir sobre o ingresso em juízo, ou mesmo sobre a conveniência ou não de demandar, é justo que o interessado se certifique da realidade da situação fática em que se acha envolvido. Obtendo provas elucidadoras previamente, evitar-se-ia demanda temerária ou inadequada à real situação da controvérsia. Esclarecida a quadra fática, facilitar-se-ia a autocomposição, ou até mesmo se evitaria o ingresso em juízo com demanda desnecessária e inviável”.

O viés de estímulo à autocomposição serve, inclusive, como justificativa para a propositura de ação autônoma de prova como exceção à cláusula compromissória de arbitragem, obviamente desde que a cláusula expressamente não vede a utilização do instituto.

Importante observar os pontos apresentados por HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO e MARCELO MAZZOLA<sup>17</sup>: “Para análise do tema, é preciso fincar uma premissa relevante, qual seja saber se a convenção arbitral prevê a possibilidade de produção antecipada de prova no Judiciário ou é silente a respeito. Com efeito, quando o compromisso arbitral dispõe expressamente sobre a possibilidade da produção antecipada da prova no Judiciário, não há dúvidas de que a medida não violará a competência do árbitro e a jurisdição arbitral. Afinal, deve prevalecer a autonomia da vontade das partes. Por outro lado, se o compromisso arbitral vedar expressamente a produção antecipada da prova no Judiciário, a medida não poderá ser proposta, devendo ser respeitada a vontade dos contratantes. Todavia, sendo silente a convenção arbitral ou havendo dúvidas sobre a sua extensão, surgirá a controvérsia propriamente dita. Ousamos afirmar que a produção antecipada de prova nesse caso não violará a competência do árbitro e a jurisdição arbitral. Primeiro, porque, no procedimento em questão, o juiz não se pronunciará “sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas” (art. 382 §2º, do CPC). Ou seja, não há vencido e vencedores, e tampouco

---

17 DALLA BERNARDINA DE PINHO, Humberto e MAZZOLA, Marcelo. *Manual de mediação e arbitragem*. Editora Saraiva, São Paulo, 2019, página 381.

a formação de coisa julgada. Trata-se, na verdade, de uma atividade que faz lembrar o *discovery* do direito norte-americano. Ademais, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indefira totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário (art. 382, § 4º), o que confirma a intenção do legislador de não burocratizar o procedimento. Segundo, em razão do caráter dúplice da produção antecipada de prova, capaz de beneficiar tanto o requerente como o requerido. Com efeito, quando o juiz defere a medida, não é possível saber, de antemão, quem irá se beneficiar da respectiva prova. Significa dizer que, ao menos nesse momento processual, não existe prejuízo para qualquer das partes e não há que se falar em desequilíbrio, desigualdade ou ausência de paridade de armas. Terceiro, porque a prova a ser produzida de forma antecipada pode ter um escopo maior do que aquele objeto da convenção arbitral e envolver outras pessoas interessadas (art. 382, § 1º, do CPC), corroborando a utilidade da medida. Quarto, e último, porque, sob o prisma da análise econômica do direito e da eficiência processual – norma estruturante do processo civil (art. 8º do CPC) –, a medida é fundamental para reduzir custos”.

## 7. DEMANDA DE DESCOBERTA DA PROVA

Segundo NEIL ANDREWS<sup>18</sup>, “podemos começar considerando o motivo pelo qual o sistema do *common law* permitiu, e, na verdade, por muito tempo exigiu, a escrupulosa *disclosure* por ambas as partes entre si, com relação a documentos relevantes, *disclosure* (anteriormente conhecida como *discovery*) entre adversários (partes potenciais ou definidas perante as CPR): pode determinar a igualdade de acesso a informações; pode facilitar acordos; evita o chamado “julgamento de emboscada”, ou seja, situação em que a parte não é capaz de reagir devidamente a uma revelação surpresa, no final da audiência; e, finalmente, auxilia o tribunal a conhecer detalhes precisos a respeito dos fatos, quando for o momento de julgar o mérito”.

18 ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil. Formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Editora Revista dos Tribunais, 2ª Edição, São Paulo, páginas 201 e 202.

Trata-se de demanda sem caráter litigioso, cujo bem da vida tutela nada mais é que a descoberta de uma prova. O termo final dessa demanda poderá ensejar o ajuizamento de outra medida judicial, de procedimento de arbitragem ou simplesmente viabilizará um acordo e ainda poderá desencorajar a propositura de demandas temerárias.

Para CESAR FELIPE CURY<sup>19</sup>, “os institutos do *discovery* ou *disclosure*, inseridos no campo da produção antecipada de prova do art. 381 do CPC/15, permite aos interessados ter acesso a maior volume de dados da controvérsia, e assim à formação de juízo sobre os fatos e mais adequada avaliação da pretensão. O desvendamento desses elementos, que pode envolver a apresentação sucessiva e alterada (troca) de documentos e outras (art. 382 § 3º CPC15), proporciona a instauração de condições favoráveis à negociação, ensejando o encaminhamento da solução pela via autocompositiva. Portanto, é intuitivo que os dados descobertos pela via do art. 381 do CPC/15 sejam utilizados em sessões de autocomposição nos Centros Judiciários (ou extrajudiciários), razão pela qual parece importante que os operadores do direito comecem a se interessar por essa que é uma nova modalidade de resolução de disputas, preparando-se adequadamente, por meio da troca de documentos e outras provas, para a busca de uma solução negociada”.

A demanda de descoberta da prova possui um viés de não polarizar discussões jurídicas e estabelecer, por intermédio de evidências, como determinados fatos ocorreram. O ponto principal aqui é estabelecer um diálogo franco e humanizado entre as partes, com o claro objetivo de gerar processualmente um ambiente de conciliação baseado em fatos descortinados e “incontroversos”.

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo constitucional de processo e uma leitura adequada do artigo 381 do Código de Processo Civil nos permitem fazer as seguintes afirmações, de cunho, em muitas questões, provoca-

<sup>19</sup> CURY, Cesar Felipe. *Produção Antecipada de Prova e o disclosure no Direito Brasileiro in Revista Fonamec*, Rio de Janeiro, Volume 1, número 1, página 124.

tivo: (i) o processo civil não estimula disputas desnecessárias; (ii) há na ciência processual moderna verdadeira ojeriza a demandas distribuídas sem qualquer lastro probatório; (iii) o direito à prova é fundamental e autônomo em razão da cláusula do devido processo legal substantivo e do acesso à tutela jurisdicional e (iv) a *disclosure* importada pelo Código de Processo Civil não possui caráter de latente litigiosidade e, muito pelo contrário, alicerça uma política de contenção de processos.

A dinâmica processual e o campo de incidência probatório, com o Código de Processo Civil de 2015, passam a permitir que a tutela jurisdicional seja também concebida de maneira colaborativa e menos litigiosa. Uma demanda autônoma de provas, por si só, coloca os protagonistas da relação processual do mesmo lado em busca da descoberta sobre os fatos ocorridos no mundo real e transportáveis para uma relação processual não necessariamente contenciosa. ❖

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil. Formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Editora Revista dos Tribunais, 2ª Edição, São Paulo.

ARRUDA ALVIM. *Novo Contencioso Cível no CPC/2015*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Editora Atlas, 2ª Edição, Rio de Janeiro, 2016.

CURY, Cesar Felipe. *Produção Antecipada de Prova e o disclosure no Direito Brasileiro in Revista Fonamec*, Rio de Janeiro, Volume 1, número 1.

DALLA BERNARDINA DE PINHO, Humberto e MAZZOLA, Marcelo. *Manual de mediação e arbitragem*. Editora Saraiva, São Paulo, 2019.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoria general de la prueba judicial*, Tomo I, Zavalia, Buenos Aires, 1976.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito processual civil*. Vol. II, Salvador, Jus podivm, 10ª Edição, 2016.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro, Editora Forense, 3ª Edição, 2015.

\_\_\_\_\_. *Inovações do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Editora GZ, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NERY Junior, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários do Código de Processo Civil*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.

TAKAHASHI DE SIQUEIRA, Isabela Campos Vidigal. *Provas in Primeiras Lições sobre o novo Direito Processual Civil Brasileiro*. Coordenadores: Humberto Theodoro Júnior, Fernanda Alvim Ribeiro de Oliveira e Ester Camila Gomes Norato Rezende. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56ª, Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019.

# Petróleo, Contrato de Partilha e sua Recém Reforma

**Carla Izolda Fiuza Costa Marshall**

*Doutorado em Direito pela Universidade Gama Filho (2000). Professora Titular de Direito Empresarial do IBMEC/RJ desde 2004. Co-Líder de Grupo de Pesquisa de Direito do Petróleo e Co-Líder de Grupo de Pesquisa de Direito Econômico e Desenvolvimento Sustentável, IBMEC/RJ.*

## **RESUMO:**

O presente trabalho pretende analisar a conjuntura atual no que concerne ao direito do petróleo, em especial, à questão do pré-sal. Nesse contexto, o contrato de partilha foi o modelo adotado para a exploração do petróleo em águas ultraprofundas, contudo, seu conteúdo e exigências têm sido bastante questionados, o que, por sua vez, deu ensejo à reforma de seu respectivo marco legal. Desse modo, este estudo tem o intuito de dimensionar em que medida a atual revisão legal soluciona as principais críticas ao modelo do contrato de partilha.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contrato de Partilha; Exploração do pré-sal; Reforma do marco legal de partilha da produção.

## **ABSTRACT:**

The present paper intends to analyze the actual scenario related to petroleum law, in particular the pre-salt layer. The production sharing contract was the model chosen for the exploration in ultra-deep waters, however its substance and demands have often been questioned and, so far, there has been a recent reform in its legal framework. In this context, the aim of this work is to measure how this legal revision is able to solve the main concerns that were addressed to the production sharing contract model.

**KEYWORDS:** Production sharing contract; Pre-salt exploration; Production sharing legal reform.

## INTRODUÇÃO

O petróleo vem a ser uma das maiores fontes de energia da atualidade, portanto é bastante cobiçado por todos os países no planeta. A identificação de se tratar de um recurso natural esgotável o torna ainda mais desejado, especialmente em função de ser estratégico.

Qualquer país que detenha esse recurso natural deve explorá-lo, seja por meio de empresa estatal ou sob a forma de um contrato administrativo, nos moldes da concessão ou da partilha.

No Brasil, há dois modelos contratuais, o de concessão para todos as áreas residuais, ou seja, para todos as áreas, *onshore* ou *offshore*, fora do Polígono do Pré-sal e, por sua vez, o de partilha para o pré-sal.

Por ocasião da elaboração do marco legal do pré-sal, o governo de então considerou mais vantajoso para o país que se utilizasse do Regime de Partilha, com o intuito de que o Brasil pudesse usufruir mais dos recursos econômicos decorrentes da exploração que esse modelo propicia.

Algumas ponderações advieram das imposições feitas pela lei, em especial, quanto ao papel da Petrobras.

## 1. HISTÓRICO DO SETOR DO PETRÓLEO

### 1.1. Abordagem histórica mundial da indústria do petróleo

O petróleo, não com a configuração que hoje se apresenta, já tem sido utilizado para diferentes fins desde a Antiguidade. De tratamento de ferimentos, impermeabilizante de tendas e em substituição ao óleo de baleia na iluminação de grandes centros, o petróleo se fez presente em várias civilizações (como a chinesa, a inca e a egípcia), mas apenas em meados do século XIX começou a ser utilizado para os mesmos fins da atualidade.

A grande expansão do petróleo se iniciou com a descoberta do querosene pelo canadense Abraham Gesner, em 1859, com o americano Edwin Laurentine Drake, que perfurou o primeiro poço para a procura do petróleo, na Pensilvânia - o poço revelou-se produtor e a data passou a ser considerada a do nascimento da moderna indústria petrolífera, e, ainda, em função da criação da primeira empresa de petróleo do mundo, a *Pennsylvania Rock Oil Company*.

Durante todo o século XIX, os Estados Unidos dominaram o comércio petrolífero mundial; isso se deu, em grande parte, à atuação do empresário John D. Rockefeller, que, em 1870, fundou a *Standard Oil Company*.

A *Standard Oil Company* se caracterizou como sendo a primeira companhia preocupada com bons produtos e baixo custo de produção. Ocorre que, posteriormente a isso, Rockefeller criou um modelo de negócios que controlava a produção de petróleo da sua exploração até a sua distribuição, valendo-se de uma economia de escala para alavancar os seus lucros. Isso só foi possível porque, nos EUA, os direitos de propriedade garantiam ao dono do solo tudo o que dele fosse extraído, no caso específico, o petróleo. O seu sucesso foi tão grande, que começou a preocupar o governo americano, que acabou por promulgar a lei *Sherman Act* (lei antitruste com o intuito de controlar empresas que tinham um domínio muito grande do mercado).

A *Standard Oil* foi obrigada a dissolver o seu monopólio em 1911, entretanto o poderio de Rockefeller permaneceu. O empreendedor teve a brilhante ideia de transformar sua corporação em 34 companhias independentes como a *Standard Oil*, a *New Jersey S.O.* e a *New York Socony (Mobil)*, entre outras.

Outro destaque no comércio mundial foi a empresa de capital anglo-holandês *Royal Dutch-Shell Group*, que era apoiada pelo governo britânico. Sua expansão foi rápida e impactante, levando-a a controlar grande parte das reservas do Oriente Médio já no início do século XX<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Sobre a história da indústria do petróleo, ver mais profundamente em YERGIN, Daniel. O Petróleo. Uma história mundial de conquistas, poder e dinheiro. São Paulo: Paz e Terra. 2010.

Em 1930, a *Royal Dutch-Shell* e mais 6 empresas derivadas da dissolução da *Standard Oil Company* formaram *joint ventures* para a exploração de campos petrolíferos estrangeiros. Essa união ficaria conhecida como o “Cartel das Sete Irmãs”, que seguiria o mesmo modelo de economia de escala de Rockfeller.

A base dos lucros dessas empresas consistia em produzir, por custo muito baixo, petróleo sob o regime de concessão, refiná-lo para alavancar o seu preço e deter o controle dos meios de transporte eficazes para suprir os seus consumidores mundo afora.

Após a Segunda Guerra, nos anos 1950 e 1960, o Oriente Médio e alguns países africanos desenvolveram produção de petróleo e derivados. Esse fato, somado aos movimentos de descolonização, fez com que os países produtores de petróleo criassem organizações como a OPEP (Organização dos Países Exportadores de Petróleo), com o intuito de garantir preços de venda mais justos, coordenar a política desses países com recente extração independente de petróleo, reduzindo a hegemonia americana nesse segmento.

Os eventos supramencionados, mais o incidente de *Yom Kipur* (em que a OPEP elevou muito os preços do petróleo), levaram à primeira crise internacional do petróleo, o que reduziu as exportações para os Estados Unidos e alguns países europeus. Esse acontecimento gerou instabilidade na indústria petrolífera e enfraqueceu o papel das Sete Irmãs. Esse momento que abalou todo o planeta é conhecido como a primeira Crise Mundial de Petróleo.

Em 1974, foi criada a AIE (Agência Internacional de Energia), cujo trabalho visava à redução da utilização do petróleo em prol de fontes de energia alternativa, o que, no futuro, levou a uma redução do preço do petróleo pela OPEP.

Em 1979, ocorreu mais uma crise no mercado petrolífero, causada pela Revolução Islâmica do Irã.

Pode-se dizer que, em função das duas grandes crises de petróleo, na década de 1980, deu-se uma revolução nos contratos do setor de petróleo, que passaram a ter um interesse de longa

duração com estatais de países que já o exploravam. Deu-se assim o surgimento de *joint ventures*<sup>2</sup>, cuja finalidade era reduzir os custos e aumentar os lucros.

## 1.2. Principais aspectos no caso brasileiro

O histórico brasileiro de exploração do petróleo teve seu início com a Independência do Brasil, sendo do Império a propriedade da riqueza do subsolo. Com a criação da Petrobrás, por meio da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, a União passou a deter o monopólio das atividades de pesquisa e lavra de jazida de petróleo, refinação, transporte marítimo do petróleo bruto e seus derivados. O CNP – Conselho Nacional de Petróleo<sup>3</sup> - passou a ser o órgão de fiscalização e orientação da Petrobrás e de suas subsidiárias, como órgãos de execução.

O monopólio estatal do petróleo foi consolidado a partir da Constituição de 1967 por determinação do então Presidente da República, tendo sido adotados no Brasil os contratos de prestação de serviços para a exploração de petróleo, com cláusulas de risco.

Segundo Elaine Ribeiro<sup>4</sup>:

Os contratos de risco foram de grande valia para o capital nacional, tendo em vista que havia o monopólio estatal, e a empresa privada que contratava com a Petrobrás, após a descoberta, assegurava o reembolso dos custos e das pesquisas feitos para a exploração em um determinado campo. Assim, o país hospedeiro (Brasil) ficava como controlador e supervisor das operações petrolíferas. Dessa maneira, os acordos

<sup>2</sup> As bases para o oferecimento de proposta conjunta para atuação em projetos de E&P se dá por meio do JBA – *joint bidding agreement*, e, somente após poderá ocorrer a *joint venture non corporate*. Ver em AMUI, Sandoval. Petróleo e Gás Natural – para advogados e negociadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

<sup>3</sup> A criação do CNP, pelo Decreto-Lei n. 395, de 29 de abril de 1938, representou a primeira iniciativa consistente do Estado brasileiro de regulação do setor petrolífero. Constituiu o ponto final de um processo que, iniciado com a promulgação da Lei de Minas de 1921, tornou-se mais tenso a partir de 1933, com o conflito entre empresários e grupos técnicos do Estado em torno da exploração do petróleo no país, e culminou com a vitória das posições nacionalistas, sustentadas sobretudo por segmentos do Exército. O CNP foi concebido como um órgão colegiado, composto pelos ministros das três Forças Armadas, os ministros da Fazenda e do Trabalho, Indústria e Comércio, e representantes de sindicatos da indústria e do comércio. Suas decisões sempre obedeceram à orientação preponderante de seu presidente, nomeado pela Presidência da República, e eram passíveis de veto por parte dos ministros militares. Seu corpo técnico, constituído sobretudo após 1941, viria a constituir a fonte mais importante de recursos humanos para a Petrobrás.

<sup>4</sup> Ver mais profundamente em RIBEIRO, Elaine. Direito do Petróleo, Gás e Energia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 15.

trouxeram contribuição interna para o país, já que se investia em qualificar a mão de obra e o desenvolvimento da pesquisa interna sobre o tema.

Dessa forma, muito embora tenham sido bastante tímidas as descobertas oriundas desse sistema, o país teve muito a agregar, em especial, a Petrobrás, pois obteve ganhos indiretos que, na atualidade, pode-se perceber como grandiosos em face de seu desenvolvimento tecnológico e operacional, podendo-se, ousar dizer que foi alavancado pela utilização desse sistema.

### 1.3. Emenda Constitucional nº 9

O início da década de 1990 é de fundamental importância para que se possa entender o contexto que possibilitou a flexibilização da exploração, produção e refino na indústria do petróleo e gás natural.

Isso porque, a política econômica, até então, pautava-se no Nacionalismo, na intervenção estatal em diversos segmentos da sociedade e do mercado – considerados estratégicos –, e no financiamento externo, o que acarretou ao Brasil uma economia fechada, altos índices de inflação e uma crise generalizada.

No governo de Fernando Collor, iniciou-se o neoliberalismo no país, adotando-se o processo de privatizações, para retirar da competência do Estado a execução e prestação de determinados serviços, restando ao Estado as áreas básicas, como, por exemplo, a saúde, a educação e a segurança, setores em que o Poder Público deveria se concentrar.

Assim, o Estado Moderno, ao flexibilizar algumas atividades que antes eram de sua exclusiva execução, passou a exercer uma de suas funções constitucionais – até então precariamente exercida –, qual seja, a de estabelecer políticas econômicas, além de regular e fiscalizar a economia, permitindo, assim, a participação de todos os agentes econômicos nos diversos setores da sociedade, com especial atenção ao mercado petrolífero.

A flexibilização supracitada permitiu a atração de capital privado para determinadas atividades em que se requeria a expansão dos investimentos em volume insuscetível de financia-

mento exclusivo por parte do Estado e seus *longa manus*, como a Petrobrás, por exemplo.

Reitere-se que, historicamente, a criação da Petrobrás se deu em razão de uma forte campanha popular denominada “O Petróleo é Nosso”, dando à empresa o monopólio da exploração, produção, refino e transporte da *commodity* e seus derivados, um marco histórico no país.

*A posteriori*, o monopólio supracitado havia sido elevado à categoria de norma constitucional com a Carta de 1967 – outorgada, diga-se de passagem –, que previa, em seu art. 169, alterado pela Emenda Constitucional n.º. 1 de 1969, que “a pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional constituem monopólio da União, nos termos da lei”.

A Constituição Cidadã, promulgada em 1988, não dispôs de outra forma, disciplinando, em seu art. 177, que constituem monopólio da União a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades anteriores, entre outras, todas relacionadas com a indústria petrolífera.

Entretanto, o referido dispositivo foi, posteriormente, alterado pela Emenda Constitucional n.º. 9, de 1995, mantendo o monopólio do petróleo com a União, isto é, permanecendo esta como titular do domínio sobre os recursos minerais, inclusive, conforme dispõe o art. 20, IX, da CRFB/88, inovando, contudo, ao dar uma nova redação ao art. 177, §1º, do mesmo diploma legal, permitindo, no sistema de pesquisa e de lavra, a opção de contratar empresas privadas ou estatais para a execução desse trabalho ou a manutenção do atual sistema, nos termos da lei.

Assim, a referida Emenda Constitucional tornou possível a entrada de empresas privadas em todos os elos da cadeia do petróleo e do gás natural no Brasil, determinando, contudo, a elaboração de uma lei infraconstitucional que garantisse o fornecimento de derivados do petróleo em todo o território nacio-

nal, especificando, ainda, as condições de contratações entre as empresas supracitadas e a União, assim como a estrutura e as atribuições de seu futuro órgão regulador.

Nessa esteira, foi promulgada a Lei n.º 9.487, de 1997, conhecida como a Lei do Petróleo, que criou a Agência Nacional do Petróleo – ANP, atualmente, Agência Nacional do Petróleo, culminando em um novo marco regulatório do setor petrolífero no Brasil.

#### 1.4. Lei do Petróleo e a criação da ANP

A Emenda Constitucional N.º 9, de 09 de novembro de 1995, foi criada para modificar o art. 177 da CF/1988, com a finalidade de flexibilizar<sup>5</sup> o monopólio das atividades de E&P (Exploração e Produção) da indústria petrolífera, colocando fim a mais de 40 anos do monopólio estatal exercido pela Petrobrás. A Lei n. 9.478/97 (Lei do Petróleo) complementou (regulamentou) a Emenda Constitucional n.º 9/95 e teve por objetivos o estímulo à concorrência, a atração de investimentos e a regulamentação das participações governamentais sobre a exploração e produção de petróleo e gás natural:

EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 9, DE 09 DE NOVEMBRO DE 1995 - DOU DE 10/11/1995

Dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos.

As MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL, nos termos do § 3.º art. 60, da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1.º O § 1.º do art. 177 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 177.

§1.º *A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei.”*

Art. 2.º Inclua-se um parágrafo, a ser enumerado como § 2.º com a redação seguinte, passando o atual § 2.º para § 3.º, no art. 177 da Constituição Federal:

---

<sup>5</sup> Ressalte-se que, na ocasião, havia entendimento de que se tratava de uma quebra do monopólio estatal e não uma flexibilização. Na atualidade, essa discussão já se encontra ultrapassada.

“Art.177.

§2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

- I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;
- II - as condições de contratação;
- III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União”.

Art. 3º É vedada a edição de medida provisória para a regulamentação da matéria prevista nos incisos I a IV e dos §§ 1º e 2º do art. 177 da Constituição Federal.

Brasília, 9 de novembro de 1995.

Com isso, houve grande transformação no setor petrolífero no Brasil, consolidando, assim, a abertura do mercado brasileiro para as empresas privadas desenvolverem as atividades desse setor, tendo uma agência reguladora para controlar tais atividades.

A respeito dessa flexibilização, destaca-se:

(...) a Emenda não flexibiliza o monopólio da União sobre a indústria do petróleo: na realidade, o mantém na sua integridade, tal qual configurado no texto constitucional vigente. Apenas – e apenas isto – admite que outras empresas a serem contratadas pela União possam também, tal qual ocorre com a Petrobrás, exercer as atividades monopolizadas. Há aí, na emenda, unicamente, ‘quebra’ de reserva de mercado atribuída à Petrobrás, isto é, fica mantido sem qualquer alteração o monopólio da União<sup>6</sup>.

A emenda em tela aborda as atividades dos segmentos de *downstream* e *upstream*, mas, no que concerne ao transporte, importação e exportação (*midstream*), continuaram sob o regime monopolista de entidade federal. Assim, manteve-se uma visão deturpada na seara constitucional, permanecendo a restrição ao acesso da livre iniciativa privada em tais setores, pois o monopólio federal não permite mais investimentos privados pela criação de vários regulamentos e requisitos para atuar nessas fatias de serviço.<sup>7</sup>

6 LIMA NETO. “Parecer da Comissão Especial do Congresso Nacional”, publicado no Diário do Congresso Nacional de 20/05/95, p. 10.638.

7 RIBEIRO, Elaine. *Direito do Petróleo, Gás e Energia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.48.

Vale ressaltar que, em 2005, foi movida uma ADIn, tendo em vista o fato de que, se a indústria do petróleo é monopólio da União, não comporta parceiros privados.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal, com o voto do Ministro-relator Eros Grau, entendeu que não se pode confundir propriedade do bem com o monopólio da atividade. A União é dona do subsolo, da jazida, mas o produto da jazida pode ser objeto de concessão com parceiros privados. Ou seja, o art. 20, inciso IX, da CRFB fala que os recursos minerais pertencem à União, porém trata-se de propriedade do bem, e não de uma atividade econômica monopolizada.

O Supremo interpretou, ainda, que as atividades previstas no art. 177 da CRFB podem ter parceria do setor privado e este ficará com a propriedade do que encontrar na jazida. Uma vez que, se o petróleo é um bem público, portanto da União, ele é inalienável (art. 100 do CC). Ninguém poderia vender o petróleo. A propriedade não se confunde com o petróleo. Petróleo não é bem público, é produto da atividade de exploração, portanto pode ter participação do setor privado. Em suma, uma vez retirado do subsolo em função de uma atividade econômica, torna-se produto, que pode ser objeto de comercialização e de propriedade do agente que o produziu.

Por todo acima exposto, é possível verificar que essa reforma institucional da indústria de petróleo e gás no Brasil, introduzida pela Emenda Constitucional n° 9/95 e regulamentada pela Lei n° 9.478/97 (Lei do Petróleo), modificou o papel do Estado nesse setor, que passou de agente produtor para agente regulador, permitindo a participação de empresas privadas nas atividades de exploração e produção, até então sob monopólio da Petrobras.

A operação da indústria de petróleo divide-se em três partes:

*Upstream*: Engloba as atividades de identificação e localização das fontes de óleo. Em outras palavras, são as atividades de exploração, perfuração e produção.

*Midstream*: É a fase em que as matérias-primas são transformadas em produtos prontos para uso específico (gasolina, diesel

querosene, GLP). São as atividades de refinamento e transporte do petróleo e gás.

*Downstream*: É a parte logística. Transporte dos produtos da refinaria até os locais de consumo. Compreendendo o transporte, distribuição e comercialização (revenda). Nessa fase, há a fiscalização da ANP, que se faz nas distribuidoras de combustíveis, bem como nos postos, primando pela qualidade e abastecimento.

Nesse diapasão, é possível identificar alterações que alcançaram a Petrobrás, no que diz respeito a sua atuação no mercado competitivo, sendo criado um capítulo específico para regulamentar suas atividades, antes pela Lei 2.004/1953, que foi revogada.

O CNPE – Conselho Nacional de Política Energética<sup>8</sup> tem como atribuição elaborar propostas para assegurar o abastecimento interno e o aproveitamento racional dos recursos energéticos por meio de políticas públicas.

Diante do quadro de tantas mudanças e desafios trazidos pela Lei do Petróleo é que surgiu a ANP com o:

papel de regular as atividades do setor petrolífero, além de estimular seu desenvolvimento através da entrada de novos atores e de atuar nos mais diversos campos da indústria do petróleo, buscando sempre seu desenvolvimento e o respeito às práticas concorrenciais do mercado, para garantir da melhor forma possível a atuação de todas as empresas nesse setor.<sup>9</sup>

A ANP foi implementada e estruturada pelo Decreto 2.455/1998, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, como dispõe o art. 7º da Lei do Petróleo:

Fica instituída a Agência Nacional do Petróleo – ANP, entidade integrante da Administração Federal indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, vinculado ao Ministério de Minas e Energia.

---

8 O Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, é órgão de assessoramento do Presidente da República para formulação de políticas e diretrizes de energia. <http://www.mme.gov.br/web/guest/conselhos-e-comites/cnpe>

9 FARIA NETO, Murilo Mariz de. *Evolução da indústria do petróleo e gás no Brasil e os desafios da ANP no atual modelo*. 2º Congresso Brasileiro de P&D em petróleo & gás. Disponível em: [http://www.portalabpg.org.br/site\\_portugues/2\\_congresso.html](http://www.portalabpg.org.br/site_portugues/2_congresso.html), acessado em 17 de outubro de 2011.

Cumprе destacar que as principais características das agências reguladoras são a independência (autonomia), por ser última instância e não caber recurso hierárquico a outro ente do Poder Executivo para rever sua decisão; o poder normativo de elaborar normas técnicas regulamentando o setor de petróleo, gás e biocombustíveis; o poder de dirimir conflitos entre agentes econômicos e, também, entre estes e os consumidores e usuários dos bens e serviços provenientes do petróleo e seus derivados, por meio das sessões deliberativas da Diretoria da ANP, buscando assim a conciliação e o acordo.

A Lei 11.097/2005, dentre outras medidas, alterou a denominação da ANP, com vistas a abarcar a matriz energética do biocombustível, fixando a sede e o foro no Distrito Federal, mas escritórios no Rio de Janeiro.<sup>10</sup>

A ANP possui atribuições diferentes para cada segmento da indústria do petróleo apontado acima.

No *upstream*, a ANP tem como atribuição a definição dos blocos que serão licitados, bem como a elaboração dos atos referentes às licitações, além de fiscalizar a exploração, o desenvolvimento e o controle por meio da Superintendência de Controle das Participações Governamentais.

Já no *midstream*, cabe à ANP autorizar a construção de refinaria e Unidade de Processamento e de Estocagem de Gás Natural (UPGN), o transporte de petróleo, gás e derivados e a importação, exportação, movimentação e comercialização dos produtos supramencionados.

Por fim, no *downstream*, cumpre à ANP zelar pelo abastecimento, pela qualidade dos biocombustíveis e produtos oriundos do petróleo e do gás e proceder à fiscalização das atividades realizadas pelos particulares no comércio em geral.

Em suma, como se pode observar, as funções da ANP englobam desde a estruturação do setor petrolífero, por meio do controle sobre as práticas concorrenciais e o seu estímulo, até o fim da cadeia produtiva, com o reflexo dos ganhos para os con-

---

10 RIBEIRO, Elaine. *Direito do Petróleo, Gás e Energia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.58.

sumidores, atuando decisivamente em todas as etapas das atividades da indústria do petróleo, seja por intermédio de seu poder normativo, editando normas que irão reger tais atividades, seja por meio de seu poder fiscalizador, fazendo cumprir tais normas, e até mesmo de seu poder para dirimir conflitos entre os atores que atuam na indústria, surgidos em decorrência dessas atividades, agindo como conciliador e árbitro.

A ANP, que já tinha o desafio de adaptar-se às mudanças introduzidas pela Lei do Petróleo, com a descoberta do Pré-sal e a estruturação de sua exploração e produção, ganhou novas atribuições em função da promulgação da Lei 12.351/10, com competências definidas ao longo do texto legal, em especial no art. 11.

A precitada lei já sofreu alterações bastante significativas com a promulgação da Lei 13.365/16, que trouxe a possibilidade de a Petrobras optar se será ou não operadora e se irá participar da exploração. A regulamentação desses dispositivos foi objeto do Decreto 9.041/17.

## 2. OS CONTRATOS DE EXPLORAÇÃO UTILIZADOS NO SETOR DE PETRÓLEO

### 2.1. Formas de contratação para a exploração

Atualmente, no mundo, são utilizados basicamente 5 (cinco) modelos de regime de atividades de E&P: a concessão moderna (*license*), acordo de participação, partilha de produção, o acordo de serviço (*prestação de serviço*) e os *contratos híbridos ou compostos*.

Destaque-se que não existe utilização de um modelo puro e, ainda, diferem de país para país. A distinção entre os modelos é feita com a identificação de características chaves de cada um deles. A identificação de um modelo depende das características marcantes dele; aí sim será possível dizer que se trata de concessão, de acordo de participação, de partilha de produção, de acordo de serviço ou de composto.

Pode-se dizer que um regime de E&P é de “Concessão” – *License*, que não se confunde com a nossa licença – quando é atribuído às petrolíferas o direito de exercer as atividades de ex-

ploração e produção sobre uma determinada área ofertada pelo Estado, por um tempo definido, sob seu próprio risco e, em caso de êxito, o óleo e o gás extraídos são de sua propriedade, bastando que remunerem o Estado por meio de *compensação financeira*.

Há dois tipos de concessão, a Clássica e a Moderna. Como a própria denominação indica, aquela foi a primeira a ser utilizada, e sua característica marcante estava no fato de compreender longo prazo de exploração, 60 (sessenta) anos, e em áreas muito extensas e, ainda, *royalties* muito baixos, mercado praticamente dominado por 7 (sete) empresas privadas (*The Seven Sisters*). A Moderna tem áreas concedidas e prazo dos contratos bem menores, pagamento de *royalties* bem mais altos, estando a maior parte da produção de petróleo, hoje, nas mãos de estatais. Nesses contratos, o risco integral é do concessionário, que terá, todavia, a propriedade do petróleo explorado.

O Acordo de Participação foi desenvolvido para substituir a Concessão Clássica e permitir a atuação de petrolíferas estrangeiras em países cuja legislação limitava ao Estado as atividades petrolíferas ou, ainda, para viabilizar a transferência de tecnologia e um controle maior do país anfitrião (*host country*) sobre as atividades de E&P. Os riscos da operação e os resultados são divididos entre a petrolífera estrangeira e o Estado, com o repasse da tecnologia empregada (*joint venture* ou *equitaty joint venture*).

O *Production-Sharing Contrats* - A Partilha de Produção - também é um modelo usado para substituir a concessão, em função das mesmas justificativas expostas anteriormente, sendo largamente utilizado por Estados em desenvolvimento e que detêm grandes reservas de petróleo e gás. Permite ao Estado deter maior controle sobre a produção, estocagem e venda do petróleo, visando a relações internacionais e desenvolvimento econômico do país. Muito embora haja ponderações que indicam que tais objetivos podem ser atingidos pelo modelo de concessão, a partir de elevação/redução do imposto de exportação sobre o petróleo e seus derivados, por aprovação ou não pelo Estado dos planos de exploração e de produção de petróleo das petrolíferas concessionárias etc.

No modelo de partilha de produção, uma empresa estatal ou um órgão público oferta área para que petrolífera explore sob mando de uma comissão operacional conjunta – nomeada pela estatal/órgão público e pela empresa exploradora. Nos países que operam com a partilha de produção, normalmente a maioria dos membros dessa comissão operacional é indicada pela estatal/órgão público. Daí ser um modelo indicado apenas quando o país detém pessoal bastante qualificado no setor, sob pena de não conseguir gerir as atividades e ser ludibriado pelas petrolíferas quanto a custos de produção e valores das jazidas de petróleo e gás. A produção é partilhada – daí o nome do modelo. O Estado fica com óleo/gás *in natura* e atua diretamente na exploração e produção de petróleo e gás, não havendo necessidade de intervenção regulatória forte no setor para fins de evitar efeitos málficos em outras áreas econômicas e nas relações internacionais.

A parte da produção que cabe ao Estado pode ser-lhe dada em dinheiro: a petrolífera pode ser autorizada a vender a parte do Estado ou a ficar com o óleo/gás e remunerar o Estado. Nesse caso, verifica-se maior semelhança com o modelo de concessão – no qual a propriedade do óleo/gás prospectado é da petrolífera concessionária, que paga a compensação financeira ao Estado. Por fim, o modelo de partilha é recomendável para países que têm baixa estabilidade institucional, que não possuem um sistema de leis sólido, principalmente quanto a tributação e a regulação de atividade petrolífera.

O Acordo de Serviço é entendido como Contrato Ordinário de Serviço, no qual dá-se a simples contratação, pelo Estado, do serviço de uma petrolífera, assumindo todos os riscos da operação, bem como ficando com todo o óleo e gás em caso de êxito; e o Contrato de Serviço de Risco, *Risk Service Contract*, é aquele no qual a petrolífera é contratada, mas opera sob seu próprio risco, só recebendo pagamento em caso de êxito. A remuneração é superior ao do outro tipo de contrato e se dá em óleo/gás, em dinheiro ou em desconto para a compra do óleo produzido. Esse modelo foi adotado pelo Brasil entre 1975 e 1988, dividindo espaço com o modelo de monopólio de E&P, cujos contratos eram celebrados pela Petrobrás com outras petrolíferas.

Por sua vez, os Contratos Híbridos ou Compostos são, como a própria denominação indica, um misto das demais modalidades. Há absorção do risco pelo contratado, com diferentes possibilidades de participação no gerenciamento do projeto e na divisão dos lucros.

### 3. CONTRATO DE PARTILHA E OS NOVOS DESAFIOS TRAZIDOS PELA LIBERDADE DE CONTRATAR ATRIBUÍDA À PETROBRAS

#### 3.1. Breve introdução

Antes de adentrar na abordagem sobre os contratos utilizados no Brasil, é importante destacar que a adesão ao modelo de Partilha da Produção, assim como o seria para qualquer outro modelo contratual, decorre do momento econômico vivenciado no país, do mesmo modo que ocorre com o sistema de intervenção estatal na economia e no mercado.

Cumprido destacar que, atualmente, no mundo, foram identificados cerca de 20 campos gigantes de petróleo, sendo que, no Brasil, estudo realizado para a aferição preliminar referente ao Pré-sal, identificou 6 campos gigantes: Libra, que foi objeto de Leilão em 2013 e que já está produzindo, Guará, Cernambi, Iara, Franco e Lula. Impossível não haver reflexão sobre o que se pretende auferir, em termos de sociedade, com todo esse potencial<sup>11</sup>.

Como já destacado anteriormente, as descobertas de petróleo no Brasil o conduziram a um novo patamar em relação ao mercado mundial de produção. Precisamente, as Bacias de Santos e de Campos são as grandes produtoras de óleo *offshore* do país, o que, numa visão econômico-geográfica, é fator de destaque, visto que as duas estão próximas dos dois maiores centros econômicos do país, Rio de Janeiro e São Paulo.

A localização desses grandes reservatórios encontra-se numa profundidade de difícil prospecção, levando o Estado brasileiro a realizar grandes investimentos em infraestrutura, aparelhagem e pesquisa de técnicas de prospecção.

<sup>11</sup> Ver mais profundamente em TOLMASQUIN, Maurício, PINTO JUNIOR, Helder. Marcos Regulatórios da Indústria do Petróleo. Rio de Janeiro: Synergia, 2011, p. 4.

Na busca pela autossuficiência na produção e pelos lucros na venda do que for prospectado, foi preciso, segundo Elaine Ribeiro, “que o Brasil ampliasse a proteção dessas riquezas e elaborasse um novo modelo regulatório, para permitir melhor gerência por parte da União, ou seja, do povo brasileiro na produção das explorações”.<sup>12</sup> Nesse sentido, foi necessária a criação do referido “novo marco regulatório”, para dar prosseguimento a mais esse desafio brasileiro, o Pré-Sal.

### 3.2. Cessão Onerosa

Capítulo à parte e, em função do modelo de partilho adotado no Brasil, houve a premente imperiosidade de capitalização da Petrobras para tanto, veio à tona o que se denominou “Cessão Onerosa”, por meio da Lei 12.276/10. Com esse marco legal, a União cede à Petrobras a titularidade do petróleo, gás e dos hidrocarbonetos fluidos produzidos nos termos do contrato, sendo intransferível tal cessão.

Na verdade, a cessão onerosa consistiu em:

O acordo de cessão onerosa foi fechado entre o governo federal e a Petrobras em 2010 e permitiu que a estatal explorasse, sem licitação, 5 bilhões de barris de petróleo em campos do pré-sal na bacia de Santos. Em troca, o governo recebe parte do óleo produzido. A medida serviu para capitalizar a empresa<sup>13</sup>.

Encontra-se em fase de negociação entre a Petrobras e a União, pois o que se imaginava, na ocasião da celebração do Contrato de Cessão Onerosa, é que haveria uma determinada quantidade de petróleo, e o que se constatou é que havia muito mais. A ANP estima que há entre 6 e 15 bilhões de barris, a que se denomina “excedente da cessão onerosa”. Proximamente, se terá uma solução desse impasse. O lado positivo dessa discussão é a identificação de que nem as melhores expectativas imaginariam que as reservas ultrapassassem e muito o que se estimava.

<sup>12</sup> RIBEIRO, Elaine. *Direito do Petróleo, Gás e Energia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

<sup>13</sup> <https://g1.globo.com/economia/noticia/governo-e-petrobras-vaio-formar-comissao-para-discutir-cessao-onerosa.ghtml> de 16/01/2018, acesso em 26/02/2018.

### 3.3. A liberdade de contratar atribuída à Petrobras

Como já se destacou, não só mudanças no âmbito legal e jurídico foram necessárias, mas também em nível estrutural.

Observe-se que, inicialmente, o objetivo era ter a Petrobras como única operadora dos poços nas bacias hidrográficas. Entretanto, visto o volume e a grandiosidade do empreendimento, foi necessário abrir a empresas particulares a possibilidade de participação na produção petrolífera brasileira, sem prejuízo à empresa estatal, que mesmo nesses casos deveria ter participação mínima de 30%.

Com a alteração decorrente da promulgação da Lei 13.365/16, que, como já se destacou, trouxe a possibilidade de a Petrobras optar se será ou não operadora e se irá participar da exploração, e, ainda com a sua regulamentação, por meio do Decreto 9.041/17, tal obrigação foi flexibilizada.

No que tange à parte operacional do contrato, portanto, se dá em função da constituição de um consórcio entre o setor público, representado pela Petrobras, e a iniciativa privada, representada pelas *International Oil Companies*. Observe-se que essas mudanças são relativas somente à área do Pré-Sal e a áreas estratégicas. Assim, reitere-se, áreas já licitadas continuarão com o antigo regime de contratos de concessão, bem como as áreas *onshore* e, no que tange às *offshore*, fora do Polígono do Pré-sal.

Nesse modelo contratual, o risco das atividades desenvolvidas é do consórcio<sup>14</sup>, bem como seus custos para a produção. Ao primeiro olhar, o referido contrato não parece oferecer grande vantagem às empresas petrolíferas. Entretanto, na atenta análise dos valores envolvidos, percebe-se que mesmo arcando com todos os investimentos, que serão, posteriormente, pagos em produção, ainda é de grande vantagem a participação da iniciativa privada.

---

<sup>14</sup> Sobre a, ainda, discussão sobre consórcio e *joint venture*, ver em MARSHALL, Carla. Reorganização Societária e Alianças Estratégicas in MARSHALL, Carla. Direito Societário – Estudos e Pareceres. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2009, p. 119.

## No entendimento de Marilda Rosado de Sá<sup>15</sup>, no PSA:

A estatal do país hospedeiro tem participação na administração, e a IOC assume o risco da parte técnica e financeira da operação em uma determinada área sob contrato; a produção pertence ao país hospedeiro; após recuperação dos custos, a produção é rateada entre a estatal e a IOC, de acordo com percentual predeterminado; a renda da IOC é sujeita à tributação; os equipamentos e instalações são propriedade do país hospedeiro.

As *International Oil Companies*, ou seja, as empresas privadas de prospecção e produção de petróleo e derivados são, segundo um estudo da Universidade de Stanford, muito mais rentáveis do que as *National Oil Companies*, as empresas nacionais de produção petrolífera, pelo simples fato de que “as motivações econômicas são distintas”. Nas IOCs, tenta-se produzir rapidamente para um rápido retorno financeiro. Já as NOCs representam geralmente interesses estatais que se refletem no prolongamento do tempo de produção para a preservação das riquezas pelo maior tempo possível.

Nos contratos que estarão em vigência no Brasil, é assegurada às empresas uma forma de participação nos lucros, ou seja, após a prospecção, ocorre a partilha do que deve ser de direito do Estado detentor das jazidas e o que deve ser de direito da empresa prospectora.

Na expectativa de um quantitativo expressivo de novos contratos no modelo de Partilha da Produção, foi constituída a PPSA – Pré-Sal, Petróleo S.A., conforme dispõe a Lei 12.304/2010, sob a forma de Sociedade Anônima e integrante da Administração Pública Indireta, cujos recursos são, majoritariamente, advindos das rendas na gestão dos contratos, restrita à área do Pré-sal.

Na verdade, já houve muito debate acerca da criação da PPSA – Pré-sal Petróleo S.A, contudo, já está ultrapassada essa discussão. A PPSA é uma gestora do contrato e não produz óleo, tendo a base técnica, mesmo na área do Pré-sal, a cargo da ANP.

<sup>15</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito do Petróleo – as *joint ventures* na indústria do petróleo. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 163/4.

É importante notar que, apesar das peculiaridades do Contrato de Partilha, este se submete às regras de qualquer outra modalidade de contrato, tendo seu vencimento correlato ao prazo estabelecido pelas partes; pelos motivos de resolução previstos; pelo término da fase de exploração sem descobertas que sejam comerciais; e pela desistência da parte contratada.

A experiência de aplicação desses contratos em outros países mostra que a viabilidade em solo brasileiro é vantajosa não só para as empresas, mas também para a União, que continua com a propriedade do petróleo e dos hidrocarbonetos. Países como México e Noruega, que também possuem petróleo em águas profundas, adotaram modelos similares bem-sucedidos, o que pode demonstrar um possível êxito na adoção de tal regime em solo brasileiro.

A recente revisão do modelo de partilha, dando maior liberdade à Petrobras, parece demonstrar uma maior adequação a ela, é uma sociedade de economia mista e deve poder exercer o direito à livre associação e iniciativa. Portanto, certamente, dará condições à Petrobras de opinar e exercer a alternativa de não participar em operações que não sejam do seu interesse.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo pretendeu fornecer um panorama daquilo que ainda irá se desdobrar nos próximos leilões que irão transcorrer nos próximos três anos, cuja agenda já foi divulgada.

O interesse na exploração do pré-sal aumenta quando a oscilação do preço do barril de petróleo cresce no mercado externo.

A obrigação imposta à Petrobras, no regime de partilha, sempre pareceu extremamente onerosa e desigual. A flexibilização de sua participação a desonera e ela passa a atuar como agente econômico autônomo. A participação do capital privado impõe medidas de equilíbrio entre o interesse estatal e o interesse privado, muito embora impossível olvidar tratar-se de um segmento estratégico para qualquer país do mundo.

Só o futuro irá dizer se bastará apenas essa medida ou se ainda serão necessários novos ajustes, com vistas à obtenção de lucros reais que possam auxiliar e conduzir ao desenvolvimento econômico sustentável do país. ❖

## 5. REFERÊNCIAS

AMUI, Sandoval. *Petróleo e Gás Natural – para advogados e negociadores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FARIA NETO, Murilo Mariz de. *Evolução da indústria do petróleo e gás no Brasil e os desafios da ANP no atual modelo*. 2º Congresso Brasileiro de P&D em petróleo & gás. Disponível em: [http://www.portalabpg.org.br/site\\_portugues/2\\_congresso.html](http://www.portalabpg.org.br/site_portugues/2_congresso.html).

MARSHALL, Carla. *Direito Societário – Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2009.

NETO, Lima. “Parecer da Comissão Especial do Congresso Nacional”, publicado no Diário do Congresso Nacional de 20/05/95.

RIBEIRO, Elaine. *Direito do Petróleo, Gás e Energia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo – as joint ventures na indústria do petróleo*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TOLMASQUIN, Maurício, PINTO JUNIOR, Helder. *Marcos Regulatórios da Indústria do Petróleo*. Rio de Janeiro: Synergia, 2011.

YERGIN, Daniel. *O Petróleo. Uma história mundial de conquistas, poder e dinheiro*. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

# Por que Temer o Juiz das Garantias?

**Marcelo Oliveira da Silva**

*Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Especialista em direito constitucional pela Faculdade de Coimbra. Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá.*

**SUMÁRIO:** RESUMO. ABSTRACT. 1. INTRODUÇÃO. 2. A RESISTÊNCIA AO JUIZ DAS GARANTIAS 3. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

**RESUMO:** Este trabalho tem como escopo demonstrar a imprescindibilidade da efetivação do Juiz das Garantias no ordenamento jurídico processual. Pauta-se a investigação pelo seguinte problema: Há uma resistência de aceitação ao Juiz das Garantias, por reminiscências de um período autoritário de vigência do Código de Processo Penal, de forma a permitir a manutenção do sistema inquisitorial, através do qual o amplo direito de defesa resta absolutamente prejudicado diante do direcionamento das coletas de provas na fase de persecução penal pelo mesmo juiz responsável pelo julgamento da causa. Sustenta-se a inexistência de qualquer inconstitucionalidade da Lei nº 13.964/19. Traz-se, com o presente texto, pesquisa capitaneada pelo professor alemão Bernd Schünemann, com base na Teoria da Dissonância Cognitiva, a fim de demonstrar o grau de envolvimento do juiz quando é o responsável pela coleta das provas, afetando frontalmente a sua imparcialidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Juiz das Garantias. Princípio Acusatório.

**ABSTRACT:** This work aims to demonstrate the imprescindibility of the effectiveness of the Judge of Guarantees in the

procedural legal system. The investigation is based on the following problem: There is a resistance of acceptance to the Judge of Guarantees, reminiscent of an authoritarian period of validity of the Code of Criminal Procedure, in order to allow the maintenance of the inquisitorial system, through which, the broad right of defense remains absolutely impaired in the face of the direction of the collection of evidence in the phase of criminal prosecution by the same judge responsible for the trial of the case. It is upheld the absence of any unconstitutionality of Law No. 13,964/19. It is brought with the present text, research led by the German professor Bernd Schünemann, based on the Theory of Cognitive Dissonance, in order to demonstrate the degree of involvement of the judge when he is responsible for the collection of evidence, directly affecting his impartiality.

**KEYWORDS:** Judge of Guarantees. Accusatory Principle.

## INTRODUÇÃO

Disciplinam os incisos LIV e LV do art. 5º e o inciso I do art. 129 da Constituição da República, em vigor desde o dia 05 de outubro de 1988, que:

“LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Art. 129 – são funções institucionais do ministério público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;”

A Carta Magna, definida como Constituição Cidadã, elencou, em seus preceitos fundamentais, diversas garantias em favor do cidadão como mecanismo de proteção ao Poder Estatal de controle e restrição das liberdades individuais.

A Constituição Garantista, por si só, assegurou o estabelecimento dos princípios acusatório, contraditório e ampla defesa no curso dos procedimentos judiciais e administrativos. Ou seja,

já a partir da vigência da Constituição, não deveríamos admitir o processo inquisitivo em busca da verdade a todo e qualquer custo, utilizado como instrumento de dominação e controle precipuamente dos excluídos, marginalizados e desafortunados, a fim de manutenção do *status quo* de dominação e imposição do poder estatal autoritarista.

O STF, na ADI 1570/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, 12.2.2004, já teria afastado a possibilidade de produção de prova pelo juiz de ofício, um dos pilares do sistema inquisitório.

Vejamos:

*Coleta de Provas por Juiz: Due Process of Law*

*O Tribunal, por maioria, julgou procedente em parte o pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra o art. 3º da Lei 9.034/95, que conferia ao juiz competência para diligenciar pessoalmente nos procedimentos de investigação e obtenção de provas nas persecuções penais relativas a atos de organizações criminosas, nas hipóteses em que houvesse possibilidade de violação de sigilo. Preliminarmente, o Tribunal considerou prejudicada a ação direta no ponto em que autorizava o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras, em razão da superveniência da LC 105/2001, hierarquicamente superior, que regulou integralmente a questão, revogando a norma impugnada por incompatibilidade. Em seguida, no que se refere aos dados, documentos e informações fiscais e eleitorais, o Tribunal julgou procedente o pedido, **por ofensa ao princípio do devido processo legal, por entender que a coleta pessoal de provas desvirtua a função do juiz, de modo a comprometer a imparcialidade deste no exercício da prestação jurisdicional.***

Como se pode admitir, então, a constitucionalidade da Lei nº 11.690/2008, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal relativos à produção de provas, dando nova redação ao art. 156 do CPP, com ênfase ao inciso I, que expressamente faculta ao juiz, de ofício, “ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida”, se o próprio STF já havia se posicionado con-

trariamente, por ofensa ao devido processo legal, à possibilidade de o juiz produzir prova de ofício.

Estamos diante de uma ofensa frontal ao princípio acusatório.

Até a vigência da Lei n. 13.964/19, denominada Pacote Anticrime, que, em seu artigo 3º-A, expressamente estampou a estrutura acusatória no processo penal, com a vedação da iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação, ainda se admitia, apesar da vedação constitucional, a produção da prova de ofício pelo juiz ao longo da instrução do processo, ou mesmo a atuação do juiz, responsável pela produção da prova na fase investigatória, na condução e julgamento do processo penal.

O Código de Processo Penal vigente, editado em período autoritarista, ao ser recepcionado pela Constituição da República, teve sua *mens legis* adequada aos preceitos constitucionais garantidores da liberdade do cidadão, contudo o sistema inquisitorial permaneceu inalterado na ordem infraconstitucional, muito com a justificativa da pretensa busca da verdade real.

Não se deve admitir a produção de prova de ofício pelo juiz ao longo da instrução do processo, ou a própria prevenção do juízo na hipótese de apreciação de qualquer medida cautelar no curso do procedimento investigatório. A prevenção, como instituto processual de definição de competência, sob o argumento de obediência ao princípio do juiz natural, acaba por ofender frontalmente o princípio acusatório.

Leciona Aury Lopes Junior, em sua obra *Investigação Preliminar*:

“É um evidente prejuízo que decorre dos “pré-juízos, como à exaustão já explicou o Tribunal Europeu de Direitos Humanos ao doutrinar que “juiz que vai atrás da prova está contaminado e não pode julgar, sendo a “prevenção” uma causa de exclusão da competência (e não de fixação, como temos erroneamente no Brasil).

(...) É por isso que insistimos tanto na concepção do sistema acusatório a partir do núcleo fundante “gestão da prova” (Ja-

cinto Coutinho), pois não basta a mera separação inicial das funções de acusar e julgar, precisamos manter o juiz afastado da arena das partes e, essencialmente, atribuir a iniciativa e gestão da prova às partes, nunca ao juiz, até o final do processo. Um juiz-ator funda um processo inquisitório; ao passo que o processo acusatório exige um juiz-espectador”.

Só podemos admitir, assim, tamanha morosidade em reconhecer e implementar eficazmente o sistema acusatório no processo penal brasileiro aos resquícios de um Estado autoritário que sempre se utilizou do sistema de justiça penal como mecanismo de controle de excluídos e marginalizados.

Mais uma vez podemos nos socorrer da obra citada, de autoria de Aury Lopes Junior: “É elementar que, ao se atribuir poderes instrutórios ao juiz, fere-se de morte a imparcialidade. Transforma-se o processo em uma encenação simbólica, pois o juiz – desde o momento em que decidir ir atrás da prova de ofício – já tem definida a hipótese acusatória como verdadeira. Logo, como ensina Franco Cordeiro, esse juiz não decide a partir dos fatos apresentados no processo, senão da hipótese acusatória inicialmente eleita (pois se fosse a defensiva, ele não precisava ir atrás da prova). Quando o juiz, em dúvida, afasta o *in dubio pro reo* e opta por ir atrás da prova (juiz ator-inquisidor), ele decide primeiro e vai atrás de elementos que justificam a decisão que já tomou.”.

## A RESISTÊNCIA AO JUIZ DAS GARANTIAS

Escreve Zaffaroni em sua obra *O inimigo no Direito Penal*:

“O poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de pessoas, dado que os considerava apenas como entes perigosos ou daninhos. Esses seres são assinalados como inimigos da sociedade e, por conseguinte, a eles é negado o direito de verem suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos estabelece universal e regionalmente.”

A partir dessa premissa, deve-se entender que a força normativa de uma Constituição democrática depende diretamente do reconhecimento do caráter de pessoa do ser humano: “para reivindicar, resgatar e dar peso de convicção à tese de que toda Constituição investe força normativa direta, há que incluir em seu conteúdo a parte que resolve o status situacional da pessoa, em que o Estado democrático reconhece a dignidade humana, a liberdade e os direitos, prestando-lhes a tutela e assegurando a promoção... o conteúdo principalista de direitos e liberdades é o que ostenta centralidade e maior valor no Estado democrático”. (German J. Bidart Campos, *El Derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, 1995, pp. 76-76).

**Está aí a principal barreira ao juiz das garantias. A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo. O direito nega ao inimigo do Estado a sua condição de pessoa.**

Ele é considerado para o sistema político e de justiça criminal como ente perigoso. Por mais que a ideia seja heterodoxa, ao se propor estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que se apresenta para aceitação aos hostis em regimes de governos que se defrontam hodiernamente como o princípio do Estado Democrático de Direito.

A negação jurídica da condição de pessoa ao inimigo é uma característica do tratamento penal que lhe é conferido no sistema de justiça criminal próprio do regime inquisitorial e autoritário.

Zaffaroni esclarece que: “se na realidade, o direito penal sempre aceitou o conceito de inimigo e este é incompatível com o Estado de Direito, **o que na verdade seria adequado seria *uma renovação da doutrina penal corretora dos componentes autoritários que a acompanharam ao longo de quase todo o seu percurso ou, em outras palavras, um ajuste do direito penal que compatibilize com a teoria política que corresponde ao Estado constitucional de direito, depuran-***

*do-o dos componentes próprios do Estado de polícia, incompatíveis com seus princípios”.*

É impossível compreender a operatividade do poder punitivo para segregar o inimigo, definido de forma genérica como aqueles que estariam fora da ordem social, sem que se leve em consideração o modelo inquisitorial que sempre sustentou o sistema de justiça criminal.

O inquisidor se afasta da figura do árbitro e passa a exercer a função de investigador, com a crença de que a virtude está ao seu lado, por exercer o poder soberano.

A *inquisitio* (estabelecimento da verdade por interrogação) deve ser identificada como modo de se estabelecer a verdade, e a necessidade de investigá-la acabou por legitimar atos de violência contra todos aqueles insubordinados.

Devemos afastar, com isso, a bem do Estado democrático de direito, a figura ficcional da verdade real. A verdade deve ser aquela extraída do processo e demonstrada com as provas produzidas pelas partes ao longo da persecução penal. O juiz deve se aproximar de sua neutralidade e manter a imparcialidade para a formação da sua convicção motivada no ato de julgamento da causa.

Podemos afirmar que o retardo no estabelecimento do Estado de Direito em relação à garantia dos direitos fundamentais do indivíduo também está atrelado à globalização, que, acompanhada da revolução tecnológica, permitiu a propagação de um discurso único, de características autoritárias, antiliberais, e que estimula o poder punitivo muito mais repressivo e discriminatório em escala mundial.

Para David Garland, em *A Cultura do Controle*, em tempos de neoliberalismo, vivemos a “Criminologia do Outro”, que, “nas palavras do primeiro-ministro britânico John Major, nos deixa preparados para condenar mais e entender menos”.

Leva-nos a tratar o criminoso como criaturas monstruosamente opacas, além ou fora da nossa compreensão, o que ajuda a acalmar a consciência de qualquer um que se sinta desconfortá-

vel em neutralizar milhões de pessoas, ou até mesmo em matar alguns, tudo em nome da segurança pública.

O devido processo legal substancial e o princípio acusatório devem se prestar a impor limites à atuação do Estado-juiz, iluminando e direcionando as regras do processo penal. Não se admite, em busca de um suposto bem maior, qual seja, o resguardo da segurança pública, a busca da “verdade real”, de forma indiscriminada e ilimitada, com ofensas aos direitos individuais da liberdade, privacidade e da intimidade da vida privada.

Não se pode admitir provas ilícitas, ou mesmo a transposição da figura do Estado-acusador e do Estado-julgador em busca dos meios de provas comprobatórios das circunstâncias fáticas descritas pela autoridade policial, de forma indiscriminada e sem qualquer controle, pelo enfraquecimento da defesa na fase investigatória, sob pena de termos um processo viciado e contaminado e com o resultado previsível, e até certo ponto, almejado, a fim de estabelecer a verdade do dominador para controle dos excluídos e indesejados, o que corresponde ao estado autoritário e policialesco.

O Poder Judiciário, bastião do Estado Democrático de Direito, não pode ser contrário ao estabelecimento do “juiz das garantias”, sob pena de referendar e chancelar o Estado autoritário que ainda alicerça o sistema de justiça criminal.

Não se justifica, portanto, o argumento de que todo magistrado, em sua atividade judicante, teria como função precípua a garantia dos preceitos constitucionais, e assim não seria necessária a fragmentação entre o juiz responsável pela coleta das provas e o juiz julgador.

Esse argumento é superficial. Por óbvio, todo juiz deve ser garantidor de direitos. Sua imparcialidade, porém, somente será observada com o afastamento da função decisória daquele juiz responsável pela coleta das provas na fase de persecução penal, através das quais se busca a comprovação das circunstâncias fáticas do delito e indícios de autoria do crime, ou seja, a justa causa.

Veremos mais à frente o grau de envolvimento do juiz no ato de julgamento quando ele é o responsável pela coleta das provas com a análise de pesquisa empírica realizada pelo cate-drático alemão Bernd Schünemann, com base na Teoria da Dis-sonância Cognitiva, para compreensão dos problemas que en-volvem a imparcialidade do juiz no processo penal.

Antes, entretanto, devemos afastar o argumento de que o estabelecimento do “Juiz das Garantias”, dado o grau de difi-culdade de sua instrumentalização, implicaria em um vácuo no exercício do poder pelo Judiciário, a ser preenchido pela autori-dade policial no curso da persecução penal, com o esvaziamento do Poder Judiciário como guardião da Constituição, tornando-o subordinado aos interesses dos demais Poderes da República.

O argumento vem fundado na Proposta de Emenda Con-stitucional n 85/2015, de autoria do Deputado Federal Hugo Leal, que alteraria a Constituição para dispor sobre a reforma do sistema de persecução penal.

Em uma análise mais detida da proposta, verifica-se que a Emenda Constitucional seria decorrente da PLS n 156/09, projeto de lei do Senado que estabelece o novo Código de Processo Penal, cujo ordenamento jurídico estrutura o Juiz das Garantias.

A Proposta de Emenda Constitucional n 85/2015 permitirá ao Ministério Público, dentro do seu poder de controle e fiscali-zação da atividade policial, realizar diretamente diligências de natureza criminal nas hipóteses previstas em lei complementar, indicando os fundamentos jurídicos de suas manifestações, ou seja, a sua atuação estaria submetida ao controle da legalidade e legitimidade pelo Poder Judiciário.

Admitirá também à Polícia Militar a apuração de infrações penais, o que, de certa forma, em sua atividade de prevenção e repressão ao crime, já realiza hodiernamente.

Por fim, acrescenta o art. 98-A, cujo dispositivo estabelece, na estrutura do Poder Judiciário, os Juizados de Instrução e Ga-rantias, providos por juízes de instrução e garantias, incumbidos

da instrução probatória e do controle judicial dos procedimentos investigatórios criminais.

Não há vácuo de poder ou delegação da função judicial a qualquer outra esfera de Poder. Estar-se-ia apenas sedimentando constitucionalmente o princípio acusatório, a fim de garantir a imparcialidade no julgamento do processo penal.

Também devemos analisar os argumentos utilizados pelo Eminentíssimo Ministro Luiz Fux para suspensão da eficácia dos artigos 3º-A e seguintes da Lei n. 13.964/19.

Com todas as vênias ao E. Ministro Luiz Fux, a Lei n. 13.964/19, ao estabelecer o juiz das garantias, não fixou regras que se imiscuissem na organização judiciária sobre as quais o Poder Judiciário tem iniciativa legislativa própria (Art. 96 da Constituição).

A lei estabelece regras de processo penal ao estabelecer a atuação do juiz das garantias, salientando apenas a sua responsabilidade pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais, discriminando exaustivamente a sua competência constitucional, com o intuito único de regulamentar o princípio acusatório estabelecido pelo constituinte originário como direito individual fundamental.

Prescreve o art. 22 da Constituição:

Compete privativamente à União legislar sobre:

I – direito (...) processual (...);

Ou seja, não há que se falar em inconstitucionalidade formal da norma por vício de iniciativa. Aos Tribunais, caberá estruturarem-se para implantação dos órgãos judiciais com competência estabelecida para o Juiz das Garantias.

Vale frisar que os juízos com competência para a realização das audiências de custódia poderão, a critério de cada Tribunal, dentro da sua autonomia administrativa e orçamentária, exercer a atividade judicante destinada ao Juiz das Garantias.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, maior Tribunal do país, já há muito criou o órgão judicial com competência destinada ao Juiz das Garantias dentro da circunscrição territorial da capital

paulistana, sem que se tenha notícia de qualquer dificuldade estrutural para a sua implementação.

Ao contrário, a sua estrutura organizacional poderia se prestar de modelo, ressalvadas as peculiaridades de cada Tribunal, para o estabelecimento de uma garantia primária do devido processo legal substancial, com a sedimentação do sistema acusatório de processo. O modelo inquisitorial ainda é resquício de um Estado autoritário e não mais se sustenta em uma democracia que se diz plenamente estabelecida.

O mesmo deve ser dito com relação ao impacto financeiro causado ao Poder Judiciário em razão da necessidade de reestruturações e redistribuições de recursos humanos e materiais, além da necessidade de incremento dos sistemas processuais e das soluções de tecnologia da informação correlatas.

O E. relator, Ministro Luiz Fux, afirmou, em sua decisão, que a ausência de prévia dotação orçamentária para a instituição de gastos por parte da União e dos Estados violaria diretamente o artigo 169 da Constituição e prejudicaria a autonomia financeira do Poder Judiciário, assegurada pelo artigo 99 da Constituição.

Asseverou, ainda, que o artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 95/2016, determina que “a proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro”.

Salvo melhor juízo, não há razão para o reconhecimento da inconstitucionalidade formal ou material da lei pela ausência de previsão e dotação orçamentária. Ora, dentro da autonomia administrativa e financeira dos Tribunais, incumbirá a eles, com as receitas estabelecidas ao Poder Judiciário no orçamento anual de cada ente federativo correspondente, dotar órgãos judiciais previamente estabelecidos, ou por transformação de órgãos já existentes, de competência estabelecida pela Lei n. 13.964/19 para o Juiz das Garantias.

Por fim, deve ser refutado o argumento de que estudos comportamentais sobre os seres humanos desenvolverem vieses em seus processos decisórios, por si só, não autorizaria a aplicação automática dessa premissa ao sistema de justiça criminal brasileiro, com a criação de uma presunção generalizada de que qualquer juiz criminal do país tem tendências que favoreçam a acusação, nem permitiria inferir, a partir dessa ideia geral, que a estratégia institucional mais eficiente para minimizar eventuais vieses cognitivos de juízes criminais seria repartir as funções entre o juiz das garantias e o juiz da instrução.

Ao que parece, compete ao Poder Legislativo, pelo meio representativo dos reais detentores do poder, o povo, a escolha discricionária de qual seria o melhor modelo a ser adotado pelo sistema processual penal, sob pena de ofensa à esfera da soberania da função legislativa.

Não há inconstitucionalidade material da lei. Ao contrário, a lei apenas regulamentou preceito constitucionalmente estabelecido como garantia individual através do sistema acusatório.

Porém concordo que a medida cautelar, por prudência, deveria ser deferida, a fim de suspender o prazo exíguo de vigência e eficácia da lei, contudo, com lapso temporal previamente estabelecido, como havia sido fixado na decisão liminar originária concedida pelo Presidente do STF, Min. Dias Toffoli, para permitir que os Tribunais possam se estruturar, organizacionalmente, dentro de sua autonomia administrativa e financeira, com a implementação de órgãos judiciais com competência definida para o Juiz das Garantias.

A suspensão da eficácia por prazo indeterminado impede a incorporação plena do sistema acusatório no ordenamento jurídico processual, causando maiores prejuízos a grande massa de indiciados no nosso país, que suportam investigações falhas, sob o aspecto estrutural, pela precariedade da defesa nessa fase da persecução, com circunstâncias fáticas e autoria preestabelecidas por quem tem apenas atribuição investigatória, tornando-se o processo penal verdadeiro meca-

nismo de chancela de toda a situação já previamente estabelecida ao longo da persecução penal.

Leciona Bernd Schünemann, em sua obra - Estudos de direito Penal, direito processual penal e filosofia do direito -, traduzida e coordenada pelo professor Luís Graco, que: “segundo as convicções de justiça das sociedades modernas, é um pressuposto indispensável para a legitimação desse papel que o terceiro mais poderoso seja estranho à disputa, isto é, estritamente neutro e imparcial. Isso é uma regra amplamente garantida pelo direito positivo, por exemplo pela instituição do juiz natural (art. 101 da lei fundamental alemã), pela incompatibilidade entre o papel de parte e o papel de juiz (...). É curioso que, na Europa continental, seja justamente na justiça criminal, que impõe as mais brutais de todas as sanções, e que antigamente era denominada, com uma expressão menos eufemística, de “jurisdição do pescoço”, que se tenha podido por muito tempo ignorar essa ideia do juiz como terceiro imparcial, e que até no direito moderno ela só esteja realizada de uma maneira um tanto estranha, em parte mutilada, em parte só aparente. Afinal, no processo inquisitório, que vigeu na Alemanha até o séc. XIX, o juiz se identificava como inquisidor. O então introduzido processo penal reformado atribuiu, de um lado, a condução da investigação ao recém-criado promotor de justiça, que assumiu o papel de acusador, mas, justamente no que diz respeito à audiência de instrução e julgamento, que é o centro decisório do processo penal, nada mudou em comparação à época do antigo processo inquisitório. Segundo o Código de Processo Penal alemão atualmente vigente, a acusação retira do promotor e transfere ao juiz o domínio sobre o processo, que recebe em suas mãos a totalidade dos autos de investigação preliminar, com base nos quais terá de decidir se há suspeita suficiente/justa causa contra o acusado, ou seja, se há uma alta probabilidade de condenação. Se for esse o caso, o juiz proferirá decisão de recebimento da denúncia e realizará, então, a audiência de instrução e julgamento, o que é feito da seguinte maneira: ele produzirá oralmente as provas presentes nos autos da investigação, cuidará de que elas sejam completadas e, em seguida, proferirá sentença definitiva. O promotor e o acusado,

junto com o seu defensor técnico, contribuem nessas atividades, mas eles possuem uma função apenas supletiva, **que não coloca xeque à função inquisitorial de domínio de um juiz que tanto dirige a coleta das provas quanto decide em caráter final**”.

Ou seja, dito de modo simples, trata de saber se o juiz, por seu conhecimento dos autos, por proferir a decisão de recebimento da denúncia, por sua atividade inquisitorial na audiência, e por ocupar, de fato, a posição de parte contrária diante do acusado que nega os fatos, **está impedido de realizar uma avaliação imparcial**.

A fim de refutar o argumento de que estudos do comportamento humano sobre o processo decisório não seriam determinantes para o resultado do processo, vale apresentar a pesquisa elaborada pelo eminente professor alemão, com base na chamada teoria da dissonância cognitiva.

Porém, em razão da superficialidade do artigo, restrinjo-me a afirmar que a pesquisa foi realizada com 58 juízes criminais e promotores de diversas regiões da Alemanha Federal, que foram submetidos, diante de caso concreto previamente estipulado, às diferentes condições de experiência.

Passo ao resultado apresentado, com a impressionante confirmação, pela primeira vez realizada com os métodos experimentais das ciências sociais e com alto nível de significância, das experiências do cotidiano forense:

1) O juiz tendencialmente apega-se à imagem do fato que lhe foi transmitida pelos autos da investigação preliminar; informações dissonantes dessa imagem inicial são não apenas menosprezados, como diria a teoria da dissonância, mas frequentemente sequer percebidas, o que pode ser explicado, segundo a psicologia da informação, pela preferência de aprecepção e armazenamento de informações redundantes (já conhecidas);

2) O juiz se orienta segundo a avaliação realizada pelo promotor, o que pode ser descrito por aquilo que quero chamar, diz o autor, de efeito aliança, e que pode ser explicado pela teoria dos processos de comparação social.

Não restam dúvidas de que o sistema inquisitorial ou híbrido, como querem alguns doutrinadores, adotado pelo então vigente processo penal brasileiro, não mais se coaduna com a ordem constitucional, que estabelece como garantia de um processo justo e isonômico, o princípio acusatório, com o afastamento do juiz julgador da figura do juiz que é responsável pela análise da justa causa, como condição de procedibilidade para deflagração da ação penal, e pela coleta das provas na fase investigatória da persecução penal.

## CONCLUSÃO

Como se extrai das justificativas para apresentação do projeto de lei para edição do Código de Processo Penal, o juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais, com a missão de proteção da intimidade, da privacidade, da liberdade e da honra, assentada no texto constitucional, o que exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais.

O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atenderá duas estratégias bem definidas, a saber:

a) otimizar a atuação jurisdicional criminal inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional;

b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, com relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação.

Evidentemente, e como ocorre em qualquer alteração na estrutura judiciária, os tribunais desempenharão um papel de fundamental importância na afirmação do Juiz das Garantias, especialmente no estabelecimento de regras de substituição nas pequenas comarcas. No entanto, os proveitos que certamente serão alcançados justificarão plenamente os esforços nessa direção.

Por tudo visto, a manutenção do atual sistema inquisitorial, editado ao longo de período autoritário, somente se presta a retroalimentar toda a estrutura de dominação e manutenção da estrutura de poder, com a incriminação de todos aqueles excluídos, marginalizados e segregados, sem que lhes seja garantido o devido processo legal, com julgamentos pré-fabricados e resultados incriminatórios já previamente definidos, os quais ganharão a chancela do sistema de justiça criminal através de uma sentença condenatória. ❖

## REFERÊNCIAS

Constituição da República, Editora Saraiva;

Site do STF: <http://www.STF@jus.br>;

Garland, David, *A Cultura do Controle, crime e ordem social na sociedade contemporânea*;

Instituto carioca de criminologia, editora Revan;

Zaffaroni, E. Raúl, *O inimigo no Direito Penal*, Instituto Carioca de Criminologia, editora Revan;

Lopes Jr, Aury, *Investigação Preliminar*, 6ª edição, Saraiva, 2014;

Lopes Jr, Aury, *Direito Processual Penal*, editora Saraiva,

Schünemann, Bernd, *Estudos de direito penal, direito processual penal, filosofia do direito*, Greco, Luíz, coordenador, editora Marcial Pons;

German J. Bidart Campos, *El Derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, 1995.

# A Legitimação pelo Contraditório na Realização da Perícia: A Necessidade de Oportunizar a Nomeação de Assistente Técnico

**Cássio Benvenuti de Castro**

*Juiz de direito no Rio Grande do Sul. Especialista em Ciências Criminais. Especialista em Direitos Fundamentais e Direito do Consumidor. Mestre em direito pela UFRGS. Doutorando em Direito pela UFRGS.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 O modelo constitucional de processo. 1.1 O direito fundamental de provar. 1.2 A igualdade como posições processuais equilibradas. 1.3 O contraditório material como mais-valia da oportunidade. 2 O movimento institucional para concretizar o modelo constitucional de processo. 2.1 A gestão dos efeitos negativos ao patrimônio da parte: o processo como procedimento em contraditório. 2.2 O Novo Código de Processo Civil e a Reforma do Código de Processo Penal como eixos monumentais da irradiação normativa determinada pela Constituição. 2.3 O papel dos Tribunais Superiores e do Conselho Nacional de Justiça. Conclusão com um peso a mais. Referências.

**SUMMARY:** Introduction. 1 The constitutional process model. 1.1 The fundamental right of proof. 1.2 Equality as balanced procedural positions. 1.3 The material adversary as the overvalue of the opportunity. 2 The institutional movement to improve the constitutional process model. 2.1 The management of negative effects on the subjective's equity: the process as a contradictory procedure. 2.2 The New Civil Procedure Code and the Reform of the Criminal Procedure Code as monumental axes

of the normative determined by the Constitution. 2.3 The role of the Supreme Courts and the National Council of Justice. Conclusion with an overweight. References.

**RESUMO:** O contraditório material é cláusula pétrea e fundamento do Estado Constitucional, metodologia indelével que se reflete na produção da prova pericial desde a determinação constitucional. O Código de Processo Civil ratifica o direito de as partes influírem na decisão judicial, bem como o direito de elas não serem surpreendidas por uma questão surpresa. O Pacote Anticrime também assinala o dever da nomeação de assistente técnico ainda na fase do inquérito policial. Por literalidade de regra de sobredireito da Lei do Processo Administrativo, deve ser assegurado o contraditório pleno, a ser exercitado pelo administrado, com a nomeação de assistente técnico em perícia. Vale dizer que a coerência do sistema jurídico determina que o juiz ou o administrador devem cooperar, sobretudo, serem guardiões do contraditório, na produção da prova pericial. Portanto, eles devem oportunizar a nomeação de assistente técnico pelo interessado. O texto assinala o primado constitucional do contraditório material e ressalta a seriedade com que as instituições têm tratado o assunto. Tanto que o não atendimento dessa verdadeira prestação processual, como direito fundamental, torna inválida a prova pericial e, atualmente, chega a caracterizar crime previsto na Lei de Abuso de Autoridade.

**ABSTRACT:** The material contradictory is the stone clause and the foundation of the Constitutional State, an indelible methodology that is reflected in the production of expert evidence since the constitutional determination. The Code of Civil Procedure ratifies the right of the parties to influence the judicial decision, as well as the right of them not to be surprised by a surprise issue. The Crime Package also marks the duty to appoint a technical assistant, still in the police investigation phase. Due to the literalness of the rule of law of the Law on Administrative Proceedings, the full adversarial procedure must be ensured, to be exercised by the administrator, with the appointment of a technical assistant in expertise. It is worth saying that the coherence of the

legal system determines that the judge or the administrator must cooperate, above all, to be guardians of the adversary, in the production of expert evidence. Therefore, they must make it possible for the interested party to appoint a technical assistant. The text highlights the constitutional primacy of the material contradictory and emphasizes the seriousness with which the institutions have treated the subject. So much so that failure to comply with this true procedural provision, as a fundamental right, renders the expert evidence invalid and, currently, comes to characterize a crime provided for in the Law of Abuse of Authority.

**PALAVRAS-CHAVE:** prova; perícia; ilícita; processo.

**KEYWORDS:** proof; expertise; illicit; process.

## INTRODUÇÃO

A perícia assinala a colocação da ciência para dentro do processo. O julgador deve estar atento a esse fenômeno tanto na fase da (a) produção da prova, com a oportunização da nomeação de assistente técnico pelo interessado quanto na fase de (b) valoração da prova, com o escrutínio do método utilizado pelo perito.

Um perfil conceitual ou formalista da perícia, provavelmente, faz referência ao perito como um auxiliar do órgão que o nomeia. Nesse caso, as conclusões do perito poderiam assumir um impróprio argumento de *razão da autoridade* – e não a força da *autoridade da razão*. Nessa hipótese, na prática, o sistema correria o risco de delegar o veredicto para o perito, já que o operador do direito poderia se omitir em seu juízo crítico e *sempre* fazer valer as conclusões do laudo, por intermédio de motivações genéricas com a bricolagem das respostas periciais<sup>1</sup>. Um esquema que violenta a dignidade da parte, a igualdade dinâmica e o contraditório material. Enfim, arremeda o estado de coisas determinado pelo Estado Constitucional.

---

1 ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A prova pericial no Processo Civil* (o controle da ciência e a escolha do perito). Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 60. As ideias do autor são de vanguarda. Portanto, a citação não quer dizer que ele é corifeu de uma percepção conceitual da perícia, inclusive, porque no desenvolver do livro, ele critica a fórmula do então CPC/1973 e propõe mudanças nos critérios de eleição do perito. Acaba por fomentar o escrutínio da metodologia expressa no laudo. A citação referenciada ocorre para fins didáticos, na medida em que ele situa ceticamente uma *realidade que supervivia desde o código Buzaid*.

De outro lado, um perfil funcional (e constitucional) não admite a cristalização da decisão a partir do trabalho do perito. Em primeiro lugar, a tecnologia e a ciência relacionam um diagnóstico a um possível prognóstico. Infere-se, portanto, que o laudo pericial fornece uma crítica persuasiva, que deve ser legitimada no cotejo à perspectiva apresentada pelo assistente técnico. A funcionalidade contemporânea da prova como argumento é compromissada ao debate que, institucionalmente, respeita o contraditório forte. Ou seja, no certame da produção da perícia, ela deve ser legitimada procedimental e materialmente. Após, na fase da valoração da prova, o laudo pode ser escrutinado por uma análise dos critérios que respaldam o trabalho do profissional, o que está previsto na própria literalidade do Código de Processo Civil (interpretação sistemática dos arts. 473, III e 479)<sup>2</sup>. Na medida em que o juiz não conhece a técnica, para ele melhor valorar a perícia, é suposto que a produção da prova seja legitimada de maneira justa e equilibrada. Uma fase subentende a outra – ainda que se repute o perito como assistente do julgador, o operador jurídico deve sopesar as linhas do código à luz da densidade constitucional.

A justiça na produção da prova é premissa de uma boa valoração dessa mesma prova, principalmente levando-se em conta que o texto do art. 375 do Código de Processo Civil produz efeitos colaterais perigosíssimos caso adotado *somente o texto legislado, e não a norma a ser concretizada*. Um operador desavisado poderia imaginar que basta o advento de um laudo para que ele seja adotado como “definitivo” em uma decisão. Pelo contrário, tanto na produção da prova pericial como na valoração do laudo, é imprescindível ter cuidado durante a instrução e na decisão da questão de fato, aprofundando-se nas circunstâncias que conferem lisura procedimental e material ao método e ao resultado implicado.

O Código de Processo Civil refere que o julgador não está adstrito ao laudo, podendo formar o convencimento com base em outros argumentos de prova amealhados (art. 479). Ademais,

---

<sup>2</sup> KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial (e seu controle no direito processual brasileiro)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 94.

deve ser cotejada a autorrestrrição judicial *perante* a admissão e, sobretudo, *na* feitura da perícia<sup>3</sup>, o que vai ao encontro de um efetivo controle *na* perícia. Devem ser levadas em conta, inclusive, as responsabilidades processuais, éticas (*compliance*<sup>4</sup>), técnicas (manuseio de amostragem), dentre outras limitações que condenam o trabalho do perito por determinação constitucional – questões que devem ser examinadas como prelibatórias ao mister pericial, sempre tendo em vista o contraponto do assistente técnico.

Ao fato da colaboração das partes e de terceiros, ao fato da colaboração do juiz e do administrador, portanto, deve ser amealhada a colaboração do assistente técnico. Esse profissional é fundamental nessa tarefa, considerando que o Estado Constitucional impõe um programa de racionalidade que deve atender com seriedade as proposições que nem sempre são notadas na rotina massificada forense, até porque não se dispõe da capacitação para essa impugnação (art. 375 do CPC). O presente ensaio aborda a questão da produção da perícia, assinalando os fundamentos para a legitimação da produção da perícia por intermédio do contraditório material. Se o sentido da perícia trafegou do *conceitualismo para o funcionalismo*, óbvio que o *modo de ser* ou o *como se conforma* a perícia, atualmente, está reestruturado na perspectiva dos comandos constitucionais, em especial, conforme a implicação do contraditório forte.

O modelo constitucional do processo enfeixa as linhas com uma marcação que institucionaliza esse estado de coisas – os movimentos do legislador, os precedentes dos Tribunais e da Administração, enfim, aparelham a necessária legitimação procedimental e material na produção da perícia: com base em um

---

3 “Perante” a perícia é redigida em oposição ao enunciado “na” perícia. Em derivação à igualdade “perante ou na” lei. Ressalta-se que “perante” a perícia se refere à fase da admissão da prova, que na prática quer dizer que tudo o que não é contrário ao direito pode ser inserido no processo. Diferentemente, quando se fala “na” perícia, leva-se em conta um procedimento a ser legitimado pelo contraditório, com o poder igualizador implicado pelo modelo constitucional de processo – igualização ou equipolgação que o juiz deve tutelar (art. 139, I, CPC).

4 O controle de conformidade não é predicado apenas da verificação de desvio de dinheiro. A corrupção é fenômeno amplíssimo, daí que se desviar de código de ética, de normas técnicas, de critérios científicos experimentados, enfim, pode estar encerrado na indignidade do *compliance* para, em decorrência, descredenciar a metodologia eleita pelo perito (art. 473, III, do CPC). Em última análise, inclusive, a desatenção a esses rasgos acaba gerando prejuízos econômicos à coisa pública.

sistema interativo que deve viabilizar e, sobretudo, capacitar a dialética influenciadora do periciado, por intermédio de seus assistentes técnicos.

## 1 O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

A força normativa da Constituição condiciona o processo civil, o processo penal, o processo administrativo e os demais expedientes institucionais que possam causar efeitos ao patrimônio jurídico alheio. O art. 1º do Código de Processo Civil assinala que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”. O dispositivo é meramente descritivo, tendo em vista que a implicação normativa decorre da força *gestáltica* do sistema jurídico posto.

O direito fundamental ao devido processo legal (art. 5º, LVI, da CF) principia e enfeixa as diretrizes processuais. A dogmática<sup>5</sup> reforça que ele principia, porque desde o processo legal se extraem todas as demais normativas análogas que a própria Constituição estabelece. Ele enfeixa, na medida em que propõe a abertura do sistema a outras normas que eventualmente se façam necessárias para adequar, ao caso concreto, o processo justo brasileiro.

Assim, o processo justo é uma *mais-valia* ao devido processo legal; trata-se de fazer transcender a percepção meramente formal do devido processo legal, conferindo-lhe um conteúdo modal qualificado – Carlos Alberto Alvaro de Oliveira assinala que se impõe uma “visão dinâmica em que todos os institutos e categorias jurídicas são relidos à luz da Constituição e na qual o processo civil é materialmente informado pelos direitos fundamentais”<sup>6</sup>. Se, outrora, a figura do código servia como base formal de acepções conceituais e herméticas, na atualidade, a

---

5 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*, vol. 1. São Paulo: Atlas, 2010, p. 26.

6 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 131.

Constituição é condicionante da estrutura e da função dos institutos do processo, implicando a toda a metodologia processual uma nova maneira de interpretar as linhas dos códigos. Ou seja, a jurisdição, a ação, a defesa e o processo são polarizados na perspectiva neoconcretista que focaliza a tutela jurisdicional<sup>7</sup>, ratificando uma coalizão de forças para o primado da proteção dos direitos.

As premissas ora analisadas concretizam a lente *dinâmica* do novo processo constitucionalizado, repercutindo o que o ordenamento jurídico propõe, em termos de previsões casuístas, contingentes e com a abertura valorativa<sup>8</sup>, uma empresa jurídica funcional-estruturalista que é reconstruída em diuturna repaginação. Se a própria criação das novas leis segue tal dever de prestação, torna-se ainda mais nítida uma dinâmica em termos de metodologia do direito – a doutrina da aplicação prática do direito que deve atender a valência objetiva e multifuncional dos direitos fundamentais.

## 1.1 O direito fundamental de provar

A garantia da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF), no paradigma da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, implica na prestação de alcançar uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva. A decisão elaborada pelo operador do direito deve atender a um programa de racionalidade que esteja aparelhado em provas constantes do processo<sup>9</sup>. Portanto, o direito fundamental à tutela jurisdicional

---

7 CASTRO, Cássio Benvenuto de. A tutela jurisdicional como polo metodológico do processo civil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Thomson Reuters, setembro/2018, ano 107, vol. 995, p. 439 e seguintes.

8 O neoconstitucionalismo estabelece uma nova teoria das normas, sem as abstrações herméticas de outrora. Também ocorre uma renovação da técnica legislativa, porque esse mecanismo, agora, casuista e contingencial somente funciona com cláusulas gerais e conceitos indeterminados. Em termos hermenêuticos, o formalismo de somente cuidar dos textos da legislação é revolucionado para um ceticismo que transforma a norma no resultado da interpretação; por decorrência, o texto da norma é mera condição de possibilidade dessa *holding* de possibilidades da metodologia jurídica. Ver MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas* (do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente). 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 15/6.

9 Fofocas, conhecimento privado, provas de internet sem um contraditório prévio, todas são hipóteses de provas vedadas pelo ordenamento jurídico. A lealdade e a boa-fé determinam a transparência no debate processual. STEIN, Friedrich. *El Conocimiento Privado del Juez*. Trad. Andrés de la Oliva Santos. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 1990, p. 71 e seguintes.

repercute e pressupõe um direito fundamental à prova. A questão chega a ser metaprocessual, porque as máximas da boa-fé e da lealdade também alinham a atividade de instrução em benefício da tutela jurisdicional.

É nesse lastro, determinado pela própria dignidade processual e pelo dever de tutelar com efetividade e segurança, que a Constituição estabelece a regra<sup>10</sup> da proibição da utilização de provas ilícitas (art. 5º, LVI), sendo vedado um abuso na atividade de provar. A prova ilícita encerra a violação de direito material ou processual, sobretudo a prova que não observa a densidade dos valores e dos princípios constitucionais é marcada pela invalidade.

O vício da ilicitude em sentido largo é ainda mais facilmente identificado na fase da produção da prova. A fase de admissão da prova supõe a relevância<sup>11</sup> e a pertinência do meio de prova, situações que, uma vez contrariadas, já explicitam a ilicitude. Todavia, contrariedade ao direito também ocorre quando violado o procedimento da prova “plurissubsistente”, que consiste na prova que é produzida por mais de um ato – como no caso da perícia, que se trata de prova na qual o perito elabora um laudo com a respectiva narrativa (art. 473, §1º, CPC).

No Estado Constitucional, a prova tem a função de argumento<sup>12</sup>, que necessariamente sintetiza os princípios basilares do debate institucional – o contraditório e a ampla defesa. No desenrolar discursivo intrínseco à prova, mesma, havendo um desvio de finalidade ou de causalidade na relação entre direito e prova, ocorre o vício de ilicitude<sup>13</sup>. Tendo em vista a narrati-

10 O referido inciso se trata de uma regra, até porque é imediatamente descritivo e mediamente finalístico. Tanto que *prima facie* se afasta a utilização de prova ilícita, sem uma abstrata previsão de derrotabilidade (embora isso possa ocorrer em concreto).

11 TARUFFO, Michele. *A Prova*. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 39.

12 GIULIANI, Alessandro. Prova (Prova in generale). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, vol. XXXVII, p. 526. O autor salienta o pêndulo assimétrico entre *prova demonstrativa* e *prova persuasiva*, o que permite concluir que o modelo contemporâneo, retórico por essência e incerto por excelência, vale-se de um *tertium genus*, ou seja, a prova como argumento – que se trata de uma atividade voltada a partir de probabilidades e chegar em um resultado próximo da verdade por correspondência.

13 “Durante a instrução a importância do contraditório cresce. É nesse momento que os direitos de ação e de defesa têm maiores possibilidades de influir no resultado do processo e que, portanto, a participação das partes deve ser mais incentivada pelo juiz”. Aliás, o julgador é o principal obrigado para atender e incentivar o contraditório. “Na verdade, o contraditório está inserido dentro da ideia de direito à prova,

va elaborada em laudo pericial, essa peculiaridade é relevante, pois a linguagem do perito deve ser coerente ao objeto e responsável à seriedade dos questionamentos do assistente técnico. Vale dizer que o desvio argumentativo é relevante tanto no sentido de regra-vedação como na implicação da efetividade da tutela jurisdicional<sup>14</sup>.

O sistema jurídico conforma técnicas probatórias que subsidiam o fluxo de conhecimento judicial desde a instrução até a decisão. O conhecimento auferido pelas provas também atende a *normas lógicas referentes à probabilidade para o controle da comprovação das hipóteses que resolvem a dúvida judicial*. O próprio texto do art. 369 do Código de Processo Civil assinala a tênue ponderação que faz oscilar a prova como elemento para “provar a verdade dos fatos” e para “influir eficazmente na convicção do juiz”. Isso não se trata de um descuido do legislador, mas quer dizer que a prova é matéria-prima a ser valorada e que existem limites (processuais e materiais) à tomada da decisão.

Atualmente, é certo que a valoração da prova deve levar em conta os pontos de vistas auxiliares (standards<sup>15</sup> da prova) assimilados pelo direito material. Não se pode admitir, no atual quadrante, uma valoração intersubjetivamente incontrolável ou absolutamente livre. Daí que as provas devem ser produzidas

---

pois garantir meios adequados para que as partes façam prova de suas alegações (direito à prova) significa assegurar a elas o direito de participar na formação do convencimento do magistrado (contraditório).” Em prova que encerra narrativa, linguagem e resposta a quesitos – isso é muito evidente, a necessidade de oportunizar o debate entre perito e assistente técnico, que também é colaborador do juízo. Ver COSTA, Susana Henriques. A influência do contraditório na valoração dos elementos de prova produzidos no inquérito. In ZUFELATO, Camilo; YARSHHELL, Flávio Luiz. (org.). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 721.

14 O Estado já não é um inimigo do jurisdicionado, considerado o modelo colaborativo de processo. Ao encontro dessa nomenclatura, inclusive, a dupla face dos direitos fundamentais encerra garantia (sentido de negar uma intervenção externa) e vedação da proteção indeficiente (sentido proativo de criar as condições bastantes para o sujeito fazer valer a respectiva expectativa de direito). Ver FERRAJÓLI, Luigi. Direitos fundamentais. In FERRAJÓLI, Luigi. *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*. Trad. Alfredo Copetti Neto. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 16.

15 O ensaio adota a natureza de pontos de vista auxiliares na valoração da prova – no referente aos standards da prova. O que não chega a destoar da doutrina que se vale da natureza de critério ou de parâmetros de valoração para esse instituto. Ambas as maneiras de pensar refletem a dupla problemática da filosofia do direito: o conceito do direito que reclama uma inserção da moral (pretensão de correção que a justiça encerra) e a aplicação do direito por intermédio de uma metodologia lógico-argumentativa (ao contrário da perfectibilidade kantiana do sistema completo e unívoco de regras). O que importa é consignar que os standards encerram diretrizes adensadas pelo direito material, que compensam os danos colaterais do erro no julgamento. Ver ALPA, Guido. *I Principi Generali*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2006, p. 132 e seguintes.

conforme o direito, ou melhor, conforme os direitos fundamentais, o que se reflete na justiça da decisão – sob pena de absoluta nulidade da prova e da decisão que a utiliza como argumento.

## 1.2 A igualdade como posições processuais equilibradas

A igualdade formal estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º da CF), assegurando uma aplicação uniforme do ordenamento jurídico a todos. Para além dessa implicação de cunho negativo-garantidor, a igualdade material afirma uma noção de conteúdo, ou seja, *na própria lei deve haver um estado de coisas como um princípio igualizador*, na medida em que devem ser prescritas medidas para mitigar as inevitáveis desigualdades que existem entre os sujeitos no plano das relações<sup>16</sup>.

As relações entre igualdade e processo são inúmeras. Atualmente, em síntese, fala-se em três dimensões da igualdade: igualdade *ao* processo, igualdade *no* processo e igualdade *pelo* processo. Nesse ponto, interessa o desenvolvimento conceitual da dimensão que impacta nos termos da estrutura do processo – a igualdade *no* processo e a questão da técnica probatória.

A igualdade formal (sentido macrojurídico) está para a concepção estática da igualdade processual como paridade de armas (sentido microjurídico) assim como a igualdade material (sentido macrojurídico) está para a concepção dinâmica da igualdade como equilíbrio das posições processuais (sentido microjurídico). No sentido formal ou estático da igualdade, nenhuma das partes pode ser privilegiada, devendo ser assegurado um tratamento isonômico entre as partes, nos termos da estrita legalidade – assim é entendida a paridade de armas. Essa concepção da igualdade, em termos processuais, serve como uma regra-garantia, marcando um direito de um sujeito não ser prejudicado por diretrizes desalinhadoras da pressuposta paridade de armas.

O processo justo promove uma mais-valia dessa igualdade enquanto mera garantia. Ou melhor, a concepção dinâmica da

---

16 ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 73/4.

igualdade estabelece a necessidade de o processo organizar posições equilibradas em sentido qualitativo diferenciado<sup>17</sup>. O juiz deve ser proativo e assegurar uma autêntica prestação (art. 139, I, do CPC) da igualdade entre as partes *no* processo, verificando-se um intervencionismo que transcende a mera legalidade formal, para atender as necessidades do direito material e do caso concreto. É nessa perspectiva que o art. 7º do Código de Processo Civil estipula que “é assegurada 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”.

As técnicas processuais devem ser modeladas em direção à igualdade enquanto equilíbrio das partes – uma contraface do contraditório, inclusive o texto do código refere que no “juiz zelar pelo efetivo contraditório”. A igualdade como equilíbrio das posições *no* processo é a linha de visada que merece atenção, em especial, quanto ao aspecto probatório.

Por imperativo da proteção da igualdade material, por exemplo, o art. 373, §1º, do Código de Processo Civil assinala a técnica da inversão do ônus da prova. O legislador refere que “diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo” probatório, ou na medida em que uma parte disponha de “maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso” daquilo que inicialmente previsto pelo código. Vale dizer que a força normativa da igualdade equilibra as posições processuais, concretamente, considerada a vulnerabilidade de uma das partes e a respectiva situação no coitejo ao objeto do processo. A readequação dos ônus em benefício a uma correção metodológica da técnica, então, invertendo-se o ônus da prova, é repercussão da igualdade material.

17 ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e Processo* (posições processuais equilibradas e unidade do direito). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 79. A segurança jurídica implica a igualdade. Igualdade em sentido negativo ou igualdade formal; igualdade em sentido de prestação de condições para combater a disparidade material, ou igualdade material; igualdade pelo direito – essa última quer dizer a validação da segurança jurídica pela consistência dos precedentes e julgados vinculativos, para além da mera segurança pelo texto da lei. A segurança jurídica não aparece descolada da justiça, ainda que uma justiça formal. Portanto, válido ponderar as discriminações positivas enquanto marcos dessa imposição, dessa prestação que cria novas condições insertivas para tutelar um equilíbrio dinâmico entre os sujeitos. Ver DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3ª ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, p. 249.

A produção da prova pericial pode ser avistada como técnica a ser equilibrada pela igualdade, como também pode ser apreendida como uma prova plurissubsistente a ser legitimada pelo contraditório. De qualquer maneira, os direitos fundamentais, no capítulo do desdobramento probatório, evidenciam que qualquer desigualdade concreta deve ser combatida verticalmente pelo julgador (art. 139, I, CPC). Logo, a oportunização da nomeação de assistente técnico deve preceder a produção da prova pericial.

A referência final é que a igualdade substancial ou dinâmica se trata de norma interligada ao contraditório – a melhor vivência do contraditório subentende a igualdade em seus desdobramentos promovedores do equilíbrio processual e vice-versa. O que denota a importância vertical da leitura convivente dos direitos fundamentais processuais em seus desdobramentos, em particular, porque o direito se expressa pela linguagem, e a linguagem técnica do perito deve interagir com a narratividade do assistente técnico.

### 1.3 O contraditório material como mais-valia da oportunidade

O contraditório é fundamento do Estado Constitucional e tem por fundamento o processo justo<sup>18</sup>. Originariamente, decorreu do esquema adversarial do procedimento medieval, paradigma em que a reciprocidade do binômio ciência-participação entre as partes representava um instrumento para o atingimento de uma verdade provável<sup>19</sup>. A ressalva histórica é salutar, mas a participação das partes, naquele quadrante histórico, ocorria por intermédio de um procedimento abstrato e sem que se considerasse a particularidade das partes.

Por isso que advém a importância de avistar a igualdade enquanto face sinalagmática do contraditório. O modelo adver-

18 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O Novo Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 177. O juiz tem o dever de zelar pelo contraditório e equilibrar as partes nessa participação. Por se tratar de direito fundamental que decorre do processo justo, não apenas o juiz, mas o legislador e o administrador também devem se orientar por esse verdadeiro método de trabalho, cuja ausência fulmina de nulidade qualquer experiência processual.

19 PICARDI, Nicola. *Audiat et altera pars*: as matrizes histórico-culturais do contraditório. Trad. Luis Alberto Reichelt. In PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 129.

sarial ou liberal do processo consagrava um o perfil estático da igualdade: dentro do processo, *na* estrutura do processo, isso acabou por assentar a distribuição dos poderes, faculdades e ônus de uma maneira aparentemente simétrica, contudo, sacramentava a *desigualdade* material entre os sujeitos. Consequentemente, a figura do juiz não protegia ativamente os sujeitos; o julgador permanecia como um árbitro em posição de neutralidade e sem maior ingerência<sup>20</sup> para afirmar a igualdade material das partes.

Nesse cenário da igualdade estática, trabalhava-se com o contraditório no sentido formal aparelhando o binômio ciência-participação e que correspondia, em termos da evolução da igualdade, a uma igualdade formal, a uma igualdade perante a lei – um garantismo no sentido negativo (reativo), que refutava tratamento diferenciado e postulava a universalidade na aplicação da lei. Ou seja, apreendia-se o processo como uma arena em que os contendores tinham uma mera paridade de armas<sup>21</sup>.

As implicações constitucionais da atual desenvoltura metodológica fazem transcender o mero contraditório formal, assim como é premente uma outra dimensão da igualdade. Quando a Constituição positiva a ampla defesa e o contraditório como direitos fundamentais (art. 5º, LV, da CF), a multifuncionalidade desses princípios implica o contraditório como garantia (negativa) e como dever de prestação (garantismo proativo). É nesse diapasão que o art. 9º do CPC explicita que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. A Constituição estabelece e o Código de Processo Civil ratifica uma nova dimensão do contraditório, definitivamente, um contraditório material, que deve ser adequado

---

20 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil* (proposta de um formalismo-valorativo). 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 158. O perfil estático da igualdade acarretou a aceitação pela ordinização do procedimento, pela abstração dos sujeitos e pela aparição avaliativa do juiz. Algo que se modifica com a dinamização da igualdade, o que também se repercute na concepção formal e na concepção material do contraditório – em estreita harmonia. Ver Rafael Abreu, *Igualdade e Processo...*, cit., p. 77 e seguintes.

21 Rafael Abreu, *Igualdade e Processo...*, cit., p. 75.

ao estado de coisas cooperativo do processo civil<sup>22</sup>. Atualmente, o contraditório material dispensa o vetusto legado das abstrações e das generalidades – pelo contrário, ele demanda casuísmos, contingências e, sobretudo, valoração (o juiz deve valorar e afirmar com ativismo um equilíbrio entre os sujeitos, art. 139, I, CPC), porque o “juiz encontra-se igualmente sujeito ao contraditório”<sup>23</sup>, “ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

O magistrado deixa a utópica neutralidade da *simbólica arena* e deve assegurar a igualdade material entre as partes, a igualdade *na lei e pelo direito* – a concepção dinâmica da igualdade no sinalagma com o contraditório material. No prisma dos deveres de auxílio, prevenção, esclarecimento e assistência às partes, (art. 139, I, do CPC), marca-se um processo participativo que se baseia no lastro do contraditório, que, nessa contemporânea modalidade, deve ser entendido como “garantia de influência e de não surpresa que se desenvolve nos deveres de informação do juiz e nos direitos de manifestação e consideração das partes”<sup>24</sup>.

Para além de um fundamento de isonomia de manutenção das estruturas, a nova feição do contraditório – material ou dinâmico – impõe ao juiz o dever de conferir técnicas para equalizar a posição das partes. O processo cooperativo, o modelo constitucional de processo e seus consectários possuem, no mínimo, uma dupla função: “por um lado, garantir a igualdade entre as partes; por outro, satisfazer o interesse público na descoberta da verdade e realização da justiça. Assim concebido, não se pode deixar de reconhecer também no contraditório um poderoso fator de contenção do arbítrio do juiz”<sup>25</sup>.

---

22 BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 100.

23 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O Novo Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 178.

24 TORRES, Amanda Lobão. A cooperação processual no novo Código de Processo Civil brasileiro. In ALVIM, Thereza et al. (coord.). *O Novo Código de Processo Civil Brasileiro* (estudos dirigidos: sistematização e procedimentos). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 15/6.

25 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do Formalismo...*, cit., p. 159.

A doutrina<sup>26</sup> contemporânea ressalta que o *ambiente de participação* alavanca um *equilíbrio dinâmico* entre as partes processuais porque, afinal, está se tratando do direito fundamental da igualdade na contraface desdobrada dinamicamente pelo direito fundamental do contraditório. A noção de equilíbrio confere deveres funcionais ao juiz e, em contrapartida, atribui o direito de influência, exercitável pelas partes, em todas as questões do processo, assim como também lhes assegura o direito de não surpresa. Nenhuma prova, nenhuma atividade processual pode ter o caráter de surpresa para as partes<sup>27</sup>.

Em termos de prova pericial, em especial, isso é ainda mais importante, porque deve ser assegurado, aos sujeitos parciais, a participação com a nomeação de assistentes técnicos para acompanhar o trabalho *in loco* ou *in personam* – nas mesmas circunstâncias de tempo e de local em que efetuada a perícia. O art. 466, §2º, do CPC é fator de legitimação dessa prova, ainda mais porque muitos juízes se furtam a analisar adequadamente a perícia, valendo-se, indevidamente, da leitura apressada do art. 375 do Código de Processo Civil. Se o juiz ou o administrador, por vezes, acabam delegando impropriamente uma decisão ao perito quando não escrutinam o método da perícia (arts. 473, III e 479 do CPC), por outro lado, eles devem assegurar a oportunidade e a capacidade da parte nomear assistente técnico. Inclusive porque o assistente técnico também tem o direito e o dever de colaborar com a solução da causa. A falta de legitimação desse contraditório na produção da perícia é motivo de inconstitucionalidade abissal, por fraude ao direito à prova, por violação da

---

26 Rafael Abreu, *Igualdade e Processo...*, cit., p. 95 e seguintes. O autor ainda completa a respectiva dissertação de mestrado com a dimensão da igualdade pelo processo – que certamente emplaca a necessidade de catalogar práticas que se tornam consistentes de acordo com os precedentes judiciais. De qualquer maneira, focando na estruturação do processo – seja civil, penal ou administrativo –, as remissões auferidas são por ora suficientes para localizar a relação entre igualdade e suas implicações ao processo. No tocante ao contraditório como face emblemática da igualdade dinâmica, ressalta-se a mais-valia da capacidade de agir, que é uma dimensão aprimorada da oportunidade de agir. Logo, devem ser conferidas todas as ferramentas e suportes técnicos para os sujeitos dialogarem com efetividade nos parâmetros do processo.

27 Nem mesmo as questões de direito podem ser suscitadas sem o crivo do contraditório, porque denotariam uma surpresa indigesta aos contendores. Ocorre uma relativização do clássico sentido da máxima do *iura novit curia*, na medida em que não basta que o juiz saiba o direito, é preciso que o direito a ser aplicado, o direito a ser concretizado, enfim, passe pelo crivo do contraditório. Ver DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura Novit Curia* e Causa de Pedir (o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, *passim*.

igualdade e do direito fundamental ao contraditório (violação do processo justo e da própria dignidade da parte prejudicada).

Ora, o conteúdo do contraditório atual não se esgota na ciência bilateral dos atos processuais. O contraditório forte não permite que um litigante seja surpreendido por uma prova oculta, por uma inconsistência processual por surpresa. Em decorrência, as partes podem influir na decisão, porque seus argumentos, reforçados pelo profissionalismo do assistente técnico, devem ser cotejados na motivação (art. 489 do CPC).

Vale dizer que a “defesa técnica” *na* prova pericial é efetuada pelo assistente técnico. Muitas vezes, somente tal assistente pode levantar questões que passam despercebidas pelos operadores do direito. Assim, uma parte processual para quem não fora oportunizada essa assistência se trata de uma parte desprovida de capacidade de contraditar, é uma parte que teve violentada a própria dignidade humana dentro do processo. Daí a importância central do assistente técnico na virtude do contraditório material – principalmente levando-se em conta a indelével seriedade com que o julgador deve manusear o verdadeiro sistema jurídico condensado pelos arts. 375, 473, III e 479, todos do Código de Processo Civil.

A produção da prova pericial justa se legitima pelo contraditório aparelhado pela participação do assistente técnico.

## 2 O MOVIMENTO INSTITUCIONAL PARA CONCRETIZAR O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

A força normativa da constituição, ainda mais, empunhada pelo *framework* da perspectiva objetiva<sup>28</sup> dos direitos fundamentais, implica um estado de coisas processuais. O direito à prova, a igualdade dinâmica e o contraditório material alavancam um dever de prestação, repercutindo em deveres para o legislador criar as leis, bem como no dever de tráfego de uma nova metodologia jurídica, investida sobre o trabalho do juiz e do administrador.

---

28 A tese da irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais a todos os desdobramentos jurídicos – eficácia vertical, horizontal e vertical com repercussão horizontal. Ver ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. da 5ª ed. alemã por Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 524 e seguintes.

Por ocasião da densidade desses princípios, o legislador tem elaborado regras jurídicas que abarcam tais diretrizes. Por exemplo, o já citado art. 466, §2º, do CPC e o recente art. 3ºB, XVI, do Código de Processo Penal, com a redação conferida pela Lei 12.964/19 – o Pacote Anticrime, prescrevem com nitidez a necessidade de oportunizar a nomeação de assistente técnico na produção da perícia. Da mesma maneira, a regra prevista no art. 28 da Lei 9.784/99, verdadeiro dispositivo de “sobredireito”<sup>29</sup>, assinala que quando um ato administrativo possa causar efeitos ou prejuízos na esfera jurídica do administrado, é necessária a preordenação das garantias e da efetividade do contraditório no sentido material – o texto da norma vai ao encontro do programa estabelecido pelo modelo constitucional de processo.

A tessitura aberta dos direitos fundamentais reclama a concretização com a utilização do postulado normativo da proporcionalidade. Se tradicionalmente tais direitos meramente escudavam os sujeitos com um direito de defesa, atualmente, eles também encerram a vertente positiva da proporcionalidade – a vedação da proteção indeficiente<sup>30</sup>. O descumprimento dos direitos fundamentais (prova, igualdade e contraditório), além da crise de inconstitucionalidade e a decorrente invalidade que acarreta à perícia em que não se oportunizou a nomeação de assistente técnico, também está configurado o crime de abuso de autoridade, previsto no art. 25 da Lei 13.869/19, principalmente, o parágrafo único<sup>31</sup>:

---

29 Um dispositivo de sobredireito apreende as determinações constitucionais, embora topologicamente esteja positivado em determinado conjunto de regras. Nem por isso deixa de ter aplicação a todos os casos similares, porque a força normativa dessa regra transcende os limites da lei na qual está inserida – pela assertividade prestacional, pelo caráter instrumental e tendo em vista a consecução da finalidade constitucional que a regra abarca.

30 FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 73 e seguintes. A vedação da proteção indeficiente abaliza o dever de o legislador infraconstitucional tipificar como crimes determinadas condutas ilícitas. A própria Constituição discrimina o que é mais importante, quais os bens jurídicos a serem consagrados, a ponto de se considerar criminosa determinada conduta. No caso, a violação do contraditório é de tamanha grandeza, que a não oportunização da nomeação de assistente técnico em perícia atualmente é reputada figura criminal prevista na lei de abuso de autoridade.

31 O tipo do parágrafo único não exige dolo específico tampouco alguma alegação referente ao erro de tipo. Afinal, o operador jurídico deve saber lidar com o direito, ainda mais em se tratando de direito fundamental violado. Ver MARQUES, Gabriela; MARQUES, Ivan. *A Nova Lei de Abuso de Autoridade* (Lei 13.869/19 comentada artigo por artigo). São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 116/7.

Art. 25. Proceder à obtenção de prova, em procedimento de investigação ou fiscalização, por meio manifestamente ilícito:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem faz uso de prova, em desfavor do investigado ou fiscalizado, com prévio conhecimento de sua ilicitude.

O operador do direito deve zelar pelo contraditório e pela igualdade (art. 7º, 10 e 139, I, CPC). A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não abre espaços a uma omissão – seja do legislador, do juiz ou do administrador. Um dever para a tutela adequada é imposto desde a Constituição. O bem jurídico protegido é tão valioso que ensejou a tipificação de crime de abuso de autoridade, em especial, no parágrafo único do citado dispositivo. Um fenômeno jurídico confirmado pela dogmática e pela tendência legislativa contemporânea, razão pela qual se trata de verdadeiro movimento institucional para a concreção do modelo constitucional de processo justo.

## **2.1 A gestão dos efeitos negativos ao patrimônio da parte: o processo como procedimento em contraditório**

A compreensão do processo enquanto relação jurídica processual foi abarcada pela fase tecnicista do processo civil desde meados do século XIX até meados do século XX, sendo que alguma doutrina ainda resiste na defesa dessa maneira absenteísta de observar as coisas do processo. Evidente que ocorre alguma sorte de relações entre o juiz e as partes, contudo dizer que o processo é apenas uma *relação jurídica* retira a sua dinamicidade e, de quebra, não permite analisar a natureza pública dos deveres, ônus e funções que se desenvolvem no arco processual – principalmente quando o Código de Processo Civil emplaca um modelo colaborativo que exaspera essa noção civilista de relação jurídica.

Na época dessa maneira de trabalhar com o processo, a ação fora definida como um direito público subjetivo. Atualmente, a própria ontologia da ação sublinha outra sorte de considera-

ção. Com efeito, a ação supõe um antônimo à inércia, porque agir denota movimento, agir requer uma mecânica de dinamismo ou, pelo menos, uma sucessão de atos que retira algum objeto de seu estado de equilíbrio estático para uma tendência de velocidade. Esconder o instituto ação em uma definição situacional talvez pertence à falta de condições do homem para *descrever* com precisão um movimento. O empirismo positivista dos novecentos somente poderia resultar no batismo de ação como um direito subjetivo, porque uma complexidade fenomênica lhe escaparia da percepção nitidamente conceitual.

A doutrina processual reavaliou a definição de ação que, atualmente, é uma posição subjetiva complexa de evolução progressiva. Além disso, a ação deixou de ser o polo metodológico do processo civil. O atual quadrante constitucional concede prevalência à tutela jurisdicional ou, quando muito, ao processo. De qualquer maneira, a tutela consiste no valor que subentende a justiça e a pacificação social por intermédio do processo.

A definição da ação e dos demais institutos do processo são elencados por decorrência do primado da tutela jurisdicional e que, portanto, retira a equívoca questão da inércia de sua essência: a ação consiste em uma série de poderes, faculdades, deveres, ônus e direitos no sentido estrito, enfim, a ação é uma posição subjetiva complexa<sup>32</sup> de evolução progressiva. Não basta

---

32 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, no livro *Teoria e Prática...*, cit., p. 70, pontualmente, discordava do entendimento de Elio Fazzalari. Carlos Alberto expressava que realizou algumas adaptações de percepção (nota de rodapé da fl. 70). Apesar de o professor da Sapienza de Roma atribuir uma natureza normativa ao procedimento, parece que ele deslocou elementos pertencentes à “ação” para dentro da realidade jurídica do procedimento. Uma questão acadêmica, mas digna de nota. Com efeito, o procedimento é um vínculo que organiza lógica e cronologicamente a sequência de normas, atos e posições jurídicas, pode até ser entendido como uma “norma total”, porque o vínculo em si mesmo possui uma força deontológica. Nesse sentido, o procedimento é um *link*, um fio condutor que, para além de uma “norma total”, também pode ser compreendido como uma corrente de normas concatenadas e que, assim, passa a conectar os atos e as posições subjetivas. A discussão poderia levantar que o procedimento não é o conjunto de atos e posições em série, porque isso seria uma definição da “ação” enquanto posição subjetiva complexa em evolução progressiva. A “ação” consistiria no conjunto serial a reunir as faculdades, direitos, deveres, poderes e ônus. A discussão é interessantíssima, mas se entende ser mais acadêmica que pragmática, inclusive porque a atual compreensão sobre a “ação” é de se lhe conferir uma dinamicidade que, possivelmente, talvez obscureça uma sua qualificação de verdadeira “posição subjetiva complexa”. Não se despreza a possibilidade de a “ação” ser *invisível* a uma descrição e somente passível de uma *exposição*, pois o que realmente se define, em último caso, é o resultado do ato concreto ou da posição que a conduta explicitada pela “ação” se refere, e não a “ação” em si mesma. Uma discussão acadêmica da melhor cepa. Ver FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo (teoria generale). *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986, p. 824. Em outro escrito, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira chegou a dizer: “ante a constitucionalização

resumir uma análise na acessibilidade à jurisdição, mas lançar a prioridade do exame à função da justiça e da pacificação desde a tutela jurisdicional, e a partir disso, observar a ação em um desenrolar complexo, tanto que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>33</sup> anotava que “o agir é realizado exclusivamente por meio da ação processual, pelo exercício das faculdades e poderes da parte, que se concretizam em atos processuais, conforme a sequência procedimental estabelecida em lei (v.g., demanda, réplica, pedido de prova, arrazoados, recursos, etc.)”<sup>34</sup>.

Atualmente, é crescente a concordância em dizer que a ação é atípica por natureza e que consiste em um *modus* dinâmico pelo qual, instaurada pela demanda, ela se dirige para atingir a tutela jurisdicional, o que sobra evidente que a sequência de poderes, deveres, ônus, direitos e faculdades que ela emprega seja ordenada de maneira lógica e cronológica<sup>35</sup> por um vínculo normativo ou de diversas normas concatenadas entre si. Tal ligação é providenciada pelo *procedimento*, que reúne desde o primeiro ato da ação (a demanda) até o seu ato final, o provimento<sup>36</sup>. A questão é basilar, o que levou Elio Fazzalari a ressaltar que os *extremos da série sequencial da ação* – a demanda e o provimento final – também compõem o procedimento, porque são elementos essenciais

---

das normas fundamentais sobre o acesso ao processo e o agir em juízo, bem como sobre o resultado da atividade jurisdicional, perde consistência teórica a velha e superada categoria da ‘ação’.” Ver Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista da Ajuris*, n. 109, p. 64.

33 Em palestra promovida no Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira reforçou: “ação processual é, afinal de contas, agir. Garantia de ação, o direito fundamental de ação é algo que não diz respeito à ação processual, é algo pré-processual, vem antes da ação. E a ação é o agir. E como é que eu ajo? Ajo exercendo os poderes que me são concedidos abstratamente pelo ordenamento, por atos concretos. E isso é ação. Ação não é, como dizia Liebman, só o poder de provocar a jurisdição, mas de exercer todos os poderes até o fim do processo, até o último ato do processo; isso é ação processual. Poderes que são abstratamente concedidos; por exemplo, o poder de recorrer, o poder de demandar, o poder de pedir provas, o poder de arrazoar, poderes que são abstratamente concedidos e que são exercidos concretamente por atos processuais: recorrer, arrazoar, etc.”. Ver OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Da sentença: Lei nº 11.277/06 e nova redação dada aos arts. 162, 267, 269, 463 e introdução dos arts. 466A, 466B e 466C pela Lei nº 11.232/05. in: *As recentes reformas processuais*. Cadernos do centro de estudos, vol. I, TJRS, p. 36.

34 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. In MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (orgs.). *A polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 102.

35 PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2012, p. 230.

36 FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo (teoria generale). *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986, p. 819. Esse texto, na verdade, parece uma resenha *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957, p. 111 e ss.

a ele mesmo. O procedimento organiza os atos e as posições jurídicas com a finalidade de atingir o ato final (o provimento), assinalando um compromisso funcional<sup>37</sup>.

Nicola Picardi<sup>38</sup> define a ação como uma posição subjetiva complexa de evolução progressiva. Respeitável percepção, que não invalida a compreensão da ação enquanto um fenômeno. Ao dizer que alguém age, consiste imaginar que se coloca em movimento; houve a retirada de uma situação ou de mero *status* para se colocar em pontaria de combatividade<sup>39</sup>. Em termos empíricos (por que não da psicologia), possível questionar se os atos são invisíveis (?), pois, se as condutas dos sujeitos não aparecerem, o que permite observação, o que deixa rastros, enfim, é o resultado final ou mesmo o caminho percorrido para cruzar a linha de chegada. O que aparece é o objetivo final. A importância do procedimento advém desse liame organizatório. Do chamado que o provimento final – funcionalmente – verticaliza à estrutura para, então, resultar em um processo.

Aliás, o procedimento é o liame que permite visualizar uma ação que, enquanto fenômeno, seria invisível. Ocorre que o procedimento é o vínculo que concatena os atos concretos e as posições jurídicas processuais em ordem lógica e cronológica, tanto que a doutrina assinala o procedimento “como estrutura formal constante, a sequência procedimental caracteriza-se por ser disciplinada por uma série de normas coligadas entre si, de tal modo que a norma sucessiva da série tem sempre o seu suporte fático constitutivo composto pelos efeitos produzidos pela atuação da norma precedente. Dessa maneira, o modelo procedimental decorre de uma sequência de normas, cada qual regulando determinada conduta e ao mesmo tempo enunciando, como pressuposto da própria incidência, o cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série e assim até à norma reguladora do ‘ato final’. Ao fim e ao cabo, o procedi-

37 FAZZALARI, Elio. Processo. Teoria generale. *Novissimo digesto italiano*, vol. XIII, Torinese, 1957, p. 1068.

38 *Manuale del processo civile*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2012, p. 149.

39 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 103.

mento só pode ser concebido na perspectiva de conexão, antecipadamente prevista, entre as várias normas, atos e posições subjetivas da série”<sup>40</sup>.

Vale dizer que o procedimento é um corpo sensível<sup>41</sup> dos *agires*. No interior dessa *espinha dorsal* do formalismo processual, que nasce com a demanda e se funcionaliza em direção ao provimento final, é que se praticam os atos processuais-institucionais típicos.

*O problema é que nem toda sequência de atos lógicos e cronológicos é um mero procedimento. Quando um ato desse liame pode causar efeitos nocivos ao patrimônio jurídico de alguém, é necessário inserir a metodologia interacional do contraditório para, assim, transformar o procedimento em efetivo processo.*

O art. 28 da Lei 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Nacional) encerra verdadeira regra de sobredireito no umbral que separa o procedimento do processo, porque abarca uma situação que liga a dogmática à coerência do sistema normativo como um todo – trazendo a necessidade do contraditório para dentro do procedimento cujo final pode interferir com surpresa ao patrimônio jurídico do interessado:

Art. 28. Devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse.

Nesse ponto, a lei não distingue a forma de abertura do processo tampouco se a fase conceituada se trata de procedimento ou processo. Para o legislador, os eventos que “resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza,

<sup>40</sup> *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 156/7. Uma definição que, na verdade, traduz os dizeres da doutrina italiana – de Fazzalari a Nicola Picardi.

<sup>41</sup> Pensamento análogo ao dizer que “ação” processual “consiste apenas no agir das partes em juízo, por meio do exercício dos poderes e faculdades que lhe correspondem abstratamente, concretizados em atos processuais, e correspondentes posições subjetivas processuais, conforme a sequência procedimental estabelecida em lei (v. g., demanda, réplica, pedido de prova, arrazoados, recursos etc.). Nada tem a ver, assim, com a tutela jurisdicional prestada pelo órgão judicial, que decorre não do meio, mas do resultado do processo, da imperatividade e da soberania do Estado-juiz”. Ver *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 73.

de seu interesse”, são bastantes para a determinação da intimação do interessado.

O que isso quer dizer? A despeito de algum perfil conceitual-burocrático que se pretenda valer, está evidente que o legislador positivou um mecanismo funcional para transmutar o procedimento em processo. Na eventual hipótese de se ferir o patrimônio jurídico do sujeito, deve haver a integração pelo contraditório – ora, procedimento em contraditório é processo.

O procedimento desenvolve um vínculo que efetua a ligação entre os diversos atos<sup>42</sup> e posições jurídicas subjetivas dos atores processuais – todos com direção a um provimento final previsível e que não surpreenda as partes. Por exemplo, a alienação de coisa comum quando não existe litígio. Os procedimentos de jurisdição voluntária quando não existe litígio. Agora, se houver litígio, se houver possibilidade de prejuízo, o procedimento se transfigura em processo. Exatamente como o art. 28 da LPA determina, enquanto regra de sobredireito, aplicável a todo o sistema jurídico.

O processo contemporâneo é uma espécie de procedimento<sup>43</sup> que se torna imprescindível quando o provimento avistado pelo procedimento for capaz de interferir na esfera jurídica de algum dos sujeitos processuais. Necessário repetir que a regra de sobredireito determina que o administrado seja informado com a “intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividade e os atos de outra natureza, de seu interesse”.

Não tem cabimento tentar fazer essa regra incidente apenas ao processo administrativo instaurado – e não aplicável ao procedimento administrativo que pode ensejar o processo. Em primeiro lugar, porque o contraditório forte não permite essa distinção. Em segundo lugar, porque na própria LPA, em sua apreensão sistemática, a referida regra não permite dividir fase preliminar e fase delibatória, considerando que tal dispositivo assume o

---

42 Impende recordar que as partes e sujeitos intervenientes praticam atos no processo, enquanto o juiz desempenha uma função regulamentada pelo direito público.

43 FAZZALARI, Elio. Processo. Teoria generale. *Novissimo digesto italiano*, vol. XIII, Torinese, 1957, p. 1069.

caráter de regra de sobredireito, pertinente, inclusive, ao marco dogmático da identificação do processo: o momento em que o procedimento pode gerar efeitos ao patrimônio jurídico do administrado é de natureza funcional – e não meramente conceitual.

*A fortiori*, o próprio inquérito policial que, classicamente, fora denominado de expediente “inquisitório” e sem direito ao contraditório, com a redação do Pacote Anticrime, prevê o art. 3ºB, XVI, do Código de Processo Penal, pelo qual a nomeação de assistente técnico deve ser oportunizada para a produção da perícia. Então, o mais “inquisitório” dos expedientes se *processualiza* logo quando pode gerar efeitos contra o patrimônio jurídico do sujeito. Isso quer dizer que o art. 28 da LPA deve ter aplicação irrestrita a todas as fases dos trâmites administrativos.

Na hipótese do provimento final, alocado ao cabo do procedimento, para poderem se produzir os efeitos na esfera jurídica de um dos sujeitos parciais, é necessário que o liame entre a demanda e o ato final se organize de maneira paritária e simétrica, assim permitindo uma plena discussão entre os destinatários ou interessados pelos efeitos jurídicos gerados e sofridos. Por isso, o processo é um procedimento em contraditório<sup>44</sup>, no qual se estrutura um esquema dialético que permite a participação e a discussão das questões pelos sujeitos processuais<sup>45</sup>.

44 FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo (teoria generale). *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986, p. 827.

45 Uma leitura atenta de Fazzalari deixa escapar interessante curiosidade sobre a ordem dos acontecimentos. É notável que ele comenta o fato de não terem sido os processualistas que identificaram existirem procedimentos estranhos ao *iudicium*. Esse mérito é atribuído aos estudiosos do direito administrativo. Os respectivos ensinamentos foram trazidos para o processo civil apenas em um segundo momento, como que de fora para dentro. Vale dizer que o procedimento, após nascer, voltou ao seu pretense habitat natural: o processo civil. Isso permite constatar que o processo, na sua essência mais evoluída da leitura constitucionista (formalismo-valorativo), não fora produto de uma análise estrutural, consoante ocorre com a grande maioria dos institutos jurídicos e se coaduna ao pensamento do século XIX. Pensar de maneira estrutural chega a ser uma abreviação, resume grande parte da visão à técnica. O processo – através do seu gênero procedimento –, primeiramente fora visualizado por Fazzalari em um universo funcional, quando o provimento seria o ato finalizado pelos sujeitos, com um evidente nexo teleológico. Apenas em um posterior momento, após consolidado o raciocínio sobre o procedimento, é que o contraditório forte *puxa para dentro do processo uma esquematização paritária e que reclama a simetria* entre os sujeitos. Ou seja, primeiro a função e, após, uma apreensão estrutural do fenômeno. Quer dizer que Fazzalari pensou de fora para dentro do processo, como se a partir dos efeitos se raciocinasse em direção à eficácia, o que é humanamente mais plausível – trata-se de um raciocínio funcional, como se verifica no art. 28 da LPA. Como salientado em termos da “ação”, o ser humano somente consegue visualizar o concreto, o palpável. O fenômeno não pode ser definido, apenas sentido ou matéria de exposição – não definição. Entretanto, ainda no pós-kantismo, isso tudo parece causar certa surpresa a significativa parcela de pensadores. Ver FAZZALARI, Elio. *Processo. Teoria generale. Novissimo digesto italiano*, vol. XIII, Torinese, 1957, em especial, p. 1069/1070.

Questões dogmáticas, científicas e até literais alavancam o art. 28 da LPA em regra de sobredireito. A dogmática refere que o “processo é uma subespécie do gênero procedimento de estrutura policêntrica e desenvolvimento dialético, necessariamente com observância do contraditório. O processo é policêntrico porque envolve sujeitos diversos, cada um dos quais tem uma posição particular e desenvolve um papel específico. A essa estrutura subjetivamente complexa corresponde um desenvolvimento dialético. O tecido conectivo do necessário equilíbrio dinâmico entre as partes (igualdade de chances; paridade de armas) é estabelecido pelo contraditório”<sup>4647</sup>.

Portanto, seja a fase do “procedimento” ou o nome que se conferir à “sequência de atos” – administrativos ou judiciais –, se essa ordem lógica e cronológica de atos pode conferir danos ou efeitos ao patrimônio jurídico alheio, esse sujeito deve ser informado-intimado, bem como a ele deve ser garantido o direito de não surpresa e a garantia de influência na decisão. O contraditório material é imprescindível, sob pena de inconstitucionalidade do arremedo de procedimento que está tramitando ao arrepio da Constituição – e tendo em vista o próprio texto do art. 28 da Lei do Processo Administrativo.

## 2.2 O Novo Código de Processo Civil e a Reforma do Código de Processo Penal como eixos monumentais da irradiação normativa determinada pela Constituição

O modelo constitucional de processo emplaca, já em suas normas de abertura do Código de Processo Civil, o deter de prestação da tutela jurisdicional efetiva, a consagração da igualdade

---

Dinamarco chega a comentar a influência dos administrativistas para a definição do procedimento e do processo (inclusive por existir relação de gênero e espécie), ver *A instrumentalidade do processo*. 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 82. A origem publicista de uma concepção de procedimento em confronto com o processo pode ser observada no precursor ensaio de BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo*. *Rivista Trimestale di Diritto Pubblico*, anno II, 1952, em especial, p. 126/7. Se o leitor quiser aprofundar para muito além do processo civil, a filosofia empresta uma distinção entre os pensamentos de Parsons e Luhmann que, talvez, descortina a transição de um raciocínio estrutural-funcionalista para o funcional-estruturalista, na teoria dos sistemas.

46 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Curso de processo civil*, teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010, p. 99.

47 Uma definição manuseada em Nicola Picardi, *Manuale*, op. cit., p. 230/1.

dinâmica e a obediência ao contraditório material. O sistema jurídico brasileiro não permite decisões surpresa e garante às partes o direito de influência através de um debate transparente.

O assistente técnico desenvolve uma autêntica erística profissional na produção da perícia, analisando a narração do expert, bem como contraditando e oferecendo quesitos para colaborar e enriquecer a decisão com pretensão de correção material. Portanto, o art. 466, §2º, do Código de Processo Civil estabelece a necessidade da presença do assistente técnico na produção dessa prova plurissubsistente:

Art. 466. O perito cumprirá escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido, independentemente de termo de compromisso.

§ 2º O perito deve assegurar aos assistentes das partes o acesso e o acompanhamento das diligências e dos exames que realizar, com prévia comunicação, comprovada nos autos, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias.

O assistente técnico – como o próprio predicado implica – desenvolve duas funções essenciais: a defesa eminentemente técnica do periciado ou do sujeito interessado na perícia (art. 375), bem como efetua o controle da metodologia do trabalho do perito, que deve atender aos parâmetros do art. 473, III e 479 do Código de Processo Civil.

Tais parâmetros metodológicos foram consagrados em casos emblemáticos julgados nos Estados Unidos ao largo do século XX. Na rotina desses verdadeiros testes científicos, que foram adotados pelas decisões, divulgou-se o parâmetro de critérios Daubert-Kumho-Joiner. Com base nessa evolução, o julgador assume o papel de guardião da prova técnica desde a produção até a valoração, sendo que ele deve cuidar dos parâmetros metodológicos utilizados pelo perito. Um dever muito facilitado pela colaboração do assistente técnico, inclusive, porque esse profissional dispõe de conhecimento especializado para reportar a crítica em juízo. No Brasil, em voto vista conduzido pelo Ministro Luiz Fux no Recurso Especial 363.889-DF, Relator Ministro Dias Toffo-

li, Tribunal Pleno, DJ 15/12/2011, o Supremo Tribunal Federal marcou o precedente sobre a valoração da prova pericial, que deve escrutinar o trabalho do perito nos seguintes termos: (a) a controlabilidade e a falsificabilidade da teoria que se encontra na base da técnica empregada; (b) a explicitação do percentual de erro relativo à técnica empregada; (c) a aceitação da técnica e do método pela comunidade científica especializada; (d) a publicação dos achados em revista especializada.

Isso toca à valoração da prova pericial. O foco do presente é a produção dessa prova, mas como se salientou, para melhor valorar, é preciso otimamente produzir. Sem a narrativa e a argumentação dos assistentes técnicos, o trabalho do juiz se torna muito dificultado.

O legislador do Pacote Anticrime (Lei 13.964/19) também não deixou escapar a chance de positivar a questão da produção da prova pericial conforme a Constituição. Atualmente, embora ainda alguns setores defendam a natureza inquisitória do inquérito policial, durante esse próprio expediente, deve ser oportunizado – ao investigado – a nomeação de assistente técnico para influir e não ser surpreendido por perícia:

Art. 3ºB. O juiz das garantias é responsável pelo controle de legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

XVI – deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia.

Isso reflete o próprio regime de conformidade (*compliance*) aplicável ao inquérito policial<sup>48</sup>. O art. 159, §4º, do Código de Processo Penal, portanto, deve ter a interpretação adequada ao programa estabelecido pelo legislador reformista. Comentando uma possível antinomia, Rogério Sanches Cunha refere que “o legisla-

---

48 VIOLANTE, Sarah Furtado; SANTOS, José Eduardo Lourenço. *Compliance*, investigação criminal e a observância dos direitos fundamentais. In *Revista Jurídica Unigran*, Dourados, vol. 21, n. 41, já./jun/2019, p. 56/7.

dor do processo penal, no ano de 2008, trilhou outro caminho, ao que parece equivocadamente, pois, ao permitir a atuação do assistente somente após a elaboração do laudo, esse último auxiliar se privou da possibilidade de acompanhar o trabalho oficial<sup>49</sup>. O autor festeja a reforma elencada pelo art. 3ºB, XVI, do CPP, que assinala a efetivação da igualdade material e do contraditório forte, de uma vez por todas, tanto no inquérito quanto no desenrolar do processo penal.

A partição do assistente técnico não é passível de contraditório diferido (hipóteses previstas no art. 9º do CPC). Aliás, o referido art. 159§4º, do CPP se trata de diretriz inconstitucional. O assistente técnico deve participar ativamente na produção *in loco* da perícia. Em realidade, para além da inconstitucionalidade do art. 159, §4º, do CPP, parece que a antinomia pode ser resolvida com uma interpretação sistemática, consoante assinala Guilherme Nucci<sup>50</sup>. Afinal, se o investigado já pode nomear assistente técnico na fase do inquérito policial, é lógico que não haverá contraditório diferido consoante o vetusto art. 159 do CPP – porque o perito já está nomeado e acompanhará o trabalho concomitantemente à respectiva produção (nos análogos moldes do previsto no CPC).

Ambos os códigos monumentais dos processos brasileiros acolhem, portanto, a necessidade de ratificar o que a Constituição já determina – um contraditório com a oportunização da presença do assistente técnico na produção da perícia. Aliás, o art. 28 da LPA, o art. 466, §2º, do CPC e o art. 3ºB, XVI, do CPP refletem a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. O legislador cumpriu o dever de prestação ao criar regras jurídicas estabelecidas pelo estado de coisas constitucional. Logo, para além da criação das leis, a metodologia jurídica – por parte dos aplicadores do direito (juiz e administrador) – também deve obedecer aos comandos superiores.

### 2.3 O papel dos Tribunais Superiores e do Conselho Nacional de Justiça

O art. 926 do CPC refere que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, o

<sup>49</sup> CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 95.

<sup>50</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote Anticrime Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 45.

que ensejou diversos estudos sobre a definição e sobre a funcionalidade do que é vinculante, em termos de tomada de decisão judicial ou administrativa. Não somente os remédios especiais – como o controle de constitucionalidade, o IRDC, a assunção de competência ou a repercussão geral, dentre outros – possuem efeitos vinculantes.

A questão dos precedentes toca à função do processo e ao esquema de organização das cortes jurisdicionais ou administrativas. Com efeito, o processo tem dupla funcionalidade: resolver o problema do caso concreto e elaborar uma decisão que seja uniforme para os demais casos. É nesse último sentido que se fala em igualdade perante o *direito*<sup>51</sup>, já que a segurança jurídica não é decorrente dos meros textos legais, mas também (e principalmente) da consistência das decisões. Portanto, um precedente não é qualquer decisão ou um punhado de decisões similares; trata-se de uma decisão qualificada materialmente.

Em primeiro lugar, por abarcar um caso relevante no qual tenham sido exploradas cuidadosamente as questões implicadas pelo sistema jurídico em sentido amplo<sup>52</sup>. Em segundo lugar, por ser exarado por corte suprema ou pela mais alta corte administrativa, justamente porque o precedente produz efeitos prospectivos aos demais órgãos da administração da justiça.

A referência a um precedente reproduz essa *holding (ratio decidendi* ou princípio vinculante) informativa e vinculativa, que exaspera a descrição de uma mera jurisprudência. O papel das cortes superiores – Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, bem como do Conselho Nacional de Justiça (na esfera administrativa) – é peremptório, no sentido de dirimir os percalços interpretativos que um ou outro dispositivo do ordenamento pode suscitar perante o manejo dos textos pelos órgãos inferiores. Os órgãos de cúpula determinam interpretações a serem empregadas, como vértices de coerência do sistema jurídico.

51 Rafael Albreu, *Igualdade...*, cit., p. 60.

52 SCHAUER, Frederick. *Il Ragionamento Giuridico* (una nuova introduzione). 1ª ed. italiana. Trad. Giovanni Battista Ratti. Roma: Carocci Editore, 2018, p. 93.

A efetivação do contraditório material é questão latente na interpretação exarada por tais órgãos de cúpula. A referência a decisões lapidares fundamenta e ratifica os argumentos até então ensaiados.

A primeira decisão se trata de um julgamento efetuado pelo Superior Tribunal de Justiça, no qual se explicita que o exercício do contraditório, na produção da prova pericial, é efetuado pela oportunidade da nomeação do assistente técnico:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. DEMISSÃO. UTILIZAÇÃO DE INCIDENTE DE SANIDADE MENTAL INSTAURADO EM OUTRO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR, SEM OPORTUNIZAÇÃO DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NULIDADE CONFIGURADA. SEGURANÇA CONCEDIDA.

3. Com razão o impetrante, uma vez que não consta dos autos do Incidente de Sanidade Mental notificação para que pudesse exercer o contraditório e ampla defesa, especialmente indicar assistente técnico e apresentar quesitos; e, ademais, a Junta Médica – cujos membros foram identificados sem a indicação de suas áreas de especialidade médica -, concluiu pela sanidade mental do acusado sem apresentar fundamentação apropriada.

(MS 20336/DF, relator Ministro Mauro Campbell Marques, primeira seção, DJe de 1/4/2014).

Um procedimento que efetua uma perícia pode causar dano ao periciado, lembrando da regra de sobredireito do art. 28 da LPA. Portanto, já não se trata de mero procedimento, mas se tem um autêntico processo. O processo é um procedimento em contraditório, sendo necessário preservar os direitos fundamentais implicados pelo modelo constitucional de processo cooperativo.

O Conselho Nacional de Justiça pacificou o caráter de regra de sobredireito ao art. 28 da Lei 9.784/99, ao referir que qualquer situação que cause ou possa causar prejuízo ao administra-

do, o expediente deve ser desenvolvido ao largo da metodologia do contraditório. No Procedimento de Controle Administrativo 0007494-91.2010.2.00.0000, o Conselho Nacional de Justiça foi didático ao asseverar a cogência dessa metodologia:

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO ORIGINALMENTE PROTOCOLADO COMO PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. CONTROLE DA DECISÃO DE ABERTURA DO PROCEDIMENTO DESTINADO A AVALIAR A INVALIDEZ PERMANENTE PARA FINS DE APOSENTADORIA. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO/INTIMAÇÃO PARA A Sessão EM QUE PROFERIDA. EXISTÊNCIA DE NULIDADE.

- 1 - O princípio do devido processo legal, indicador notório de elevado padrão de civilidade nas relações jurídicas, foi descumprido. Com efeito, se correto o entendimento do relator de que o processo para verificação de invalidez não pode ser qualificado como sancionador ou disciplinar, deve ele, no entanto, ser classificado como restritivo, porquanto implica na redução da esfera jurídica protegida do interessado.
- 2 - Incide na espécie a Lei nº 9.784, de 1999, aplicável aos órgãos do Judiciário por força do que dispõe o artigo 1º, § 1º, que, especificamente, no artigo 28, preceitua que “devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse”.
- 3- A circunstância de o art. 76, I, da LOMAN, possibilitar ao Tribunal iniciar de ofício o processo para verificação de invalidez do magistrado não afasta a nulidade, porque, no caso, o Tribunal optou que o início do processo decorresse de deliberação do Tribunal, designada, para tanto, sessão da qual o requerente não foi intimado.
- 4- O prejuízo ao requerente foi manifesto. Conforme consta dos autos e reiterado na tribuna pelo advogado, naquela sessão ele foi afastado do cargo, de modo que não se aplica a regra ou a parêmia de que não existe nulidade sem prejuízo.
- 5- A LOMAN deve ser interpretada à luz da Constituição Federal – e não o contrário – e que essa, de fato, indiscutivelmente, consagrou com princípio basilar do sistema jurídico o devido processo legal e o contraditório.
- 6 – Procedimento julgado procedente, por maioria, para de-

clarar a nulidade do procedimento administrativo verificatório de invalidez desde o início, isto é, desde a sessão realizada em 04.10.2010, inclusive, e na qual restou deliberada a abertura de procedimento administrativo para apurar a invalidez do requerente por incapacidade mental, e, conseqüentemente, todos os atos posteriores que resultaram na aposentadoria do requerente por invalidez.

Não basta se alegar que um “procedimento” foi instaurado de ofício por determinado órgão tampouco referir que se tratou de inspeção de rotina em administrado. Todo e qualquer evento probatório ou decisório que, de alguma forma, cause prejuízo ao sujeito, deve ser instrumentalizado pela metódica do contraditório material. Portanto, mais que a ciência-participação, é necessário garantir o direito de influência e o direito de não surpresa – para a tutela constitucional do administrado.

No tocante à prova pericial, isso consiste em oportunizar e efetivamente verificar se o administrado teve as condições para nomear um assistente técnico.

## **CONCLUSÃO COM UM PESO A MAIS**

Os direitos fundamentais irradiam o dever de prestação ao legislador, ao juiz e ao administrador. É nesse paradigma que o modelo constitucional de processo institucional vincula o operador do direito tanto para a criação como para a aplicação do ordenamento jurídico brasileiro.

O art. 28 da Lei 9.784/99 é norma de sobredireito que abarca a dogmática do processo como procedimento em contraditório ao assinalar que “devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse”. O direito positivo legitima, pelo contraditório material, o procedimento que repercute efeitos no patrimônio jurídico do interessado. Assim como o legislador também esteve atento para descrever que o julgador deve “assegurar às partes igualdade de tratamento” (art. 139, I, CPC).

O assistente técnico deve participar efetivamente da produção da perícia. Afinal, ele desempenha uma dupla função: o profissional habilitado assegura a observação do método de trabalho, por parte do perito, da mesma forma que ele assegura a melhor correção material das conclusões técnicas. O profissional da área especializada é que dispõe de uma ótima propriedade para fomentar o debate sério e leal ao largo das fases probatórias, inclusive no tocante à valoração final. O direito fundamental à prova, o direito fundamental à igualdade dinâmica e o direito ao contraditório material, portanto, são bens jurídicos de tamanha grandeza que devem ser observados na produção da perícia. Tanto que, na perspectiva da máxima da vedação da proteção indeficiente, o art. 25 da Lei 13.869/19 tipificou como crime a utilização de perícia contrária à Constituição, enfim, contrária ao sistema jurídico como um todo – um crime formal que se consuma com a utilização de perícia que não assegurou a participação de assistente técnico. ❖

## REFERÊNCIAS

ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e Processo* (posições processuais equilibradas e unidade do direito). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. da 5ª ed. alemã por Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALPA, Guido. *I Principi Generali*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BENVENUTI, Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo. *Rivista Trimestale di Diritto Pubblico*, anno II, 1952, em especial.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASTRO, Cássio Benvenuti de. A tutela jurisdicional como polo metodológico do processo civil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Thompson Reuters, setembro/2018, ano 107, vol. 995.

COSTA, Susana Henriques. A influência do contraditório na valoração dos elementos de prova produzidos no inquérito. In ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. (org.). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime*. Salvador: JusPodivm, 2020.

DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura Novit Curia e Causa de Pedir* (o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3ª ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes.

FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo (teoria generale). *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986.

\_\_\_\_\_. Processo. Teoria generale. *Novissimo digesto italiano*, vol. XIII, Torinese, 1957.

GIULIANI, Alessandro. Prova (Prova in generale). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, vol. XXXVII.

FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJÓLI, Luigi. Direitos fundamentais. In FERRAJÓLI, Luigi. *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*. Trad. Alfredo Copetti Neto. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MARQUES, Gabriela; MARQUES, Ivan. *A Nova Lei de Abuso de Autoridade* (Lei 13.869/19 comentada artigo por artigo). São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. In MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (orgs.). *A polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. Da sentença: Lei nº 11.277/06 e nova redação dada aos arts. 162, 267, 269, 463 e introdução dos arts. 466A, 466B e 466C pela Lei nº 11.232/05. in: *As recentes reformas processuais*. Cadernos do centro de estudos, vol. I, TJRS.

\_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*, vol. 1. São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. *Do Formalismo no Processo Civil* (proposta de um formalismo-valorativo). 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O Novo Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas* (do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente). 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote Anticrime Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PICARDI, Nicola. *Audiatur et altera pars: as matrizes histórico-culturais do contraditório*. Trad. Luis Alberto Reichelt. In PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. *Manuale del processo civile*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SCHAUER, Frederick. *Il Ragionamento Giuridico* (una nuova introduzione). 1ª ed. italiana. Trad. Giovanni Battista Ratti. Roma: Carocci Editore, 2018.

STEIN, Friedrich. *El Conocimiento Privado del Juez*. Trad. Andrés de la Oliva Santos. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 1990.

TARUFFO, Michele. *A Prova*. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TORRES, Amanda Lobão. A cooperação processual no novo Código de Processo Civil brasileiro. In ALVIM, Thereza et al. (coord.). *O Novo Código de Processo Civil Brasileiro* (estudos dirigidos: sistematização e procedimentos). Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VIOLANTE, Sarah Furtado; SANTOS, José Eduardo Lourenço. *Compliance, investigação criminal e a observância dos direitos*

fundamentais. In *Revista Jurídica Unigran*, Dourados, vol. 21, n. 41, já./jun/2019.

# A Proposta de Júri Virtual e a Necessidade de Garantia de Direitos dos Acusados

**Francisco Alves da Cunha Horta Filho**

*Mestrando em Direito no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis, na linha de pesquisa Processo e Efetivação da Justiça e dos Direitos Humanos (2021). Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.*

**RESUMO:** Com o surgimento da COVID-19, tornou-se necessário, para reduzir o risco de contágio da doença entre os agentes do sistema de justiça e dos jurisdicionados em geral, promover a suspensão dos atos judiciais presenciais, dentre os quais, as Sessões Plenárias de julgamento pelo Júri. Com a indefinição quanto à solução da gravíssima crise sanitária, o Conselho Nacional de Justiça passou a discutir uma minuta de Resolução que tem por escopo autorizar os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais a realizar júris remotos com o auxílio da informática. Enquanto uma entidade de magistrados se pronunciou favoravelmente à proposta, todas as demais instituições que atuam na administração da justiça se opuseram de forma veemente, na medida em que, segundo elas, a inovação provocaria uma série de violações a direitos fundamentais. Nesse cenário, o artigo se dedica a investigar alguns elementos que tornam impossível a sua realização sem prejudicar o sigilo dos julgamentos, a legitimidade da prova testemunhal e o exercício da plena defesa.

**Abstract:** With the emergence of COVID-19, it became necessary, to reduce the risk of contagion of the disease among the agents of the justice system and those in jurisdiction in general, to promote the suspension of face-to-face judicial acts, among

which, Plenary Trial Sessions by the Jury. With the uncertainty as to the solution of the very serious health crisis, the National Council of Justice started to discuss a draft Resolution that aims to authorize the Courts of Justice and the Federal Regional Courts to hold remote juries with the help of information technology. While a magistrate entity favorably pronounced the proposal, all the other institutions that operate in the administration of justice vehemently opposed it, as, according to them, innovation would cause a series of violations of fundamental rights. In this scenario, the article is dedicated to investigating some elements that make it impossible to carry out without jeopardizing the confidentiality of trials, the legitimacy of testimonial evidence and the exercise of full defense.

**PALAVRAS-CHAVE:** Júri Virtual. Proposta. Direitos Fundamentais.

**KEYWORDS:** Virtual Jury. Proposal. Fundamental rights.

## 1. A JUSTIFICATIVA DO TEMA QUE SERÁ ENFRENTADO

O ano de 2020, certamente, ficará marcado na história da humanidade pela pandemia da COVID-19. O novo coronavírus despertou em cada um de nós os nossos piores temores. Inicialmente, surgiu a preocupação com a saúde, especialmente daqueles que foram incluídos nos grupos de especial vulnerabilidade aos efeitos dos vírus no organismo. Depois, o receio com os efeitos econômicos das medidas indispensáveis a serem adotadas para poupar o maior número possível de vidas.

O “novo normal”, termo incessantemente reproduzido pelos meios de comunicação, atingiu em cheio as instituições do sistema de justiça, isso porque, todas – sem exceção – dependem, diretamente, do contato próximo com um volumoso número de pessoas. Operadores do Direito e jurisdicionados convivem em corredores superlotados dos diversos fóruns e das instalações da Defensoria Pública e, até a chegada do novo coronavírus, ninguém cogitava que fosse possível ver a jurisdição prestada adequadamente sem um contato interpessoal bem estreito.

Ocorre que, a essencialidade das funções das instituições do sistema de justiça obrigou uma reconfiguração de tudo aquilo que sempre se fez, na medida em que as audiências e as sessões de julgamento, além do acesso do público às instalações judiciais, foram suspensos para reduzir o iminente risco de contágio em massa. Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 313, de 19 de março de 2020, determinou a suspensão dos prazos processuais e de todos os atos jurisdicionais presenciais.

Por conta disso, desde então, não se registra a realização de audiências, inclusive, as sessões de julgamento pelo Tribunal do Júri, um dos atos que, por sua simbologia, reúne um grande número de atores (ao menos, um defensor, um acusado, um juiz, um promotor, um oficial de justiça, um secretário, um policial militar e sete jurados, logo, 14 pessoas).

Em 28 de maio de 2020, o Conselho Nacional de Justiça, ao acolher um Pedido de Providências (CNJ – Processo nº 0003407-43.2020.2.00.0000 – Pedido de Providências – Relator Conselheiro André Godinho – Julgado em 28/05/2020) de autoria da Federação das Entidades Sindicais dos Oficiais de Justiça do Brasil, decidiu pela suspensão das sessões do Tribunal do Júri, sob o argumento da necessidade de preservação da saúde de todos os envolvidos no julgamento em relação ao contágio pelo novo coronavírus.

Pouco menos de um mês após essa manifestação do Conselho Nacional de Justiça, o Conselheiro Mário Guerreiro apresentou uma proposta de Resolução que pretende permitir que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais adotem o sistema de videoconferência na realização das sessões de julgamento do Tribunal do Júri.

Tão logo anunciada, a proposta de “júri virtual” gerou um movimento harmônico de críticas vindo dos mais diversos setores da comunidade jurídica, mas com especial foco na academia e nos operadores da defesa criminal.

Em 7 de julho de 2020, uma nota subscrita pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), que manifestou apoio à

proposta de realização de júris virtuais, converteu-se no “sopro criativo” para a elaboração deste artigo, isso porque é inegável que no âmbito do Poder Judiciário tornou-se simpática a ideia de que as sessões plenárias de julgamento fossem realizadas com o auxílio de recursos remotos.

O presente artigo, nas próximas linhas, busca demonstrar que, diante de diversos obstáculos de naturezas diversas, impõe-se reconhecer, mesmo cômico da situação excepcional que a humanidade atravessa em virtude da pandemia da COVID-19, que a realização de um “júri virtual” se presta a atender os “anseios estatísticos”, à custa do sacrifício de direitos constitucionalmente assegurados aos acusados.

## 2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROPOSTA AO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O passo inicial para que se possa refletir quanto à possibilidade de realização de sessões plenárias do Tribunal do Júri de forma virtual é a abordagem da proposta do Conselho Nacional de Justiça, que, na realidade, foi o que desencadeou o debate a respeito do tema, bem como, o teor do voto do Conselheiro Mário Guerreiro, relator do procedimento.

Em que pese a realização do júri virtual tenha criado uma nítida e inconveniente polarização entre alguns dos atores da comunidade jurídica, em que se colocaram explicitamente contrários à medida o Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais (CONDEGE), o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), enquanto, por seu turno, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) posicionou-se favoravelmente à realização de um júri por meio eletrônico, o presente artigo pretende, de forma científica, abordar a proposta do Conselho Nacional de Justiça de forma despida de quaisquer pré-concepções.

Para que se compreenda o espírito da proposta é valioso analisar o voto do Conselheiro relator e os *consideranda* inseridos

na minuta, isso porque, como nos ensina Vicente Rao, no trabalho hermenêutico “é da mais alta valia a investigação histórica para esclarecer, com o conteúdo da norma, os seus fins práticos e sociais e, conseqüentemente, o seu sentido jurídico; (...) excelentes subsídios proporcionam, por sua vez, as declarações de motivos” (RAO, 2004, p.523).

Em seu voto, o Conselheiro inicia a exposição com a afirmação de que, diante das vicissitudes da pandemia da COVID-19, incumbe ao Conselho Nacional de Justiça harmonizar a continuidade da regular prestação jurisdicional e a preservação da saúde de todos os agentes do sistema de justiça, bem como, dos próprios jurisdicionados.

Segue, ingressando na questão afeta ao Tribunal do Júri e pontua que:

o prolongado contexto da pandemia e o considerável quantitativo de réus presos que aguardam o julgamento de crimes dolosos contra a vida têm revelado que a mera espera pelo fim do isolamento social para a realização dessas sessões de julgamento não se mostra consentânea com os comandos constitucionais.

Não se observa, na manifestação em que opina pela aprovação da minuta, quais seriam esses valores constitucionais que o júri virtual resguarda, contudo, ao longo dos *consideranda*, consta, de forma clara, quais seriam os vetores maiores prestigiados com a adoção dessa providência: o direito à prestação jurisdicional tempestiva, com assento no artigo 5º., inciso LXXVII, da Constituição Federal de 1988. Nenhum outro!

A proposta, na realidade, deixa transparecer que ela não externa qualquer preocupação com os variegados direitos fundamentais que são assegurados a todos aqueles que se veem processados criminalmente em nosso país. O único compromisso da minuta é com as questões estatísticas e com a tentativa de evitar que um grande número de plenários acabe acumulado por conta das necessidades de distanciamento social típicas do combate a pandemia da COVID-19.

É de se lamentar que – mais uma vez – a comunidade jurídica tenha perdido uma preciosa oportunidade de enfrentar com a seriedade que merece a questão da banalização da prisão cautelar e a sua imposição, como regra, durante o processo que tem como pano de fundo um crime doloso contra a vida. Se isso acontecesse, naturalmente, a realização de um júri virtual teria ficado em um segundo plano.

Alguns pontos da minuta merecem um olhar mais atento, quais sejam:

O artigo 4º, parágrafo 1º, da minuta de Resolução inaugura um rito diferenciado para a realização do sorteio dos jurados que irão integrar o Conselho de Sentença:

Art. 4º. Na data designada, a sessão de julgamento do Tribunal do Júri podera se iniciar virtualmente, pelo sistema de videoconferência, com o acompanhamento virtual do Juiz, do representante do Ministério Público, da Defesa técnica e do réu, momento em que sera realizado o sorteio dos 7 jurados que comporão o conselho de sentença.

§1º. Caso o Juiz Presidente opte pelo procedimento previsto no *caput*, após o sorteio, o ato deve ser suspenso, para que o magistrado, os jurados sorteados, o secretário de audiência e os oficiais de justiça, no mesmo dia, se façam presentes à sala de sessões plenárias do Tribunal do Júri.

De acordo com o que pretende a minuta, o sorteio dos jurados será fracionado em dois momentos: no primeiro, em ambiente virtual, o corpo de jurados se reunirá com o Juiz Presidente, com o Promotor de Justiça e com o Defensor do acusado, para que sejam sorteados os sete que comporão, naquela sessão, o Conselho de Sentença; no segundo, uma vez formado o corpo de julgadores, o Juiz Presidente irá suspender o ato para que eles possam se reunir presencialmente na instalação do fórum.

Também chama a atenção o artigo 12 da minuta de Resolução, cujo objeto é a forma como os depoimentos das testemunhas serão colhidos no júri virtual. Assim dispõe:

Art. 12. As vítimas e as testemunhas poderão ser ouvidas por sistema de videoconferência, no momento próprio da sessão plenária de julgamento.

§1º. No mandado de intimação para a sessão de julgamento, deverá constar a possibilidade de realização da sua oitiva por videoconferência.

§2º. No momento da intimação, o oficial de justiça deverá certificar o número do telefone celular do intimando, bem como sobre se ele possui conexão de *internet* e *smartphone*, ou outro aparelho eletrônico que permita a sua oitiva por videoconferência.

§3º. Se presentes as condições para o intimando ser ouvido por videoconferência, o Oficial de Justiça deverá intimá-lo a estar disponível no dia e horário da sessão de julgamento, sob pena de condução coercitiva presencial para o próprio ato da audiência.

§4º. Caso o Oficial de Justiça verifique que não há condições de o intimando ser ouvido por videoconferência, deverá intimá-lo para comparecer presencialmente à sessão de julgamento.

§5º. Antes da oitiva, as vítimas e as testemunhas deverão ser identificadas por meio da exibição de documento de identificação pessoal com foto.

As testemunhas serão ouvidas, remotamente, a partir do seu dispositivo de telefonia móvel que permita o uso do aplicativo de reuniões virtuais, com certidão lavrada dando conta do número do aparelho utilizado para prestar o depoimento, e, identificando-se o depoente a partir da exibição do documento de identidade à câmera do aparelho.

Por fim, também causa uma sensação de mal-estar o artigo 11, parágrafos 1º. e 2º. da minuta de Resolução, dessa vez, quando confere tratamento ao interrogatório do acusado, que, como se sabe, tem a natureza de um ato de defesa e, por tal razão, em um ordenamento jurídico marcado pela plenitude de defesa, assume inegável destaque.

Reza a minuta:

Art. 11. Durante a sessão de julgamento, a Defesa técnica terá livre acesso ao réu solto, podendo, a qualquer momento, entrar em contato com ele.

§1º. No caso de réu preso, ele deverá acompanhar o seu julgamento pelo sistema de videoconferência, em sala própria no estabelecimento prisional onde se encontrar.

§2º. Na hipótese do § 1o, a Defesa deverá ter acesso ao réu preso por telefone ou outro meio de comunicação durante todo o julgamento, podendo comunicar-se com ele sempre que entender necessário.

Na sessão virtual, o acusado que esteja sob a custódia do Estado permanecerá, durante todo o julgamento, em uma sala própria na unidade prisional em que esteja acautelado e, partir dali, acompanhará os atos da instrução, a sustentação oral da acusação e da defesa, e, o principal, prestará ao juiz da causa o seu interrogatório, dando a sua versão para os fatos. O contato com o responsável pela sua defesa, neste caso, se dará a partir de um telefone próprio.

Estes serão os objetos centrais do presente artigo, ou seja, refletir como tais previsões tem o condão de violar alguns direitos fundamentais do acusado e a própria conformação constitucional do Tribunal do Júri, supostamente, para que se equalizem as pautas de julgamento das Varas Criminais que possuem competência para processar e julgar originariamente os crimes dolosos contra a vida.

O certo é que, como se disse, toda essa celeuma que se instalou na comunidade jurídica poderia ter sido solucionada a partir de outros meios, sem qualquer debate acerca do sacrifício de direitos fundamentais de índole processual daqueles que se encontram na delicada condição de acusados da prática de um crime capital, bastando, para tanto, aplicar o artigo 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, trazido com a recente Lei nº 13.964/2019, apelidada de “Pacote Anticrime”.

Sempre que forem transcorridos 90 dias, de ofício ou mediante a provocação das partes, o Juiz de Direito que preside o processo deve avaliar a prisão preventiva imposta ao acusado, para auferir se ainda há pertinência na supressão absoluta do direito ambulatorial de um acusado que, até que ocorra o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, é considerado como inocente para todos os fins, inclusive, sob a perspectiva do seu prolongamento por um prazo razoável.

A solução, infelizmente, não foi essa e, por essa razão, é a pretensão deste artigo trazer alguns pontos de reflexão para que se possa ao final, de forma pragmática, dizer se a realização de um júri virtual é viável ou não.

### **3. PRIMEIRA REFLEXÃO: COMO PRESERVAR A INCOMUNICABILIDADE DOS JURADOS?**

A primeira questão digna de reflexão quanto à possibilidade de realização de sessões plenárias do júri a partir de um método virtual é aquela referente à necessidade de se preservar, desde o sorteio até a conclusão da votação, a incomunicabilidade dos jurados que integram o Conselho de Sentença, tal qual determina, de forma expressa, o artigo 466, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal.

É impossível tratar a incomunicabilidade dos jurados sem falar, ainda que de forma breve, num dos princípios estruturantes do Tribunal do Júri que foi mencionado pelo Legislador Constituinte, a saber, o sigilo das votações, com sede no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea b, da Constituição Federal de 1988.

Diferentemente do que se colhe, por exemplo, na experiência norte-americana, em que os jurados, reunidos em uma sala secreta e sem a participação de qualquer outra pessoa, deliberam com liberdade sobre a decisão que será por eles tomada, no Brasil, é expressamente vedado aos jurados que emitam, até que seja cessada a incomunicabilidade, qualquer juízo valorativo acerca do processo em julgamento, inclusive, sob pena de dissolução do Conselho de Sentença.

O modelo adotado no Brasil, por escolha da Constituição Federal de 1988, estabelece que os jurados votam de forma sigilosa. A partir de um juízo restrito à sua esfera íntima, cada um dos jurados vota, sopesando os argumentos que foram levantados pela defesa e pela acusação durante as suas falas, em cotejo com as provas que eventualmente tenham sido produzidas na etapa instrutória em plenário, razão pela qual a decisão de cada um dos jurados, que irá formar a maioria, não é conhecida pelos demais, tampouco os motivos que o levaram ao convencimento em determinado sentido.

A questão da incomunicabilidade dos jurados é um valor caro ao procedimento típico dos crimes dolosos contra a vida justamente para evitar que a participação direta da sociedade na prestação da atividade jurisdicional se consubstancie em um *locus* de decisões injustas, absolutamente despidas de conexão com as provas e o fato em análise. Evitam-se decisões desconectadas com a realidade, pela garantia de que o voto do jurado não será compulsoriamente revelado a quem quer que seja.

Encontra-se, na academia, a explicação de que o sigilo das votações tem como escopo resguardar a liberdade dos jurados para que possam votar de acordo com as suas consciências. Seria um instrumento para garantir a independência dos jurados na difícil tarefa de julgar.

É bom que se diga: o sigilo das votações resguarda o jurado não apenas em relação ao receio de represálias pela solução absolutória ou condenatória por parte do acusado, da vítima ou dos familiares de ambos, mas, também, da censura que poderia partir de algum dos agentes públicos envolvidos no julgamento – especialmente, o Juiz Presidente – em virtude da sua decisão. A proteção que o sigilo das votações garante ao jurado se destina tanto a um “temor de fato”, assim considerado o receio de sofrer algum mal injusto por conta do exercício de sua função, quanto a um “temor reverencial”, consubstanciado no respeito e no desejo de aprovação por parte dos agentes envolvidos no processo com a solução que foi por ele adotada.

Sobre a justificativa da opção constitucional por um sistema secreto de votações, assim se pronuncia Adriano Marrey:

O sigilo das votações é imperativo e constitui requisito essencial do Júri previsto na CF/88, art. 5º, XXXVIII, *b*.

A forma sigilosa, ou secreta, da votação decorre da necessidade de resguardar-se a independência dos Jurados – juízes leigos, destituídos de garantias, ao contrário dos juízes togados – no ato crucial do julgamento, que é a deposição dos votos, em sentido positivo ou negativo, dela resultando a sorte do veredicto e o destino dos acusados.

(...)

Devem, em consequência, os Jurados ver-se cercados das mais sérias precauções, a fim de que decidam com independência e imparcialidade, livres de quaisquer pressões, da ameaça de violência física, resultante de coação, ou violência moral, que se traduz, muitas vezes – numa e noutra hipótese –, pela presença ostensiva e ameaçadora dos parentes da vítima ou amigos do réu.

Daí ser-lhes garantida a possibilidade de votar em recinto especial, na sala secreta, sem a presença do público, somente sob a direção do Juiz Presidente e a fiscalização indireta do representante do Ministério Público e da defesa. (MARREY, 2000, p. 409/410)

O cuidado com o sigilo das votações é tamanho, que se pode encontrar, sem muita dificuldade, uma série de reflexos dessa opção ao longo do nosso Código de Processo Penal, como, por exemplo:

a) O artigo 485 do Código de Processo Penal estabelece que, uma vez encerrados os debates em plenário e não restando qualquer dúvida a ser esclarecida aos jurados, passa-se à votação dos quesitos em séries em uma sala especial, conhecida como “sala secreta”;

b) O mesmo dispositivo acima mencionado ainda restringe aqueles que participarão do ato solene de votação pelos jurados na “sala secreta”, justamente para evitar que sejam alvo de qual-

quer postura que os possa intimidar, razão pela qual apenas o Juiz Presidente, a defesa técnica, a acusação, o escrivão e o oficial de justiça poderão presenciar o depósito dos votos. É de se notar, neste ponto, que o acusado não permanece durante a votação, em que pese, como é cediço, ele tenha o direito de exercer a sua autodefesa em todos os atos processuais;

c) O artigo 487 do Código de Processo Penal exige, de forma expressa, que o oficial de justiça recolha os votos dos jurados em duas urnas diferentes, de maneira a que não se tenha conhecimento do teor do voto que foi depositado por cada jurado naquela destinada a apuração do resultado do julgamento; e,

d) O artigo 485, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal veda qualquer manifestação das partes durante o escrutínio para evitar que possam influenciar no ânimo dos jurados no momento em que decidem os quesitos apresentados.

É nesse cenário – para atender a um mandamento constitucional com natureza de direito fundamental, diga-se – que surge a questão da incomunicabilidade dos jurados, de maneira que a eles é vedado, durante todo o transcurso do julgamento, manifestar-se acerca do conteúdo do processo.

A partir do momento em que o jurado tem o seu nome sorteado pelo Juiz Presidente e, tanto a acusação quanto a defesa não apresentam qualquer oposição a que ele integre o Conselho de Sentença, por conta do sigilo das votações, é indispensável que ele permaneça incomunicável com quem quer que seja. É muito comum, logo após o sorteio e acolhimento do jurado, que a ele seja dada a possibilidade de telefonar para seus familiares e alertar que, nas próximas horas, ficará fora de alcance para contato por conta do julgamento, e, então, entregue o seu dispositivo de telefonia móvel para o oficial de justiça, que o acondicionará, desligado, em um invólucro seguro até que esteja cessada a incomunicabilidade.

É a incomunicabilidade que irá garantir que o jurado vote, tão somente, pautado pelo que diz a sua consciência, sem qualquer influência de um agente externo, seja para afligi-lo

com a promessa de algum mal a depender do conteúdo do seu voto, seja para contaminá-lo com uma avaliação sobre a prova dos autos ou como seria a acusação melhor decidida. O voto do jurado é um caminho que ele deve percorrer sozinho.

É justamente em virtude da incomunicabilidade que se dá um dos maiores inconvenientes no ofício de um jurado: trata-se de fato corriqueiro, naqueles julgamentos mais complexos, tais como os que possuem um grande número de acusados, que demandam a oitiva de testemunhas cuja narrativa é de tal forma detalhada que se arraste por horas a fio ou que rendam ensejo a leitura de um número expressivo de peças dos autos, a impossibilidade de que a sessão seja concluída no mesmo dia em que se iniciou, durando, em alguns casos, a semana útil inteira. Em tais casos, a incomunicabilidade impede que o jurado regresse a sua casa, sequer para o repouso, ficando em recinto próprio no fórum onde possa descansar e realizar o seu asseio pessoal.

É o que relatam Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinho:

É por isso mesmo que, em nosso sistema, não se admite que, uma vez suspenso o julgamento (dado ao adiantado da hora, por exemplo), possa o jurado tornar à sua casa. Ao contrário, em homenagem à incomunicabilidade, deve permanecer no prédio do Fórum, dormindo em local apropriado, fazendo suas refeições e atendendo suas necessidades ali mesmo, em situações que, não raras vezes, acarretam transtorno e desconforto. Mas, de qualquer sorte, são contratempos decorrentes do sistema de Júri adotado em nosso país e que impõe a incomunicabilidade entre os jurados. (CUNHA, PINHO, 2018, p. 221)

Convém ressaltar, todavia, que a incomunicabilidade imposta ao jurado é restrita ao processo em questão e como ele irá votar. Em tese, nada impede que ele trave um diálogo sobre qualquer outro assunto com outro julgador que compõe o Conselho de Sentença, contudo, para espantar qualquer dúvida, é que se opta – acertadamente, no meu ponto de vista – por que a eles não seja dado dialogar durante a sessão, de forma que não seja sus-

citado um vício que, por violar disposição constitucional, teria natureza absoluta.

Em outras palavras, como bem destacou o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro em precedente que trata sobre a matéria, a incomunicabilidade dos jurados não pode ser confundida com isolamento, de maneira que, desde que ele não se pronuncie ou receba qualquer influência de terceiros a respeito do processo que por ele será julgado, não haveria qualquer vício na sessão. É importante transcrever a ementa do julgado:

Recurso Especial - Jurado - Incomunicabilidade - A incomunicabilidade não é isolamento do jurado. Vedado comentar o fato em julgamento. Simples telefonema, por si só, não é vedado, notadamente quando dado antes dos debates. Além disso, só acarreta nulidade demonstrado o prejuízo.<sup>1</sup>

Dúvidas não há, diante de tudo o que foi dito, quanto à importância de se assegurar a incomunicabilidade dos jurados de maneira a permitir que o julgamento dos quesitos se dê de maneira sigilosa. É aqui que se coloca a indagação: como assegurar a regra da incomunicabilidade, e, por conseguinte, a própria base constitucional do Tribunal do Júri, à vista do que dispõe o artigo 4º, parágrafo 1º, do texto da minuta de Resolução que será votada pelo Conselho Nacional de Justiça?

De acordo com a minuta de Resolução, caberá ao Juiz Presidente abrir a sessão virtual do Júri, acompanhado do representante do Ministério Público, da defesa técnica e do réu, ocasião em que, dentre os integrantes do corpo de jurados, serão escolhidos os sete que irão compor o Conselho de Sentença no julgamento do processo.

Os jurados permanecerão remotamente, provavelmente em suas casas, durante o processo de escolha do Conselho de Sentença.

Uma vez formado o Conselho de Sentença, cabe ao Juiz Presidente determinar a suspensão da sessão, com o objetivo de

<sup>1</sup> STJ - REsp 1.052/RS, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEXTA TURMA, julgado em 16/04/1991, DJ 06/05/1991, p. 5673.

que os jurados que tenham sido sorteados e aceitos pelas partes compareçam às instalações do Fórum para que possa ser dado início à instrução.

De forma resumida: o jurado é escolhido de maneira remota – em sua casa, ambiente de trabalho ou qualquer outro lugar onde ele consiga acessar a internet – e, após, dirige-se ao Fórum onde deverá ocupar a sua cadeira para o julgamento do processo.

A questão que parece ter sido olvidada pela minuta de Resolução é que o dever de incomunicabilidade dos jurados se inicia logo após o seu sorteio e aceitação pelas partes e perdurará enquanto não for votado o último quesito da última série que lhe será apresentada na sala secreta. É o que estabelece o artigo 466, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal:

Art. 466. Antes do sorteio dos membros do Conselho de Sentença, o juiz presidente esclarecerá sobre os impedimentos, a suspeição e as incompatibilidades constantes dos arts. 448 e 449 deste Código.

§ 1º O juiz presidente também advertirá os jurados de que, uma vez sorteados, não poderão comunicar-se entre si e com outrem, nem manifestar sua opinião sobre o processo, sob pena de exclusão do Conselho e multa, na forma do § 2º do art. 436 deste Código.

A lei dos ritos é muito clara quando estabelece que, a partir do momento em que o jurado é escolhido, deverá permanecer incomunicável. É muito natural, diga-se, que a lei tenha estabelecido esse momento inicial para o dever de incomunicabilidade, haja vista que é justamente quando se sabe que aquele determinado jurado que compõe o corpo, naquele processo, terá a incumbência de julgar o destino do acusado. Antes é pouco provável que o jurado sofra qualquer influência externa, afinal, ainda não se sabe quem serão os sorteados para compor o Conselho de Sentença, mas, a partir do instante em que o seu nome é conhecido, naturalmente, fica sujeito às influências externas para julgar no sentido da absolvição ou da condenação.

Na forma como foi tratado pela minuta, é absolutamente impossível dizer que o jurado tenha permanecido incomunicável desde o momento em que foi sorteado até a sua chegada ao edifício do Fórum para a realização do julgamento, isso porque, nada impede que ele tenha recebido um telefonema ou que ele mesmo tenha contatado alguém para falar sobre o processo, ou, ainda, que não tenha sido abordado, ao menos, em sua chegada ao prédio da Justiça.

Não seria demasiado dizer, inclusive, que a regra do artigo 466, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal teria se tornado letra morta no júri virtual, isso porque, não é crível que um oficial de justiça certifique a incomunicabilidade de cada um dos jurados se a ele não foi dado saber o que aconteceu desde o sorteio até o momento em que ele ingressou nas instalações do Júri. Seria, no mínimo, uma irresponsabilidade.

Dessa maneira, refletindo sobre o sigilo das votações e a incomunicabilidade dos jurados, diante da absoluta impossibilidade de se assegurar que, após o sorteio e enquanto estejam se deslocando para a sede do Fórum, eles não tenham sofrido qualquer interferência externa para julgar ou que tenham espontaneamente buscado o contato de terceiros, revela-se inviável a realização do júri virtual.

#### **4. SEGUNDA REFLEXÃO: COMO PRESERVAR AS FORMALIDADES DO DEPOIMENTO TESTEMUNHAL?**

Além do intransponível óbice à realização do júri virtual por conta da impossibilidade de se assegurar a incomunicabilidade, há, ainda, uma outra questão que precisa ser objeto de serena reflexão. Desta vez, com relação ao depoimento das testemunhas em plenário, suas formalidades e características essenciais.

Como é cediço, a instrução jurisdicionalizada nos processos dos crimes dolosos contra a vida é bifásica: em um primeiro momento, durante o *juditium accusationis*, são ouvidas as testemunhas arroladas pelas partes no momento do oferecimento da denúncia e da resposta preliminar, com o objetivo de averiguar

se há elementos mínimos de prova quanto à materialidade e à autoria, para que se remeta a acusação ao conhecimento do juiz natural, o Conselho de Sentença do Tribunal do Júri; no segundo momento, no *juditium causae*, caso pretendam as partes litigantes, no ato inaugural da preparação do plenário, poderão requerer, na forma do artigo 422 do Código de Processo Penal, a oitiva de testemunhas por ocasião da sessão de julgamento, dessa vez, com a participação direta dos jurados.

Por esse motivo, naturalmente, integra a ideia de plenitude de defesa, com assento no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea a, da Constituição Federal de 1988, o direito de o acusado e de o seu defensor, durante a sessão de julgamento, requererem a produção do depoimento testemunhal, o que será feito diretamente com a participação dos jurados. Vale ressaltar a máxima relevância desse contato direto do jurado – o juiz natural da causa – com a testemunha e o seu relato não apenas para que ele possa auferir, a partir da sua postura, a firmeza com que presta as informações, mas, inclusive, para que, se for o caso, por meio do Juiz Presidente, possa fazer as indagações que entenda pertinentes para melhor aclarar sua cognição dos fatos.

É essencial, nesse sentido, que todas as características da prova testemunhal sejam preservadas e que as formalidades estabelecidas em lei para assegurar a sua confiabilidade sejam observadas no momento da sua produção, sob pena de, assim não ocorrendo, fazer surgir no processo um vício de nulidade insanável por força de violação ao princípio do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988).

A doutrina mais moderna, em que se destaca Renato Brasileiro de Lima, situa dentre as características da prova testemunhal no sistema processual brasileiro a sua individualidade, descrevendo-a nos seguintes termos:

As testemunhas são inquiridas separadamente, devendo o magistrado evitar que aquelas que ainda não foram ouvidas possam ter contato com o depoimento prestado pelas outras. Nessa linha, prevê o art. 210, *caput*, do CPP, que as testemunhas serão inquiridas cada uma de *per si*, de modo que umas

não saibam nem ouçam os depoimentos das outras, devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho. (LIMA, 2020, p. 765)

A individualidade do depoimento da testemunha, por sua vez, se justifica na exata medida em que o seu relato deverá ser original, isto é, a pessoa relata no processo exatamente aquilo que conseguiu apreender pelos seus sentidos, sendo certo que, se fosse dado a uma das testemunhas tomar conhecimento do depoimento da outra, restaria aberta a possibilidade de uma “contaminação sensorial”. É o que dizem Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarrance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho: “As testemunhas não devem se comunicar antes de prestarem depoimento, procurando-se com isso evitar influência de uma sobre a outra” (GRINOVER, FERNANDES, FILHO, 2006, p. 180/181).

A preocupação com esse “isolamento” de cada uma das testemunhas se faz presente de forma clara em nossa lei dos ritos penais, notadamente quando estabelece uma obrigação ao Juízo que disponha de salas suficientes para alojar aqueles que irão prestar depoimento, no artigo 210 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.690/2008, uma das últimas grandes reformas processuais:

Art. 210. As testemunhas serão inquiridas cada uma *de per si*, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras, devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho.

Parágrafo único. Antes do início da audiência e durante a sua realização, serão reservados espaços separados para a garantia da incomunicabilidade das testemunhas.

O que se percebe é que o legislador dispensa à testemunha um tratamento muito semelhante àquele que é emprestado ao jurado que irá compor o Conselho de Sentença, tal qual demonstrado no tópico anterior.

Assim, por imposição legal e como decorrência da própria essência da prova testemunhal, não se concebe a possibilidade

de que uma testemunha tome conhecimento do depoimento de outra, muito menos que uma acompanhe “em tempo real” as declarações da outra.

Outro ponto que deve ser deduzido em relação à prova testemunhal, neste momento de reflexão, é a interpretação teleológica do artigo 217 do Código de Processo Penal, relevantíssimo instrumento para que a pessoa que possa contribuir com o esclarecimento do fato tenha liberdade para dirigir-se ao Juiz e relatar aquilo de que efetivamente tomou conhecimento.

O mencionado dispositivo estabelece uma exceção à regra de que ao acusado, que no processo-crime exerce a sua autodefesa, é dado o direito de confrontar as testemunhas e presenciar todos os atos de colheita de prova produzidos em seu desfavor: diz a lei que, se a presença do acusado puder causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha, de modo que prejudique a verdade do depoimento, o Juiz poderá determinar a sua retirada do recinto até que se conclua a declaração.

O que o dispositivo legal pretende estabelecer é que a testemunha preste as suas declarações em um ambiente em que ela se sinta segura o suficiente para, na medida do possível, relatar tudo aquilo que sabe e que pode acrescentar para o esclarecimento do fato. Essa é, nitidamente, a sua *ratio legis*.

O ato de prestar depoimento, especialmente para pessoas mais humildes, é algo desgastante sob o ponto de vista emocional, haja vista que, além de estar obrigada a recordar e narrar um fato que, quase sempre, trouxe profundos traumas – não apenas quem sofre a violência experimenta o trauma, mas, também, aqueles que presenciam o evento, ainda que em menor escala –, ainda se vê em uma solenidade formal, submetida a uma elevada autoridade do Estado, um magistrado, o que impõe um certo temor, e ainda fica obrigada a responder as indagações diretas feitas pela acusação e pela defesa, às vezes, de forma incisiva. É necessário criar, para que a contribuição com a Justiça não se torne uma pena, um ambiente acolhedor ou menos hostil.

É essencial que o juiz, a defesa e a acusação tenham a certeza de que a testemunha, no momento em que presta o seu depoimento, não esteja submetida a qualquer constrangimento para falar ou deixar de falar o que quer que seja. Apenas nesse cenário é que se pode conferir credibilidade à versão por ela trazida.

Pontuam-se, assim, duas premissas essenciais para a legitimidade do depoimento de uma testemunha e, por consequência, para autorizar a sua utilização no momento em que se forma o convencimento do juiz da causa: 1º) Que uma testemunha não tenha conhecimento do depoimento que a outra prestou no processo; e, 2º) Que a testemunha preste o seu depoimento em um ambiente livre de quaisquer pressões para que fale ou deixe de falar qualquer circunstância que se afigure relevante para a apuração dos fatos.

Retomemos a minuta de Resolução no que toca ao tratamento que ela dá, em seu artigo 12, à colheita do depoimento das testemunhas na sessão virtual do Tribunal do Júri.

Com o intuito de evitar as aglomerações que potencializam, de sobremaneira, o risco de contágio pela COVID-19, a minuta estabelece que a oitiva das testemunhas se dará, se possível, por meio remoto, veiculando, em tom excepcional, a possibilidade de fazê-lo presencialmente naqueles casos em que o oficial de justiça, no momento da intimação da testemunha, certificar quanto a essa impossibilidade.

Aqui vale um parêntese, haja vista que a minuta não deixa clara a circunstância que será averiguada pelo oficial de justiça para interpretar que a oitiva de forma remota da testemunha não seja possível. Essa impossibilidade se daria pela insuficiência da qualidade do sinal da rede de internet que serve ao local em que a testemunha permanecerá para depor? Pela precariedade do aparelho que a testemunha possui? Ou seria por conta da impossibilidade de que a testemunha permaneça inatingível às demais pela inadequação do ambiente pelas suas características e dimensões? Afigura-se, dessa forma, uma redação que desperta inegável sentimento de insegurança jurídica.

Segundo a minuta, tendo os jurados prestado compromisso, passa-se à oitiva das testemunhas.

A testemunha é identificada a partir do seu número de telefonia móvel e, antes de prestar depoimento, exibirá o documento pessoal com foto para comprovar de que se trata realmente daquela pessoa.

Ao que parece, duas questões relevantíssimas foram desprezadas na proposta e estão diretamente relacionadas com os parâmetros de legitimidade da colheita da prova testemunhal no Processo Penal: a necessidade de se evitar que as testemunhas ouçam seus depoimentos reciprocamente e, ainda, o caráter impositivo de se assegurar que as testemunhas prestem as suas declarações livres de qualquer tipo de constrangimento.

Vejamus duas situações que tornam absolutamente impossível a colheita de qualquer depoimento no júri virtual, sob pena de uma gravíssima violação ao devido processo legal.

Como é possível garantir que a testemunha tenha permanecido incomunicável com as outras, tal qual determina taxativamente o artigo 210 do Código de Processo Penal? Imaginemos a situação em que, em uma mesma família, duas ou três pessoas sejam testemunhas do fato, todas residindo no mesmo imóvel, em geral com dimensões reduzidas. Nesse caso, tão comum nos processos que tratam de crime de homicídio, é impossível dizer se uma testemunha teve ou não acesso aos termos das declarações de outra.

A própria realidade financeira da maior parte das famílias brasileiras não permite que se tenha, em uma mesma casa, mais de um aparelho de telefonia móvel com os recursos necessários para o depoimento virtual, obrigando o seu compartilhamento ou, até mesmo, que se recorra ao dispositivo emprestado de algum vizinho.

É impossível dizer que a testemunha esteja sozinha no recinto prestando o seu depoimento e sem que nenhuma outra esteja ouvindo o seu teor para, logo em seguida, reproduzi-lo. Não é um cenário cinematográfico imaginar que, ao mesmo tem-

po em que a testemunha presta o seu depoimento, uma pessoa, para satisfazer algum interesse ilegítimo e falsear o que de fato aconteceu no evento sob julgamento, esteja naquele mesmo recinto, por trás da câmera, impondo algum tipo de ameaça ou coação.

Pela mesma razão, não se pode afirmar que a testemunha esteja prestando o seu depoimento livre de qualquer pressão, isso porque é impossível monitorar o ambiente e o seu entorno, tornando despida de força a sua palavra.

Essa realidade, salvo melhor juízo, é absolutamente insuperável, razão pela qual torna-se impossível submeter o acusado a um júri virtual sem que isso importe em prejuízo ao seu direito à plena defesa.

## **5. TERCEIRA REFLEXÃO: COMO GARANTIR QUE A AUTO-DEFESA SEJA EXERCIDA DE FORMA LIVRE E EFETIVA?**

Se todas as ponderações feitas até aqui já servem para rejeitar a ideia de uma sessão virtual de julgamento pelo Tribunal do Júri, quando se lança o olhar para os efeitos que a adoção desse procedimento tecnológico causa no direito à autodefesa, fica indene de quaisquer dúvidas que a inovação “não vale o quanto custa”.

Para que se possa trazer uma provocação para a reflexão quanto à possibilidade de um júri virtual, impõe-se, como uma espécie de antecedente, delinear a importância do direito de defesa na área criminal para a nossa ordem jurídica.

É impossível analisar a Constituição Federal de 1988, em seus múltiplos dispositivos, sem que seja levada em conta a realidade que ela se propôs a superar. Talvez o capítulo mais sombrio da História do Brasil, os anos que sucederam ao Golpe Militar de 1964, representem uma incômoda memória que, por conta do modelo adotado para a sua superação, ainda faz sentir suas marcas em nossa sociedade e, principalmente, no comportamento de algumas instituições de Estado, que, infelizmente, ainda têm uma íntima relação com o autoritarismo.

Nossa atual Constituição, criticada de forma tão dura e corriqueira, foi fruto de um modelo que ficou conhecido como

“transição com transação”, e a Assembleia Constituinte de 1987/1988 acabou marcada pela presença majoritária de forças moderadas, e não por partidos que, tradicionalmente, são reconhecidos como “de esquerda”. O processo constituinte contou com a participação de agentes políticos que tinham estreitíssimas relações com as Forças Armadas e, por conta disso, certamente, ela não importa uma ruptura brusca com o poder que estava em amplo declínio.

É o diagnóstico apresentado por Daniel Sarmiento:

Do ponto de vista ideológico, os estudos sobre a Assembleia Constituinte apontam para o seu caráter altamente plural, com predominância do Centro. É curioso que, embora a Constituição de 1988 seja normalmente tachada de “progressista”, os partidos então identificados com a esquerda – PDT, PT, PCB, PC do B e PSB – tinham bancadas que, somadas, totalizavam não mais que 50 constituintes, ou seja, cerca de 9% da Assembleia. (SARMENTO, 2010, p. 86)

Eis uma constatação que assusta quando se percebe que, passados 32 anos da fundação da nossa atual democracia, ainda se diga que a Constituição Federal de 1988 é “excessivamente evoluída” ou “preocupada em demasia com direitos humanos”, o que significa que, atualmente, o que se tem é uma mentalidade absurdamente retrógrada e que não se satisfaz sequer com as posições que eram defendidas pelo centro da política brasileira.

Com a realidade que precisava, de maneira urgente, ser superada através da refundação do Estado brasileiro, e, diante das inúmeras atrocidades praticadas pelo governo militar – que tem no Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, o seu clímax – que violavam, de forma reiterada, uma enorme gama de direitos individuais, nem mesmo a coalisão entre a “ditadura envergonhada”, sua base de apoio civil e as forças moderadas de oposição foi suficiente para impedir que importantes direitos e garantias fossem assegurados pela Constituição vindoura.

Mais ainda: tais direitos passaram a figurar como cláusulas pétreas, assumindo a sociedade o pré-compromisso de que, mes-

mo em situações de instabilidade político-social, seu núcleo permaneceria intangível, até mesmo em relação a uma manifestação do Poder Constituinte Reformador, tal qual estabelece o artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988.

É nesse cenário que surge a afirmação da ampla defesa como instrumento que legitima o exercício da função jurisdicional, notadamente quando o que está em jogo é o direito ambulatorial do indivíduo.

Por força de previsão constitucional expressa, é indispensável que se assegure ao acusado no processo-crime o direito de defender-se dos termos da acusação de forma a buscar convencer o juiz de que não deverá ser condenado. É preciso que se assegure a ele o direito de ter um defensor de sua livre escolha e confiança para fazer a sua defesa, conhecer os termos precisos da acusação, as provas havidas contra ele, e, ainda, a possibilidade de submeter aos autos provas em sentido oposto, além de teses em forma de manifestações formais que antecedam cada uma das decisões judiciais.

A ampla defesa, ou, como estamos tratando do Tribunal do Júri, o direito a ter uma defesa plena engloba, naturalmente, o direito de se ver representado por um advogado de sua livre escolha ou por um Defensor Público que deverá sustentar as teses de natureza técnica que possam beneficiar o acusado, mas também a possibilidade de, querendo, ser interrogado e apresentar ao juiz da causa a sua versão para os fatos.

Sobre o interrogatório, atualmente, não paira qualquer dúvida quanto a sua natureza de ato de defesa. É através dele que a autodefesa se materializa e a pessoa que é acusada tem a possibilidade de dizer ao julgador se a denúncia assacada em seu desfavor é verdadeira ou não, avaliar criticamente todas as provas que foram reunidas no processo, as que foram produzidas em plenário e, dessa forma, obter um provimento jurisdicional que, de qualquer forma, possa beneficiá-lo.

É evidente, nesse cenário, a relevância de que o interrogatório seja realizado de forma adequada para a legitimidade da

decisão judicial, e somente poderá ser assim considerado quando forem observadas todas as garantias processuais/constitucionais, como, por exemplo, ser dirigido ao juiz natural da causa, mediante o prévio conhecimento da acusação e da entrevista com o defensor técnico público ou privado que por ele foi escolhido.

É igualmente essencial que o acusado não esteja submetido a qualquer pressão, além daquela que já é inerente ao ato de defender-se quanto a uma acusação que poderá culminar com a supressão do seu direito ambulatorial por longos anos pela submissão ao corroído sistema carcerário do nosso Estado. Deve-se garantir que o acusado tenha liberdade e, sobretudo, tranquilidade, para que possa dirigir-se ao seu juiz natural e postular aquilo que seja do seu melhor interesse.

Nesse ponto, é bom que se diga a posição de destaque do Juiz Presidente durante todo o interrogatório, mas, principalmente, no momento em que a acusação formula as suas perguntas, isso porque, infelizmente, é corriqueiro que o acusador busque, até mesmo com a sua entonação de voz, oprimir – até mesmo humilhar – o acusado durante as suas indagações. É importante que o Juiz Presidente esteja atento e, com base no artigo 497, inciso III, do Código de Processo Penal, contenha um eventual “excesso acusatório” por parte do Promotor de Justiça ou do assistente de acusação, de forma que o acusado possa desempenhar o seu papel satisfatoriamente.

Aury Lopes Jr. aborda em sua obra a necessidade de que o acusado não seja submetido a constrangimentos de qualquer natureza durante o seu interrogatório:

Concluindo e sempre buscando um modelo ideal melhor que o atual, entendemos que o interrogatório deve ser encaminhado de modo a permitir a defesa do sujeito passivo e, por isso, submetido a toda uma série de regras de lealdade processual, que pode ser assim resumida: (...); b) presença de defensor, sendo-lhe permitido entrevistar-se prévia e reservadamente com o sujeito passivo; c) comunicação verbal não só das imputações, mas também dos argumentos e resultados da investigação e que se oponham aos argumentos defensivos; d)

proibição de qualquer promessa ou pressão direta ou indireta sobre o imputado para induzi-lo ao arrependimento ou a colaborar com a investigação; e) respeito ao direito de silêncio, livre de pressões ou coações; f) tolerância com as interrupções que o sujeito passivo solicite fazer no curso do interrogatório, especialmente para instruir-se com o defensor; (...); h) negação de valor decisivo à confissão. (JÚNIOR, 2018, p. 103)

Não é tarefa nem um pouco difícil perceber que a realização de um júri virtual esbarra na necessidade de se garantir o exercício efetivo da autodefesa. Pode-se dizer que o júri virtual encontra, nesse tocante, obstáculos de duas ordens.

O primeiro deles diz respeito à impossibilidade de se assegurar que o acusado esteja, no momento em que irá prestar o seu interrogatório, livre de quaisquer constrangimentos que possam influir na tranquilidade almejada pelo nosso ordenamento jurídico para que ele apresente, diretamente, a sua versão para a acusação que pesa em seu desfavor. Mesmo com uma câmera dirigida ao acusado, não é possível averiguar o que se passa ao seu redor.

Essa prática poderia colocar em xeque todo o trabalho realizado no júri virtual, haja vista que não seria hipótese incrível aquela em que, após o julgamento, o acusado traga ao conhecimento do Estado-Juiz ter sofrido alguma espécie de ameaça por parte de um agente do Estado ou de um terceiro qualquer, que acabou contaminando o conteúdo da sua defesa pessoal. Não podemos fechar os olhos para a realidade de que, infelizmente, ainda há práticas ilegais de tortura perpetradas por agentes do Estado contra aqueles que estão sob a sua custódia pelas mais diversas razões, inclusive, para conduzir a uma confissão.

Apenas a presença – física – do Juiz de Direito é que torna seguro dizer que as garantias processuais necessárias para um interrogatório “legal” tenham sido respeitadas e aquele ato não teve qualquer mácula em seu conteúdo.

Esse, sem dúvida, é o principal empecilho que remete ao interrogatório.

O segundo óbice se refere à impossibilidade de que o defensor esteja presente ao lado do acusado no momento em que presta o seu interrogatório, o que é essencial, como já se disse, não apenas para esclarecê-lo em relação a alguma dúvida pertinente ao fato, mas, inclusive, por uma questão humanitária, para transmitir a confiança necessária para passar por todo o rito do júri.

Tolo é o defensor que imagina que poderá exercer a sua função de maneira solitária. A atividade defensiva é algo que se constrói de forma coletiva, com a participação direta e essencial do acusado e, quando preso, principalmente, dos seus familiares e amigos mais próximos, veículos indispensáveis para fazer chegar aos autos a versão que se contrapõe à denúncia, documentos e nomes de testemunhas úteis ao esclarecimento dos fatos.

Na audiência, quando as testemunhas são inquiridas, a participação ativa do acusado é um importantíssimo instrumento de auxílio à defesa técnica, inclusive para propor perguntas que devem ser feitas às testemunhas que apoiam a acusação e, se for o caso, desestruturar alguma tese que esteja divorciada da realidade dos fatos.

É impossível compatibilizar o júri virtual com a autodefesa efetiva na sessão plenária de julgamento.

## **6. QUARTA REFLEXÃO: COMO HUMANIZAR UM PROCEDIMENTO VIRTUAL?**

Por fim, há ainda um outro ponto que deve ser objeto de madura reflexão e que também está relacionado à plenitude de defesa de que dispõe o acusado no plenário do Tribunal do Júri, dessa vez, pelo distanciamento que a sessão virtual impõe ao Conselho de Sentença, ao defensor, ao acusador e, principalmente, ao acusado, o que dificulta, sobremaneira, a apreensão do julgador no que toca a algumas teses metajurídicas que podem ser sustentadas e acolhidas no quesito obrigatório.

Ao contrário do que se dá no processo criminal comum, no Tribunal do Júri a atuação da defesa é pautada pelo comando constitucional da plenitude, como estabelece o artigo 5º, inciso

XXXVIII, alínea a, da Constituição Federal de 1988. Hoje é um tema absolutamente ultrapassado discutir se há uma diferença substancial entre a ampla defesa e a plena defesa, tendo restado consolidado o entendimento de que a defesa plena traduz uma garantia maior do que a de uma defesa ampla.

Essa previsão específica do Legislador Constituinte se justifica, pode-se dizer, pelos seguintes fatores. Em primeiro lugar, não se pode perder de vista que o processo de competência do Tribunal do Júri tem como objeto, sempre, uma lesão dolosa ao bem jurídico mais precioso dentre aqueles que são resguardados pelo fragmentário Direito Penal, a saber, a vida e, por esse motivo, a resposta que poderá ser imposta ao acusado, em qualquer dos tipos penais ali abrangidos, é das mais graves. Em segundo lugar, diante do fato de que os jurados são juízes leigos, isso porque, eles não precisam possuir conhecimento jurídico para exercer tal função, a defesa deve atuar com um zelo ainda maior do que o faz no processo-crime ordinário, para que uma eventual questão técnica não passe em branco e que a exposição dos fatos e das provas seja didática e satisfatória.

Guilherme de Souza Nucci refere-se à defesa no júri como uma “defesa perfeita”:

O que se busca aos acusados em geral é a mais aberta possibilidade de defesa, valendo-se dos instrumentos e recursos previstos em lei e evitando-se qualquer forma de cerceamento. Aos réus, no Tribunal do Júri, quer-se a defesa perfeita, dentro, obviamente, das limitações naturais dos seres humanos. (NUCCI, 2008, P. 25)

Tanto isso é verdade que, durante o plenário, uma das atribuições do Juiz Presidente é observar como o defensor se comporta e, se perceber que a sustentação não é satisfatória, o declarará indefeso e dissolverá o Conselho de Sentença, na forma do que estabelece o artigo 497, inciso V, do Código de Processo Penal.

Quando se cogita a plenitude de defesa – ou a “defesa perfeita” – é impossível deixar de destacar dois traços característicos

do procedimento dos crimes dolosos contra a vida, quais sejam, a adoção do sistema da íntima convicção para o julgamento dos quesitos e, ainda, a inclusão, após 2008, do quesito genérico absolutório “o jurado absolve o acusado”, logo após aqueles referentes à materialidade e à autoria.

A relevância disso é que, por não possuir a obrigação legal de explicitar os fundamentos pelo qual decide em determinada direção, o jurado vota “sim” ou “não” em cada um dos quesitos de acordo com a sua íntima convicção pessoal e, por esse motivo, no quesito genérico, poderá entender por bem absolver o acusado sob qualquer argumento que tenha sido levantado pela defesa, inclusive, teses de metajurídicas ou de simples clemência. Se o defensor entender por bem falar que os jurados devem ter compaixão pelo réu, por uma circunstância pessoal ou por algum elemento específico do fato, e assim os convencer, em que pese eventualmente exista um robusto acervo probatório em torno da autoria e da materialidade, pouco importa, ele estará livre da acusação.

A possibilidade de que sejam aduzidas teses metajurídicas em prol do acusado para obter uma solução absolutória é da essência do Tribunal do Júri, e, pode-se dizer, é algo a que o defensor deve estar sempre atento para se utilizar desse expediente quando o caso recomendar.

Alguns julgamentos pelo júri se tornaram emblemáticos justamente pelo fato de que a tese central da defesa seria uma questão alheia à ciência jurídica.

O caso Doca Street, de 1976, referente ao feminicídio de Ângela Diniz, tornou-se notório pelo fato de que o advogado Evandro Lins e Silva, com a genialidade invulgar de um dos maiores nomes da tribuna de defesa da história do nosso país, argumentou aos jurados que o júri é diferenciado pelo fato de que o Conselho de Sentença não fica atrelado a questões meramente jurídicas e partiu para sustentar a legítima defesa da honra – tese que para muitos, atualmente, está sepultada.

É interessante relembrar uma pequena parte da sua defesa, disponível em transcrição na internet:

Senhores jurados, nestes processos, como o que hoje ides julgar, como em todos os casos submetidos à competência do Tribunal do Júri, se deve principiar pelo exame da personalidade dos protagonistas do fato, o que permite verificar a participação que a vítima sempre tem, maior ou menor, na eclosão da deflagração da tragédia. O cidadão jurado percebe rapidamente quando o fato foi provocado pela vítima, e isso eu tive oportunidade de observar nestes 48 anos de profissão. (...) O Júri é uma justiça diferente da justiça togada, ele julga de consciência, não está adscrito a tarifas legais, a certos formalismos, não tem compromissos doutrinários. O Júri julga de acordo com aquilo que considera justo, dentro de princípios de uma justiça imanente, dentro daquilo que na sua alma e consciência representa uma solução de verdade e de bom senso. São bem diversos os critérios de julgamento da justiça profissional e da justiça dos jurados. O juiz togado está jungido a regras legais para ele intransponíveis, por motivos técnicos e razões formais. Há um limite que ele não pode ultrapassar, mesmo que a consciência lhe dite outra coisa. Veja-se o brocardo latino, que ele é obrigado a obedecer: “Dura lex, sed lex”. Aí está a algema que manietta a liberdade de julgamento do juiz profissional. Os jurados têm outra amplitude para decidir. (OAB/SP – *O Caso Doca Street*. Disponível em <<http://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/grandes-causas/o-caso-doca-street>>)

Mesmo nos idos dos anos 1970, o argumento que foi exposto por Evandro Lins e Silva jamais poderia ter sido acolhido por um Juiz de Direito, mas, em um júri, com voto sigiloso e pautado pela íntima convicção, nada impediria o seu acolhimento.

O que se quer dizer com isso é que a defesa no júri não fica adstrita a questões jurídicas, relacionadas à prova, mas pode enveredar por uma teia argumentativa emocional, com a busca da criação de um vínculo de proximidade entre os jurados e o acusado para, a partir de um sentimento de empatia, quicá de piedade, obter a absolvição. Diversos são os argumentos aduzidos comumente pela defesa em plenário com base nesta mesma estratégia: a “responsabilização da vítima”, uma “legítima defesa antecipada”, o fato de se tratar o acusado de uma pessoa boa,

honestas, trabalhadoras e que tem naquele processo um evento isolado em sua vida, etc.

Para tanto, é indispensável que um árduo trabalho de desconstrução da imagem de “indiciado-denunciado-réu-pronunciado” seja desenvolvido para que a equação não se feche com o adjetivo “condenado”. É preciso romper com o paradigma de que o processo penal se consubstanciaria em um mero ritual de passagem, passando o sujeito da condição de indiciado para a de condenado, como se a verdade fosse aquela retratada desde a investigação policial e a ação penal, um mero procedimento burocrático de aplicação de uma pena.

Ocorre que isso somente é possível se for dado ao defensor e seu acusado o direito de dirigirem aos jurados “de corpo presente”, sem o intermédio de qualquer parafernália tecnológica. É o que Luiz Eduardo de Vasconcellos Figueiredo, em sua tese de doutoramento em antropologia na Universidade Federal Fluminense, chama de “verdade cênica”:

A verdade cênica necessita, para produzir os seus efeitos simbólicos, seus efeitos de poder, de uma competência propriamente cênica, ou seja, da capacidade de o ator representar a cena com veracidade; da habilidade de o ator olhar confiante nos olhos dos jurados e dizer – muitas vezes sem palavras, num discurso não verbal: “eu trago a verdade nas minhas entranhas”. Mas não só a verdade dos fatos, mas, também, a verdade do sujeito – do acusado, da vítima, do advogado que fala –, a verdade que não quer calar; a verdade que não pode calar; a verdade que clama pela Justiça. E justiça que, no tribunal do júri, só pode ser feita pelas mãos dos jurados.

O ator social precisa ter um olhar que seja a expressão da verdade.

(...)

O ritual judiciário espera do acusado um comportamento de submissão e passividade. Desconhecendo as regras litúrgicas que colocam em funcionamento a máquina judiciária, o réu

deve se submeter completamente ao que lhe é prescrito, sob pena de ser advertido pela autoridade judiciária ou, no limite, retirado do recinto. Com um mau comportamento, pode obter a antipatia daqueles responsáveis pelas tomadas de decisões no processo penal. O réu deve responder educadamente às perguntas que lhe forem formuladas pelo juiz de direito; deve se exprimir com moderação; não deve demonstrar agressividade com palavras e/ou postura corporal; se confessar o crime, deve demonstrar arrependimento; se negar a prática do crime, deve produzir um discurso verossímil. (FIGUEIRA, 2007, p. 64)

Ora, talvez um dos mais cruéis efeitos da pandemia da COVID-19 tenha sido a necessidade de se impor, para a redução da curva de contágio entre as pessoas, um distanciamento social como jamais se imaginou que pudesse acontecer. O distanciamento e os seus efeitos, principalmente no plano da empatia, foram percebidos com clareza por todos nós, afinal, em que pese a busca de recursos tecnológicos para não deixar um aniversário passar em branco, a conclusão unânime era a de que “não é a mesma coisa”.

Faz parte do ritual do Tribunal do Júri, para que se possa efetivar a plenitude de defesa, garantir que o defensor e o próprio acusado estejam presencialmente diante dos jurados para que o discurso, muitas vezes metajurídico, possa ser apreendido pelos julgadores. O encontro meramente remoto subtrai boa parte do espírito humano e dificulta – talvez até impeça – que a empatia seja exercida como de fato deve acontecer.

O que se vê, com tudo o que foi exposto, é que o júri virtual, dado o distanciamento imposto a todos os atores do julgamento, reduz a plenitude de defesa, na medida em que esvazia as teses metajurídicas, dada a impossibilidade de que se desconstrua a imagem da pessoa julgada como a de um inimigo que merece o tratamento mais duro que a lei possa lhe entregar.

## 7. CONCLUSÃO

É inegável que a proposta do Conselho Nacional de Justiça para a realização de sessões virtuais do Tribunal do Júri, para

enfrentar os problemas causados às pautas dos órgãos judiciários por conta do isolamento social necessário para reduzir os efeitos da pandemia da COVID-19 sobre a saúde dos agentes do sistema de justiça, tem a nobilíssima finalidade de permitir a celeridade da prestação jurisdicional, como preceitua o artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, após a criteriosa análise pautada em elementos objetivos feita nas páginas anteriores, o que se vê, infelizmente, é que ao invés de solucionar um problema, acaba criando um outro muito pior. Seria o mesmo que ministrar a um paciente um medicamento cujos efeitos colaterais são mais graves do que a própria enfermidade a se combater – argumento que, aliás, esteve em voga durante a pandemia pela propaganda de certas substâncias sem eficácia científica comprovada.

Não é possível, sob o pretexto de evitar a demora na prestação jurisdicional, submeter o acusado a um julgamento sem a observância de direitos e garantias individuais das mais relevantes, como o direito a uma defesa plena e efetiva, ou ainda, afastar princípios estruturantes de índole constitucional que conformam o Tribunal do Júri em nossa ordem jurídica, como o sigilo das votações dos jurados.

O que a proposta faz, como se possível fosse, é criar um novo procedimento do Júri.

Tal qual pretendido pela minuta, o júri virtual representará um retrocesso, nítido no que toca ao caráter democrático do processo penal, razão pela qual, impõe-se à comunidade jurídica como um todo manifestar-se, de forma veemente, contra essa proposição. ❖

## REFERÊNCIAS

CUNHA, Rogério Sanches, PINTO, Ronaldo Batista. *Tribunal do Júri. Procedimento especial comentado por artigos*. 4.ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

FIGUEIRA, Luiz Eduardo de Vasconcellos. *O Ritual Judiciário do Tribunal do Júri*. 2007. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2007.

FRANCO, Alberto Silva, MARREY, Adriano, STOCCO, Rui. *Teoria e Prática do Júri*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JÚNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, FILHO, Antonio Magalhães Gomes. *As Nulidades no Processo Penal*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8.ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

# A Importância do *Compliance* para Prevenção ao Crime de Lavagem de Bens, Direitos e Valores

**Caroline Korolik Sister**

*Juíza Leiga no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes. Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas na Universidade do Porto, Portugal.*

## RESUMO

O presente artigo tece breves considerações sobre o crime de lavagem de dinheiro e a importância do instituto do *compliance* para a prevenção e repressão do delito em questão. Para tanto, realizou-se uma breve introdução histórica do crime de lavagem de capitais, mencionando a forma como as primeiras legislações trataram sobre o tema, bem como a evolução das práticas criminosas do delito mencionado. Analisa-se, ainda, a forma como a legislação brasileira tratou do delito, desde a primeira previsão no direito interno, bem como as sucessivas revisões legislativas posteriores, que culminaram na atual lei criminalizadora e na forma específica de previsão da conduta penalmente relevante. Em seguida, analisa-se o instituto de controle interno a ser adotado pelas entidades privadas através do instituto do *compliance*, fazendo considerações sobre a forma como o direito externo trata do assunto e as figuras correlatas criadas a partir de tais inovações jurídicas. Em tópico distinto, procurou-se discurrir sobre a análise específica da previsão legislativa interna quanto ao instituto e qual a forma de implementação para tentar incentivar a criação dos programas de controle interno no âmbi-

to das corporações privadas. Posteriormente, interligando-se os dois institutos, investigou-se a forma com que os programas de *compliance* implementados pelas empresas privadas podem auxiliar no controle e combate ao crime de lavagem de dinheiro. E, em conclusão, incentiva-se o debate sobre os temas inovadores, deixando aberta a possibilidade de posteriores considerações sobre os temas ora analisados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Lavagem de Dinheiro, *Compliance*, Direito Comparado, Controle Interno, Direito Penal.

## **ABSTRACT**

This article briefly discusses the crime of money laundering and the importance of the compliance institute for the prevention and repression of the crime in question. To this end, a brief historical introduction to the crime of money laundering was carried out, mentioning the way in which the first legislation dealt with the subject, as well as the evolution of the criminal practices of the aforementioned crime. It also analyzes the way in which Brazilian law dealt with the crime, since the first provision in domestic law, as well as the successive subsequent legislative revisions, which culminated in the current criminal law and in the specific form of provision for criminally relevant conduct. Then, we analyze the internal control institute to be adopted by private entities through the compliance institute, making considerations about the way external law deals with the subject and the related figures created from such legal innovations. In a different topic, an attempt was made to discuss the specific analysis of the internal legislative provision regarding the institute and what is the form of implementation to try to encourage the creation of internal control programs within the scope of private corporations. Subsequently, interconnecting the two institutes, we investigated the way in which compliance programs implemented by private companies can assist in controlling and combating the crime of money laundering. In conclusion, the debate on innovative themes is encouraged, leaving open the possibility of further considerations on the themes analyzed here.

**KEYWORDS:** Money Laundering, Compliance, Comparative Law, Internal Control, Criminal Law.

## 1. INTRODUÇÃO

A grande circulação de capital no mundo globalizado, além de fomentar as economias mundiais e auxiliar na expansão das atividades empresariais, gerou também maior ocorrência do crime de lavagem de dinheiro, uma vez que a facilidade para realização de operações financeiras acarreta maior dificuldade na descoberta da origem dos capitais que circulam no sistema financeiro.

Um dos efeitos resultantes da facilidade em realizar operações financeiras foi o aumento da própria complexidade das transações necessárias para transferir o capital, sendo possível agora efetivar diversas e simultâneas transferências de dinheiro pelo mundo. Com isso, afasta-se cada vez mais a possibilidade de os entes fiscalizadores verificarem a origem daquele capital circulante, sendo essa a maior dificuldade para os profissionais que buscam prevenir e reprimir o crime de lavagem de dinheiro.

O problema acarretado pela perpetuação da lavagem de capitais é mais grave do que se pode imaginar, uma vez que o aumento da circulação de capital ilícito no mundo coloca em risco a estabilidade do próprio sistema financeiro mundial, sendo previsto pelo COAF<sup>1</sup> que cerca de US\$500 bilhões de dólares (aproximadamente 2% do PIB mundial) são decorrentes da prática de crimes antecedentes à lavagem de dinheiro (tráfico de droga, terrorismo, corrupção, entre outros).

Este artigo tem o intuito de explorar, de forma breve, a forma como as instituições privadas podem auxiliar no combate ao crime de lavagem de dinheiro, através de planejamento, implementação e fiscalização de um rígido programa de *compliance* interno, sendo um instrumento aliado à prevenção do crime de ocultação e dissimulação de capitais.

---

<sup>1</sup> Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/cartilhas/arquivos/cartilha-lavagem-de-dinheiro-um-problema-mundial.pdf/@download/file/Cartilha%20-%20Lavagem%20de%20dinheiro%20-%20Um%20problema%20mundial.pdf> <Acesso em 25 maio 2020>.

## 2. LAVAGEM DE DINHEIRO

### 2.1. Considerações Sobre a Lavagem de Capitais

Apesar de a origem histórica do crime de lavagem de capitais remontar à Inglaterra do Século XVII - com a crescente prática do crime de pirataria nas embarcações<sup>2</sup> -, a nomenclatura “lavagem de dinheiro” somente surgiu quando o famoso mafioso Al Capone adquiriu várias lavanderias nos anos 1920 em Chicago para aplicar (e dissimular) a origem do seu vultoso capital ilícito, adquirido pela prática de crimes de contrabando, extorsão, entre outros.

O crime de lavagem de dinheiro ganhou notoriedade a partir da Convenção da ONU contra Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, comumente denominada de Convenção de Viena de 1988, internalizada no direito brasileiro pelo Decreto 154, de junho de 1991, que, no seu artigo 3º, previu a recomendação para que os países reprimam delitos dessa espécie.

Respeitando o compromisso internacional firmado pelo Brasil, foi editada a Lei Ordinária nº 9.613/98, prevendo pela primeira vez no direito interno a tipificação do delito de lavagem de dinheiro.

O ilustre doutrinador José Paulo Baltazar Junior assim conceitua o delito em questão:

“A lavagem de dinheiro pode ser conceituada como atividade de desvinculação ou afastamento do dinheiro de sua origem ilícita para que possa ser aproveitado.” (BALTAZAR JUNIOR, 2017, p. 1.084)

Constituindo-se pela conduta do agente que busca reaplicar em atividades lícitas o dinheiro adquirido de forma ilegal, a lavagem do capital ocorre quando há intuito de dar aparência legítima ao valor monetário a ser reaplicado na economia, burlan-

---

2 AMORIM, E. N. C. DE; CARDOZO, M. A.; VICENTE, E. F. <b>Os impactos da implementação de controles internos, auditoria e *compliance* no combate e prevenção à lavagem de dinheiro no Brasil</b>; - doi: 10.4025/enfoque.v31i3.15616. Enfoque: Reflexão Contábil, v. 31, n. 3, p. 23-35, 18 dez. 2012.

do não só a fiscalização das autoridades públicas, mas também a própria sociedade, que sequer desconfia de que aquele estabelecimento é financiado com dinheiro proveniente de crimes.

Considerando, portanto, que se faz necessário utilizar dinheiro proveniente de condutas criminosas para a subsunção do crime de lavagem de dinheiro, é sempre necessária a prática de um delito anterior do qual decorram efeitos financeiros, já que somente através do recebimento do capital “contaminado” (de ilegalidade) haverá a possibilidade de configurar o objeto material do crime em questão.

Assim, recebendo o capital ilícito (repita-se, proveniente de conduta criminosa anterior), o agente (ou terceiro) o utiliza, de forma simultânea ou sucessiva, ocultando ou dissimulando a origem daqueles valores monetários, burlando, assim, a fiscalização quanto à legalidade do capital injetado na economia.

Nesse aspecto, a legislação que tipifica a conduta delituosa do crime de lavagem de capitais é comumente dividida em gerações, sendo tal classificação utilizada para distinguir a forma como a lei prevê os crimes antecedentes (necessários para gerar a renda a ser transformada, conforme já visto acima).

A primeira geração legislativa prevê como crime antecedente apenas o crime de tráfico de drogas, sendo esse o primeiro delito identificado como possível gerador dos crimes subsequentes de ocultação ou dissimulação dos valores provenientes da conduta criminosa anterior (conforme previsto na Convenção de Viena de 1998, já citada acima).

Diante da constatação de que o crime de lavagem de dinheiro começou a ser perpetrado em razão do lucro adquirido pela prática de outros delitos, a legislação evoluiu com a previsão de um rol mais extenso dos crimes antecedentes (alcançando o que se denomina de segunda geração), passando a estipular, além do crime de tráfico de drogas, os crimes de terrorismo, corrupção, extorsão e outros delitos em que facilmente se verificava o recebimento de vultosas quantias para serem reaplicadas na economia.

Mas, diante da criatividade dos agentes criminosos, que exigia intensa e periódica revisão na lei, a terceira geração legislativa, em vez de prever um rol exaustivo de crimes antecedentes, estabelece a ampla possibilidade de qualquer conduta criminosa (da qual advenham lucros) poder ser classificada como crimes antecedentes à lavagem, bastando, portanto, que haja algum bem, valor ou dinheiro a ser objeto da lavagem.

Diante desses esclarecimentos, nota-se que o Brasil, quando editou originalmente a lei tipificadora do crime de lavagem de dinheiro (Lei 9.613/98), posicionou-se entre a segunda e terceira geração legislativa, uma vez que estabeleceu expressamente um rol de crimes antecedentes, mas, ao mesmo tempo, trouxe uma cláusula penal aberta para estipular a possibilidade de qualquer crime ser considerado antecedente à lavagem, sendo apenas exigível que sua prática ocorresse através de organização criminosa (art. 1º, VII).

Com a alteração legislativa promovida pela Lei 12.683/2012, o Brasil suprimiu o rol de crimes antecedentes e definitivamente se inseriu na terceira geração legislativa, ao estabelecer que qualquer infração penal (crime ou contravenção) poderá ser considerada como conduta antecedente, bastando que o agente receba valores ilícitos para serem objeto da ocultação ou dissimulação.

Mas a alteração legislativa não é imune de controvérsias, tendo parte da doutrina se posicionado de forma crítica à abertura demasiada do tipo penal antecedente. Nesse sentido, pode-se citar:

Ao extinguir os delitos prévios, a lei nacional passou a integrar a terceira geração legislativa, o que não impede, entretanto, que tal inovação seja alvo de críticas. Parte da doutrina nacional entende que deveria haver limitação do poder de agir do Estado, sugerindo alguns autores que seja fixado o limite pelo patamar mínimo de apenamento do delito prévio. Mais uma vez, ainda não há estudos suficientes para conclusões sobre a temática. (CALLEGARI e WEBER, 2017, p. 220)

Importante mencionar, ainda, que a ampliação do rol dos crimes antecedentes da lavagem de dinheiro não significa que a

legislação não precise evoluir mais, sendo necessária a periódica e contínua revisão de seus termos para que o crime de lavagem permaneça sendo reprimido pelos entes estatais, já que é conduta criminosa extremamente prejudicial à economia mundial, conforme já visto.

## 2.2. Pessoas Sujeitas e Obrigações Impostas pela Lei 9.613/98

A Lei nº 9.613/98, em sua redação original, inseriu no art. 9º um rol de pessoas que se submetem às obrigações de fiscalizar e informar às autoridades de controle sobre atividades suspeitas que possam ser utilizadas como forma de lavagem de dinheiro.

São atividades que normalmente envolvem vultosas quantias de dinheiro, sendo, portanto, passíveis de serem utilizadas como forma de ocultar e dissimular a origem do capital ilícito, podendo ser citadas, de forma exemplificada, as instituições financeiras, as seguradoras, as bolsas de valores, o comércio de joias, os objetos de arte, etc.

Mas, ainda com a colaboração desses participantes no processo fiscalizatório, verificou-se uma grande deficiência no sistema de controle para prevenção do crime de lavagem de dinheiro, que permanece sendo praticado a passos largos ao redor do mundo.

Nesse sentido, foi necessário ampliar o rol de obrigações dos colaboradores previstos no art. 9º, sempre com intuito de acompanhar a evolução criminosa e tentar reduzir a perpetuação do crime objeto deste estudo. Assim, a Lei 12.683/2012 inseriu novas condutas obrigacionais impostas às pessoas mencionadas no art. 9º da Lei nº 9.613/98, sendo considerada uma grande inovação a determinação legal para adoção de políticas de controles internos das suas próprias atividades.

Dispõe o inciso III do art. 10 da Lei 9613/98 (modificada pela Lei 12.683/2012):

“Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º:

...

III - deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que

lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes;”

O intuito do legislador com a inserção de tal dispositivo foi o de impedir que a prática criminosa continue se enraizando no seio das corporações brasileiras, fato notoriamente revelado através da conhecida “Operação Lava-Jato” no Brasil, quando foi desmascarada a utilização de grande quantidade de capital “contaminado” por ilicitude (especialmente o crime de corrupção) dentro das próprias empresas privadas.

Salienta-se, ainda, que o referido art. 10, III, é considerado o grande marco no Brasil do sistema denominado *Compliance*, passando a ser previsto na lei como uma obrigação imposta (e não facultativa) para as empresas que utilizam grande quantidade de capital em suas atividades diárias.

### 3. COMPLIANCE

#### 3.1 Considerações Iniciais

A doutrina comumente indica que o termo *compliance* tem origem no verbo em inglês “to comply”, que significa agir de acordo com uma regra.

Assim, pode-se dizer que o regime de *compliance* imposto às empresas significa:

“O ato ou procedimento para assegurar o cumprimento das normas reguladoras de determinado setor”.<sup>3</sup>

Criminalmente falando, o tema do *compliance* ainda é pouco explorado no Brasil, somente tendo adquirido maior importância a partir do momento em que se viu possível a responsabilização pessoal dos dirigentes das instituições financeiras por omissões de fiscalização dos crimes praticados através das empresas.

A partir do momento em que se vislumbrou a possibilidade de responsabilizar criminalmente os dirigentes de empresa pela falha na fiscalização da origem do capital que circula pela

<sup>3</sup> BLOK, Marcella. A NOVA LEI ANTICORRUPÇÃO E O COMPLIANCE. Disponível em: <https://emd-public.nyc3.digitaloceanspaces.com/eusouempreendedor-uploads/RT-Marcella-Blok-Nova-lei-anticorrupt%C3%A7%C3%A3o-e-compliance-.pdf> <Acesso em 15/06/2020>

atividade exercida (ou pela simples conduta omissiva ao não alertar as autoridades estatais das operações suspeitas praticadas por seus próprios clientes), as empresas passaram a cuidar do tema e implementar internamente sistemas mais rígidos e efetivos de controle.

Esse sistema de controle interno não significa que as próprias empresas (como entes independentes) passam a ser responsáveis pela repressão do delito possivelmente detectado, mas, na realidade, serve para contribuir para a prevenção do crime de lavagem de dinheiro, uma vez que, com a imediata comunicação da suspeita do delito, caberá ao Estado investigar o possível crime financeiro antes que a conduta criminosa se aperfeiçoe, tornando-se ainda mais difícil sua detecção.

Nesse aspecto, a grande e importante figura criada pelas empresas como a personificação do sistema de *compliance* foi a dos *Compliance Officers*, funcionários cuja função seria justamente a de criar o programa de controle interno e principalmente fiscalizar sua correta aplicação no âmbito das atividades empresariais privadas.

Com a criação dessa nova função interna nas empresas, a doutrina estrangeira começou a debater qual seria a responsabilidade penal desses funcionários (*Compliance Officers*) quando o sistema de controle não conseguir detectar que uma operação foi originada com capital ilícito, acarretando a circulação do dinheiro e a consequente consumação do crime de lavagem de capitais.

De acordo com os Tribunais alemães, os *Compliance Officers* teriam plena responsabilidade penal pela falha (propositiva ou não – ou seja, com dolo ou culpa) na fiscalização de uma operação suspeita, conforme se depreende da notícia abaixo colacionada:

Recentemente, na Alemanha, por exemplo, o BGH (*Bundesgerichtshof*) condenou um *Compliance Officer* por entender que este, ao assumir a responsabilidade pela prevenção de crimes no interior da empresa, assume também uma posição de garante e, portanto, deve ser punido criminalmente por ter assumido a responsabilidade de impedir o resultado e por ter obrigação de cuidado, proteção e vigilância. (Saavedra,

No Brasil, a inserção da posição de garante dos *Compliance Officers* se mostra mais dificultosa, já que o art. 13, §2º, do Código Penal não nos leva a uma presunção da posição de garantidor no caso, tendo o legislador previsto expressamente as situações nas quais permite-se o reconhecimento da posição de responsável penal. E diante da leitura atenta do diploma legal mencionado, não nos parece ser possível realizar uma leitura extensiva para incluir os tais funcionários como responsáveis penalmente pela função exercida na empresa, sob pena de adotarmos a teoria de responsabilidade penal objetiva, absolutamente rechaçada – e com muita razão – no Direito Penal brasileiro.

Outra questão que deve ser analisada é o questionamento surgido quando mencionada a figura dos *Compliance Officers* em comparação com a função exercida pelos dirigentes das empresas (diretores, sócios, membros de conselhos).

Nos casos em que haja funcionários cuja funções sejam apenas e tão somente a de fiscalizar e implementar o programa de controle interno (*Compliance Officers*), somente eles responderiam pelas falhas no sistema adotado ou haveria, nesse caso, uma corresponsabilidade penal dos dirigentes da sociedade?

Parece que nenhuma das hipóteses se mostra possível, já que considerar apenas os *Compliance Officers* responsáveis por quaisquer falhas decorrentes do programa de controle interno acarretaria a criação de uma espécie de “bode expiatório” dentro daquela empresa, responsabilizando-os até mesmo por fatos que sequer teriam conhecimento ou controle. Da mesma forma, também não se revela possível, salvo melhor juízo, a responsabilização dos dirigentes pelo simples fato de se posicionarem em cadeiras de controle da empresa, já que, nesse caso, também ensejaria a aplicação da teoria da responsabilidade penal objetiva (punindo o dirigente pelo simples estado de fato e não necessariamente por alguma conduta penalmente relevante que tenha praticado).

Na realidade, conclui-se que não se deve permitir o distanciamento das teorias clássicas de Direito Penal, ainda quando as condutas criminosas se mostrem inovadoras pelos agentes que a perpetuam. Portanto, no meu entender, *data maxima venia* aos que possuem raciocínio diverso, haverá responsabilidade penal (tanto dos *Compliance Officers* como dos dirigentes da pessoa jurídica facilitadora do crime) apenas e tão somente nas hipóteses em que as condutas por eles praticadas subsumirem-se nos respectivos tipos penais, devendo ser sempre avaliado, caso a caso, se aquela ação ou omissão teria derivado de conduta culposa ou dolosa.

### 3.2 Previsão Legal do *Compliance* no Brasil

No Brasil, apesar de ainda tímida a aplicação dos institutos supramencionados, editou-se o Decreto nº 8.420/2015, que, inovando sobre o tema, criou o “Programa de Integridade”, tendo assim previsto:

“Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.”

Assim, a prática dessa governança corporativa ganhou especial destaque dentro das estruturas empresariais, especialmente naquelas que possuem como atividade grande circulação de capitais e valores.

E, como forma de estimular a criação de referidos programas de controle, previu-se na referida legislação infralegal a possibilidade de considerar como circunstâncias atenuantes em eventuais sanções administrativas aplicadas às empresas (pela prática de crimes contra a Administração Pública) os programas de *compliance* existentes, sendo assim previsto no art. 5º, §4º, do mencionado Decreto:

“Art. 5º, §4º Caso a pessoa jurídica presente em sua defesa informações e documentos referentes à existência e ao funcionamento de programa de integridade, a comissão processante deverá examiná-lo segundo os parâmetros indicados no Capítulo IV, para a dosimetria das sanções a serem aplicadas.”

Verifica-se, portanto, que o Estado vem buscando ampliar a aplicação do instituto do *compliance* pelas empresas privadas, tentando estimular a colaboração das empresas privadas no controle interno realizado pelas próprias instituições. E, apesar de ainda haver possibilidade para grande aumento da aplicação do instituto, o incentivo já previsto na lei brasileira deve ser visto com bons olhos, servindo de ponto de entrada para a implementação dos controles internos nas empresas privadas.

#### 4. UTILIZAÇÃO DO *COMPLIANCE* PARA PREVENÇÃO DO CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS

Como já visto anteriormente, a função repressiva do crime de lavagem de dinheiro é insuficiente para a identificação de todas as suas ocorrências, uma vez que a complexidade das operações financeiras acarreta, muitas vezes, perda da origem daqueles valores financeiros, distanciando-se cada vez mais da sua origem ilícita – sendo esse justamente o intuito da prática do crime de lavagem.

Nesse aspecto, aumenta de importância a hipótese de prevenção do delito mencionado, já que se torna muito mais fácil controlar as atividades criminosas financeiras antes da dispersão do capital ilícito na economia.

Revela-se interessante mencionar que o combate ao crime de lavagem de capitais ganhou um importante aliado com a edição da Lei 9.613/98, tendo sido criado nesse diploma normativo um órgão específico para fiscalização e repressão da prática criminosa. Referido órgão, que permanece exercendo essa função essencial até os dias de hoje, é denominado Conselho de Controle de Atividades Financeiras (“COAF”), integrante do Ministério da Economia (desde 2019).

Espera-se que a ampliação dos programas de *compliance* implementados pelas empresas privadas leve ao aumento da fiscalização dos crimes financeiros objeto deste artigo e, com isso, acarrete maior identificação dos crimes, principalmente nas etapas anteriores à intensa dispersão do capital ilícito na economia, pois, como visto acima, apresenta-se de grande dificuldade a localização do capital contaminado a partir do momento em que estiverem interligados e devidamente aplicados na economia com aparência de licitude.

Assim, as empresas privadas devem ser vistas pelo Estado como grande aliadas à função preventiva das atividades criminosas de lavagem de dinheiro, tendo um enorme potencial de auxiliar as autoridades policiais para acompanhar todo o trajeto financeiro realizado pelos criminosos, o que levará, em última análise, à identificação dos criminosos e à repressão do próprio crime de lavagem de capitais, seguindo-se, assim, o famoso jargão “*Follow the Money*”, criado a partir do escândalo de corrupção no Governo Americano que denominou-se “*Watergate*”.

## 5. CONCLUSÃO

Diante das breves considerações acima, verifica-se que o sistema de *compliance* pelas empresas privadas deve ser muito incentivado pelo Estado, já que apenas com a ajuda das instituições por onde circulam grandes quantidades de dinheiro será possível localizar quais das operações financeiras possuem caráter suspeito, para que, então, possam ser investigadas e eventualmente criminalizadas pelo Estado.

Por todo o exposto, revela-se de fácil percepção que o tema ainda é novo e produz grandes e profundos questionamentos, devendo-se buscar, sempre que possível, uma maior uniformidade legislativa entre os países comumente utilizados para a prática das operações financeiras, para que consigam trabalhar em conjunto como forma de prevenir e reprimir de maneira mais eficaz a gravíssima conduta criminosa da lavagem de capitais.

Espera-se que o presente artigo tenha atingido o objetivo de estimular o debate com as brevíssimas considerações sobre a importância dos programas de *compliance* pelas empresas privadas (e a forma como auxiliam na persecução penal estatal), sabendo-se que resta grande espaço remanescente para os debates de questões relacionadas à implementação dos programas de controle interno e das formas de fiscalização posteriores. ❖

## 6. REFERÊNCIAS

AMORIM, E. N. C. DE; CARDOZO, M. A.; VICENTE, E. F. **Os impactos da implementação de controles internos, auditoria e *compliance* no combate e prevenção à lavagem de dinheiro no Brasil** - doi: 10.4025/enfoque.v31i3.15616. Enfoque: Reflexão Contábil, v. 31, n. 3, p. 23-35, 18 dez. 2012.

ARAÚJO E SILVA, Livia Cristina. **Lei de Lavagem de Capitais e as Principais Alterações Promovidas Pela Lei Nº 12.683/12**. Cadernos do Ministério Público do Estado do Ceará. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Cad-MP-CE\\_v.01\\_n.01\\_t.02.03.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Cad-MP-CE_v.01_n.01_t.02.03.pdf) <Acesso em 15/04/2020>

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BLOK, MARCELLA. **A Nova Lei Anticorrupção e o *Compliance***. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais | vol. 65/2014 | p. 263 | Jul / 2014 DTR\2014\15162. Link: <https://emd-public.nyc3.digitaloceanspaces.com/eusouem-preendedor-uploads/RT-Marcella-Blok-Nova-lei-anticorrupt%C3%A7%C3%A3o-e-compliance-.pdf> <Acesso em 20.06.2020>

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de Dinheiro**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PENTEADO, Camila Witchmichen Penteado. **Reflexões sobre o bem jurídico tutelado no delito de lavagem de capitais**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 39, dez. 2010. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edi>

cao039/camila\_penteado.html <Acesso em: 01 jul. 2020>.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Compliance** na Nova Lei de Lavagem de Dinheiro. Revista Síntese, Direito Penal e Processual Penal – Ano XIII, nº 75, Ago-Set 2012 – fls. 22-30.

SANCTIS, Fausto Martins de. **Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro**. 2. ed. São Paulo: SARAIVA, 2015.

SILVEIRA, R. D. M. J.; DINIZ, E. S. -. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: SARAIVA, 2015.

VERÍSSIMO, Carla. **Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. São Paulo: SARAIVA, 2018.

# Isenção de IPTU como Forma de Melhor Gestão Financeira e Social

**Marcello Sartore de Oliveira**

*Doutorando em Políticas Públicas/UFRJ, Mestre em Ciências Contábeis pela UERJ. Professor assistente da UFRRJ. Professor dos Cursos de Pós Graduação da UNIGRANRIO e UNISUAM.*

## RESUMO

Exigir tributos de quem não possui o mínimo existencial, em decorrência da exigência legal da cobrança dessa receita pública, seria sinônimo de melhor gestão fiscal ou representaria perda de eficiência financeira em consequência da insensibilidade do gestor local com a dignidade do contribuinte? O presente trabalho teve por objetivo analisar se a concessão de isenção de IPTU representa necessariamente perda de arrecadação ou, em respeito ao mínimo existencial, poderá significar melhor eficiência financeira e social do ente público na arrecadação desse imposto predial. A metodologia utilizada foi uma pesquisa qualitativa, na qual foram analisadas 92 cidades do Estado do Rio de Janeiro, por meio de banco de dados consolidado pela STN constante no FINBRA e os respectivos Códigos Tributários desses municípios. Para melhor interpretação dos dados pesquisados, realizou-se, ainda, pesquisa bibliográfica, documental e, para uma melhor visualização dos fatos, pesquisa de campo. A pesquisa apontou que 23 prefeituras fluminenses não concedem isenção de IPTU. Os resultados apresentam, ainda, que para o ente federativo municipal alcançar uma melhor gestão de seus recursos, levando em consideração os custos inerentes a processos de execução fiscal, em alguns casos seria salutar à Administração local conceder isenção desse imposto predial. Por fim, justifica-se este estudo

devido à escassez de trabalhos acadêmicos voltados para a gestão pública referente à gestão fiscal.

**PALAVRAS-CHAVE:** IPTU; Mínimo Existencial; Gestão Fiscal.

**ÁREA TEMÁTICA:** Contabilidade governamental e do terceiro setor.

## 1- INTRODUÇÃO

A necessidade de o ente municipal arrecadar e assim financiar os serviços básicos oferecidos à sociedade, mantendo dessa maneira a “máquina pública” em atividade, torna-se mais relevante especialmente em época de crise, quando o ritmo da economia diminui e o recolhimento de tributos tende a acompanhar esse declínio.

Não obstante, principalmente pelo fato de a diminuição da arrecadação tributária não acompanhar o desempenho das despesas públicas, uma vez que algumas dessas são irreduzíveis, como a despesa de pessoal, necessário que gestores municipais busquem alternativas que visem a melhorar a eficiência na arrecadação de tributos.

Entretanto, seria de bom alvitre que gestores públicos adotassem medidas de eficiência fiscal que possam não apenas aumentar a arrecadação de tributos (especialmente sem aumento de carga tributária) como também melhor administrar a despesa pública.

O próprio texto do artigo 3º do CTN determina que a atividade administrativa arrecadatória é vinculada, ou seja, quando o contribuinte pratica o fato gerador de algum tributo, o ente público não possui qualquer margem discricionária, deve realizar a cobrança do tributo.

Em que pese a cobrança de tributo ser uma obrigação decorrente de lei, o poder público não pode agir na seara tributária sem respeitar o contribuinte, reduzindo-lhe a dignidade, a individualidade e a sua privacidade. A Administração Pública, sob a justificativa da arrecadação, não deve violar condições que viabilizem a vida com dignidade.

Cobrar tributos de quem não possui o mínimo existencial seria sinônimo de melhor gestão fiscal ou representaria perda de eficiência financeira? Exigir de quem não possui o mínimo para sua existência poderia ser interpretado como algo respeitoso às normas, ou redução de eficiência, uma vez que a atividade de cobrança possui dispêndio de recursos? Portanto, gastar para cobrar e não receber seria lógico?

Já em relação à dependência dos entes municipais em relação às transferências tributárias constitucionais (TTC), em que, por exemplo, todos os municípios do Rio de Janeiro, com exceção de sua capital, recebem mais recursos dessa receita do que arrecadam de suas receitas tributárias próprias, esse índice, por si só, não representa necessariamente ineficiência fiscal. Conforme o próprio texto constitucional, são recursos que pertencem aos municípios, mas que são fiscalizados, cobrados, arrecadados e transferidos pelo Estado e pela União aos respectivos municípios. Melhor eficiência fiscal se faz com o controle sobre receitas tributárias próprias e controlando os gastos públicos.

Diante do exposto, este estudo apresenta como problema de pesquisa a seguinte questão: A concessão de isenção de IPTU representa necessariamente perda de arrecadação ou, em respeito ao mínimo existencial, poderá significar melhor eficiência financeira e social do ente público na arrecadação desse imposto predial?

## 2- REVISÃO DE LITERATURA

### 2.1 Autonomia Municipal e Competência Tributária

A autonomia municipal decorre da literalidade do art. 1º da Constituição Federal (CF/88), que estabelece, como núcleo da República Federativa do Brasil, a união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal.

A CF/88 alçou os municípios dentro das esferas político-administrativas da República, dando-lhes efetiva autonomia política, financeira e administrativa.

A autonomia administrativa municipal advém do poder de gerir seu próprio corpo administrativo, enquanto que a autonomia financeira, representada pelo poder de arrecadar, tem por fim administrar e dispor dos recursos gerados por tributos próprios e os provenientes das transferências correntes. Já a autonomia política tem sua origem no poder de autoconstituição, que consiste na capacidade de compor seus membros do Executivo e Legislativo.

Nesse sentido, Carrazza (2015) lembra que a autonomia política foi garantida pela eleição direta e universal de todos os prefeitos e vereadores. A autonomia administrativa, pela possibilidade de auto-organização de todo o sistema burocrático dos serviços municipais. E a autonomia financeira, pelos tributos próprios, pela efetiva participação nas receitas tributárias de outras pessoas políticas (União e Estados membros) e pela ampla possibilidade de arrecadação dos tributos de sua competência.

Dessa maneira, sendo a autonomia financeira uma das características do ente público municipal, tem assim, esse ente estatal, liberdade para criar e arrecadar os tributos de sua competência, conforme previsto no texto constitucional. Os impostos de sua competência são o IPTU, o ITBI e o ISS, conforme previsto no art. 156 da CF.

Considera-se receita própria dos municípios, também conhecida como receita tributária municipal, de acordo com a Constituição e com o Código Tributário Nacional, o conjunto formado pelo Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU), Imposto sobre a transmissão onerosa Inter Vivos de bens imóveis e direitos a ele relativos (ITBI), Impostos sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN) e tributos de natureza comum.

## 2.2 Transferência Tributária Constitucional

O movimento de descentralização surge no Brasil no início dos anos 1980 como uma reivindicação de um processo de construção do Estado democrático em detrimento daquele Estado centralizador e unitário que caracterizava o regime militar brasileiro.

Conforme preceitua Arretche (1996), ao longo daquela década, foi possível perceber a retomada da democracia, que promoveu um resgate das bases do Estado federativo no país, que conjuntamente com a descentralização fiscal, outorgada com a Carta Magna de 1988, fizeram com que os governos federal, estaduais e municipais obtivessem fontes autônomas e independentes de autoridade política e fiscal.

A CF/88, que representa um avanço no processo de democratização do Estado Brasileiro, promoveu a descentralização da gestão pública no país, uma vez que foram instituídos aos municípios autonomias administrativa, financeira, política e, ainda, vários deveres junto à população no que refere a prestação de serviços públicos em diferentes áreas. Essas demandas vêm se traduzindo na necessidade crescente de o município se articular com instituições que, na prática, já possuem meios físicos e/ou tecnológicos para prestar tais serviços.

Art. 18 da Constituição Federal:

A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

O município passa, assim, a ser a unidade de Governo Local, constituindo-se na base para a descentralização política e administrativa. Dessa maneira, tornou a ser um dos pilares sobre os quais a democracia se sustenta, uma vez que concedeu às comunidades locais o direito de decidir sobre os assuntos de seu interesse. Sendo assim, num país com as dimensões territoriais do Brasil, a existência do município é fundamental para a garantia do exercício da cidadania (PINTO, 2002).

Com descentralização, que pode ser compreendida como um instrumento de melhor promover a democratização, uma vez que a sociedade passou a ter maior influência nas decisões públicas voltadas a assuntos de interesses locais, também acarretou aos municípios uma maior obrigação de fornecer serviços públicos à coletividade. Assim, para melhor financiar esses ser-

viços, a Constituição também concedeu aos municípios autonomia para instituir tributos.

Mesmo com a tendência de descentralização financeira, que pode ser verificada nos diversos países nas últimas décadas, todas as federações ainda centralizam, de alguma forma, suas arrecadações tributárias. (ABRÚCIO, 2005)

O Brasil, conforme entendimento de Abrúcio (2005), através de sua CF/88, buscou não apenas a descentralização de seus entes públicos, em especial os municípios, uma vez que essas entidades foram reconhecidas como membros da federação, estando em pé de igualdade com os Estados no que diz respeito a direitos e deveres, como também estabeleceu uma maior competência tributária à União, ao conceder a esse ente público uma maior quantidade de tributos em relação aos estados e municípios.

Conforme assevera Prado (2007), na totalidade de federações no mundo, os governos dos níveis superiores arrecadam mais do que gastam, enquanto que os de níveis inferiores gastam mais do que arrecadam.

No Brasil, conforme ocorre com outras federações, é perceptível a dependência econômica dos entes municipais não apenas em relação aos Estados, como especialmente à União. O motivo dessa dependência ocorre devido à supremacia da carga tributária da União, que possui competência privativa sobre sete impostos, enquanto que municípios, da mesma forma que os estados, apenas sobre três. Além da competência sobre uma quantidade maior de impostos, a União ainda está autorizada, pela CF/88, a instituir novos impostos e contribuições.

Entretanto, em que pese a Constituição instituir uma maior quantidade de tributos privativos à União - quando se compara com os demais entes políticos -, a Carta Magna não se demonstrou indiferente à necessidade de uma melhor distribuição da parcela desses tributos arrecadados pela União, para os estados e municípios. Dessa maneira, a Constituição, em sua seção VI, estabelece a repartição das receitas tributárias, onde há determi-

nação de algumas das receitas públicas tributárias serem repartidas com outros entes da Federação.

Ainda embasada pela CF/88, a repartição sempre ocorrerá do maior ente da federação para o menor. Sendo assim, a União repartirá algumas de suas receitas tributárias com os estados, DF e municípios, e os estados distribuirão parte de sua arrecadação fiscal aos municípios.

Tristão (2003, pg. 76) corrobora, ensinando que uma característica do sistema de transferências atual no Brasil é o fluxo vertical para baixo dos recursos. Os recursos são transferidos pelo governo federal aos estados e municípios e, por sua vez, os estados transferem a seus municípios.

A Constituição preceitua que pertencem aos municípios os seguintes recursos tributários arrecadados pela União e pelos estados:

Art. 158. Pertencem aos Municípios:

I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;

II - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados;

II - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados, cabendo a totalidade na hipótese da opção a que se refere o art. 153, § 4º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) (Regulamento)

III - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios;

IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

I - três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;

II - até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal.

Vale destacar, ao analisar literalmente o texto constitucional, que a Constituição concedeu uma maior gama de tributos de competência da União, em relação aos estados e municípios. Mas, a própria Constituição, em seu artigo 158, determina que pertencem aos municípios, os tributos ali cobrados e arrecadados pela União e estado.

Portanto, não significa uma liberalidade, um favor, da União e estados repassarem esses recursos aos municípios; são recursos dos municípios que se encontram em posse desses entes e que devem ser repassados aos cofres públicos municipais!

De acordo com COELHO (2001), a maior parte da arrecadação dos municípios advém da repartição tributária, o que gera uma dependência desses entes à União. Para esse autor, a única forma de garantir a independência político-administrativa às entidades da Federação é reformular a discriminação constitucional de rendas para conferir-lhes autonomia financeira.

Vale mencionar a interpretação de Harada (2001), que comenta que o atual sistema de repartição das receitas públicas tributárias está em consonância com uma economia que busca a adequação entre receitas e gastos e a minimização do custo de arrecadação dos tributos. O imposto sobre a renda, as contribuições e os impostos regulatórios (sistema financeiro e comércio exterior) estão sob competência federal. Os estados arrecadam o imposto geral sobre consumo e os municípios arrecadam impostos sobre serviços e sobre parte do patrimônio-imóveis urbanos.

Assim, embasado por Harada (2001), impostos como o IPI, cuja fiscalização, arrecadação e cobrança exigiriam uma maior estrutura governamental para ser realizada, ficam a cargo da União. Sendo que parte de seus recursos devem ser repassados aos estados e municípios como forma de melhor adequação entre receitas e gastos no custo da administração desse tributo.

Mesmo com a determinação da Constituição, no que se refere ao repasse desses recursos, Ribeiro (2007) assevera que a transferência tributária não foi suficiente para que os municípios alcançassem suas autonomias financeiras, pois continuam dependentes do panorama político para obtenção de recursos complementares para efetivação de seus programas de governo.

### 2.3 Receita Corrente Total

Analisando os dados dos balanços orçamentários de 89 municípios do Estado do Rio de Janeiro que enviaram seus dados orçamentários à STN, do ano de 2016, nota-se que essas unidades federativas obtiveram uma receita corrente total de R\$ 49,62 bilhões, sendo R\$15,01 bilhões (30,26%) oriundos da base tributária, R\$ 26,64 bilhões (53,68%) provenientes de transferências correntes dos estados e da União, e R\$ 7,96 bilhões (16,06%) derivados de outras receitas (receita de contribuições, receita patrimonial e receita de serviços de informações científicas e tecnológicas).

Ao analisar, recorrendo novamente ao FINBRA, a relação entre a Receita Tributária e a Receita de Transferência Tributária, verifica-se que apenas a cidade do Rio de Janeiro, dentre todos os municípios fluminenses, arrecada mais do que recebe de transferência tributária de outros entes, como a União e o estado.

Dessa maneira, percebe-se que nos municípios fluminenses, com única exceção da capital, a maior parte dos recursos que compõem suas Receitas Correntes tem origem na União e no estado.

Vale destacar que, conforme previsto na Constituição Federal, na seção referente à repartição das receitas tributárias, são recursos que pertencem a esses entes municipais, mas que têm origem em outros entes políticos.

Tabela 1 - Receitas Tributárias x Transferências Correntes – Municípios Fluminenses

<b>RECEITAS</b>	
<b>TRIBUTÁRIAS</b>	<b>15.018.047.803,62</b>
<b>TRANSFERÊNCIAS CORRENTES</b>	<b>26.640.723.459,59</b>
<b>RELAÇÃO</b>	<b>56,37%</b>

Fonte: Elaborada pelos autores, com base no relatório emitido, em 2016, pela FINBRA.

Sendo assim, como uma forma de diminuir essa dependência, segundo Ribeiro (2007), os municípios necessitam ampliar sua arrecadação sem onerar ainda mais o contribuinte com o aumento da carga tributária, sendo fundamental melhorar as bases tributárias através de um controle mais eficiente sobre suas receitas públicas. Nesse sentido, Ribeiro reforça que a ampliação das receitas próprias dos municípios passa a ser uma alternativa para reduzir suas dependências externas.

## 2.4 Isenção

A isenção deve ser concedida através de lei específica, que dispensa o pagamento de um determinado tributo. Vale ressaltar que a isenção é concedida por meio de ato administrativo e pode ser revogada ou alterada por lei a qualquer tempo (art. 178 do CTN), diferindo da imunidade tributária. Tal condição é prevista na Carta Magna.

De acordo com Ricardo (2014, p. 174), “isenção é a dispensa legal do pagamento do tributo devido”. Nesse caso, o fato gerador do tributo de fato ocorre, porém, elimina o lançamento da obrigação e, conseqüentemente, o crédito tributário.

## 2.5 Dívida Ativa

O contribuinte inadimplente tem o seu débito inscrito na dívida ativa quando o valor originário da obrigação for registrado na Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, estadual ou municipal - em favor de um dos entes da federação - e não ocor-

rer a quitação no prazo estabelecido pela lei ou por decisão final expressa em processo administrativo.

O CTN, no art. 201, expressa sobre o tema. “Constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular.”

Já a Execução fiscal é a forma que a Administração Tributária brasileira possui para cobrar, através de uma ação judicial, os valores tributários que não foram quitados à época do vencimento e que são devidos pelos contribuintes, após a inscrição do débito em dívida ativa.

Para Borba (2003), “a ação de execução fiscal é o processo cabível para que a Fazenda Pública exija coativamente do sujeito passivo aquilo que lhe é devido e não foi pago na época própria”. Portanto, execução fiscal é o procedimento que formaliza a cobrança judicial da dívida ativa.

## 2.6 Renúncia de Receitas na Lei de Responsabilidade Fiscal

A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), que estatui normas gerais sobre Finanças Públicas para todos os entes da Federação, seus órgãos e entidades, enfatizando os aspectos relativos à transparência na gestão fiscal, controle e fiscalização dos atos públicos, passou a dar maior ênfase à Receita Pública, uma vez que, em seu artigo 11, consta como um dos requisitos para responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos de competência constitucional dos entes da federação.

Art. 11. Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e **efetiva arrecadação de todos os tributos** da competência constitucional do ente da Federação. (grifo nosso)

Parágrafo único. É vedada a realização de transferências voluntárias para o ente que não observe o disposto no *caput*, no que se refere aos impostos.

Dessa maneira, o gestor público que não for proativo na gestão da receita pública estará sujeito a sanções pessoais, além de impedir que o ente público receba recursos financeiros enviados por outras entidades políticas, como as receitas de transferências governamentais.

Em seu artigo 14, a LRF estabelece condições e limites para a renúncia de receitas tributárias, seguramente com a motivação de se evitar excessos, finalidades escusas, que nem sempre estão em sintonia com o interesse da sociedade.

Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza **tributária** da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: **(grifo nosso)**

I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

Portanto, o conceito de “renúncia de receita” faz referência apenas à “renúncia de receita tributária”, compreendida como a concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária.

Se somente por lei se pode criar e instituir tributos, somente por lei específica se pode autorizar renúncia de receitas correspondentes a tributos já criados, devidos e não pagos. Sendo assim, caso o tributo seja de competência municipal, somente por lei específica do município se poderá autorizar a renúncia de receitas referentes a esses tributos.

Ainda embasado pela LRF, em caso de concessão de renúncia de receitas, existem mecanismos obrigatórios a serem seguidos pelo gestor público, denominados pela doutrina de Medidas de Cautela Fiscal, para que esse benefício tributário possa ser efetivado.

Seriam quatro esses mecanismos, sendo que dois obrigatórios e outros dois alternativos. A LRF estabelece, entre os obrigatórios, em seu artigo 14, *caput*, que a concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária que acarrete renúncia de receita deverá vir acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, além de atender o disposto na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Não obstante ter que atender os dois mecanismos acima, que são de extrema importância para o gestor público que queira efetivamente conceder benefícios de natureza tributária, deve o ente público ainda comprovar o atendimento de, pelo menos, um dos dois requisitos previstos nos incisos I e II do *caput* do mesmo artigo 14 da LRF, a cuja leitura remete-se à página anterior.

Essa alternância entre os incisos I e II do artigo 14 da LRF enfatiza que não será exigida a adoção de medidas de compensação - elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição - se a renúncia foi considerada na estimativa de receita da Lei Orçamentária Anual e não afetará as metas de resultados fiscais previstas na Lei de Diretrizes Orçamentárias. De modo diverso, será obrigatória a adoção dessas medidas de compensação, as quais deverão ser implantadas, de acordo com o § 2º do mesmo artigo, antes da edição do ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício fiscal.

§ 2 Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o *caput* deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso.

O legislador exemplificou algumas espécies de incentivos ou benefícios tributários, conforme § 1º do artigo 14 da LRF:

§ 1 A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de **isenção** em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado. **(grifo nosso)**

A isenção, conforme já discutido neste trabalho, é a dispensa do tributo devido - ou que normalmente seria devido -, dispensa essa, feita por lei ordinária. A isenção pode ser de caráter geral ou absoluta, quando beneficia todos os contribuintes do território diretamente, ou de caráter individual ou relativa, quando atinge determinados contribuintes, em cada caso dependendo de despacho da autoridade, mediante requerimento do interessado.

Sendo assim, pode-se observar que a renúncia de receita sempre estará ligada a tributo e terá um tratamento diferenciado, discriminatório, não sendo possível, portanto, conforme §1º, isenção de caráter geral.

Nesse caso, pode-se apontar o exemplo do IPTU que os municípios pagam à vista e recebem descontos, conforme autorização legal prevista em diversos municípios. Como esse desconto é de caráter geral, não se trata de renúncia de receita. Para ser renúncia, teria que ser discriminatório, atingir apenas um grupo ou indivíduo determinado.

Cabe ainda ressaltar que existem duas situações em que as Medidas de Cautela Fiscal não serão aplicadas mesmo havendo perda de uma receita. Essas situações estão previstas no parágrafo 3 do artigo 14 da LRF:

§ 3 O disposto neste artigo não se aplica:

I - às alterações das alíquotas dos impostos previstos nos incisos I, II, IV e V do art. 153 da Constituição, na forma do seu § 1 ;

II - ao cancelamento de débito cujo **montante seja inferior** ao dos respectivos custos de cobrança. **(grifo nosso)**

Em relação a esse II, vale apontar estudo<sup>1</sup> realizado pelo IPEA, com cooperação técnica com o Conselho Nacional de Justiça. O IPEA aceitou o desafio de estimar o custo médio, para a Justiça brasileira, dos processos de execução fiscal que tramitam nas varas da Justiça Federal e que respondem, conforme o CNJ (2010), por 34,6% da carga processual do Judiciário.

## 2.7 Custo da Cobrança de Dívida Ativa

Em estudo realizado pelo IPEA, esse instituto teve por objetivo determinar o custo unitário do processo de execução fiscal médio na Justiça Federal de primeiro grau, quando procedeu a um extensivo trabalho de campo, cujos resultados apontaram que o custo médio da execução fiscal na Justiça Federal de primeiro grau, composto basicamente pelo fator mão de obra, levando em consideração o tempo em que o processo permanece parado e a mão de obra indireta, pode ser expresso pelo valor de R\$ 4.368,00 (quatro mil, trezentos e sessenta e oito reais).

Dessa maneira, em relação ao inciso II do artigo 14 da L.R.F., gestores municipais devem ficar atentos para a relação custo-benefício entre a quantia a ser cobrada e o custo efetivo de sua cobrança. Devem realizar, diretamente ou através de órgãos especializados (adotando, se for o caso, a metodologia ou a base de cálculo utilizada pelo IPEA), estudos referentes a esses custos, com o intuito de não movimentarem a administração pública de forma desnecessária, acarretando, assim, prejuízo ao Erário. Aquele gestor público que ingressa com ação judicial para realizar cobrança cujo montante seja inferior ao seu custo é que deveria ser responsabilizado por descumprimento da LRF.

## 2.8 Princípio da Dignidade Humana e o Mínimo Existencial na Tributação

Não se discute que o Poder Público necessita arrecadar recursos financeiros para financiar suas atividades, e assim alcançar sua finalidade precípua, que consiste em atender a demanda

1. IPEA/2011. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/comunicado/110331\\_comunicadoipea83.pdf](http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/comunicado/110331_comunicadoipea83.pdf)>. acesso em 22 jul. 2012.

da sociedade através da imposição de tributos às pessoas que integram a sociedade.

Não obstante, o poder de tributar inerente ao Estado, que não pode ser renunciável nem indelegável, não é absoluto, uma vez que a Constituição Federal impõe que, entre outros limites, para a Administração Pública desempenhar tal atividade, o Estado deve respeitar os preceitos relacionados aos Direitos Fundamentais inseridos no próprio texto constitucional.

A CF/88 trouxe, em seu Título II, os Direitos e Garantias Fundamentais, sendo que no capítulo dos Direitos individuais e coletivos, que são os direitos ligados ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade, constam os direitos à vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à liberdade e à propriedade. Estão previstos no artigo 5º e seus incisos.

Os Direitos Fundamentais são definidos como o conjunto de direitos e garantias do ser humano institucionalização, cuja finalidade principal é o respeito a sua dignidade, com proteção ao poder estatal e a garantia das condições mínimas de vida e desenvolvimento do ser humano, ou seja, visam a garantir ao ser humano o respeito à vida, à liberdade, à igualdade e à dignidade, para o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Sarlet (2010) comenta que:

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui consideramos a abertura material consagrada no art. 5º, § 2º, da CF, que prevê o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais).

Dessa maneira, em consonância com o raciocínio acima exposto, é razoavelmente compreensível que a arrecadação tributária não poderá significar a perda de algum direito fundamental, não podendo haver um antagonismo entre a necessidade de arrecadação tributária do Poder Público e os direitos fundamentais constitucionais do cidadão.

Sarlet (2010), por seu turno, ao tratar do princípio da dignidade da pessoa humana, afirma que esse princípio impõe um dever de abstenção e de condutas positivas por parte do Estado, tendentes a efetivar e proteger a pessoa humana. É imposição que recai sobre a Administração Pública de respeitar, proteger e promover as condições que viabilizem a vida com dignidade.

Realça Sabbag (2012) que o Estado não pode agir na seara tributária sem respeitar o contribuinte, de modo a reduzir-lhe a dignidade, a individualidade e a privacidade. A Administração Pública não deve, portanto, sob a justificativa da arrecadação, violar a Constituição, isto é, violar os princípios constitucionais que são os instrumentos dos Direitos Humanos.

Na lição de Barroso (2001), o núcleo material elementar do princípio da dignidade humana “é composto do mínimo existencial, que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade”.

Dentre as limitações tributárias impostas pela Constituição Federal, existem os Princípios Tributários que funcionam como instrumento de proteção ao cidadão. No que se refere a esses princípios, e de acordo com a natureza desta pesquisa, pode-se destacar o Princípio do Não Confisco.

Em relação ao Princípio do Não Confisco, Amaro (2009) ensina que a transferência da riqueza do contribuinte para o Estado é legítima e não confiscatória até determinado ponto. Ao ultrapassar esse limite, o Estado passa a anular a riqueza privada, contrariando, assim, o Princípio do Não Confisco.

Ainda de acordo com Amaro (2009), não se trata de um preceito matemático, contudo é um critério informador da atividade do legislador e do Judiciário, no sentido de que, tendo

em vista o caso concreto, possa ser verificado se determinado tributo invade ou não o território do confisco.

Portanto, pode-se compreender que a ação estatal de arrecadação tributária não pode representar a anulação da riqueza privada do cidadão, pois assim seria verificada a natureza confiscatória da tributação, algo rechaçado pelo poder constituinte.

Ávila (2008), por seu turno, reforça que o Princípio do Não Confisco é uma restrição estatal com a finalidade de não permitir que a instituição de tributos não possa ir tão longe a ponto de aniquilar os direitos de liberdade.

Para Torres (1999), os tributos não podem atingir a esfera mínima de existência dos indivíduos, dando origem às imunidades implícitas ou explícitas, uma vez que eles não podem ser taxados se sequer possuem condições de pagar o tributo sem que lhes reste recursos para sua subsistência.

Cobrar tributos de quem não tem condições de suportar esse ônus representaria a negação ao mínimo existencial por parte da Administração Pública. Torres (1999), nesse sentido, exalta que, sem o mínimo necessário à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.

### 3 - METODOLOGIA

Neste capítulo, será apresentada a metodologia empregada para solucionar o problema apresentado no início deste trabalho. Portanto, tem por objetivo demonstrar os passos utilizados para a formulação e desenvolvimento do estudo em questão e, ainda, prover aos leitores embasamento para o entendimento e compreensão da presente pesquisa.

Segundo Silva (2001, p. 20), “pesquisa é um conjunto de ações, propostas para encontrar a solução para um problema, que têm por base procedimentos racionais e sistemáticos”.

Em termos de aplicabilidade, as estratégias de pesquisa podem ser denominadas de qualitativa, quantitativa e qualitativa-quantitativa.

O presente estudo é classificado como qualitativo, tendo em vista que procurou analisar se a concessão de isenção de IPTU representa perda de arrecadação ou, em respeito ao mínimo existencial, significa melhor eficiência financeira e social do ente público na arrecadação desse imposto em atraso.

Em relação aos objetivos da pesquisa, pode ser exploratória, descritiva ou explicativa. Para Gil (2002), pesquisa exploratória tem como objetivo principal desenvolver, esclarecer e modificar conceitos e ideias, tendo em vista a formulação de problemas mais precisos ou hipóteses pesquisáveis para estudos posteriores.

Quanto ao objetivo principal deste estudo, que consiste em analisar se a concessão de isenção de IPTU representa necessariamente perda de arrecadação ou, em respeito ao mínimo existencial, poderá significar melhor eficiência financeira e social do ente público na arrecadação desse imposto predial, a presente pesquisa também é classificada como pesquisa exploratória.

A pesquisa científica, segundo Minayo (1993, p.23), é considerada como “atividade básica das ciências na sua indagação e descoberta da realidade. É uma atitude e uma prática teórica de constante busca, que define um processo intrinsecamente inacabado e permanente”.

Gil (2002) afirma que a pesquisa pode ser classificada entre bibliográfica, experimental, documental, histórica, levantamento, estudo de caso, *ex-post-facto*, pesquisa-ação e observação não participante.

No presente trabalho, os procedimentos técnicos utilizados foram as pesquisas bibliográfica, documental e pesquisa de campo.

Para Lakatos e Marconi (2001, p. 183), a pesquisa bibliográfica “[...] abrange toda a bibliografia já tornada pública em relação ao tema estudado, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias, teses, materiais cartográficos, etc.

O presente estudo expressou caráter bibliográfico, considerando a pesquisa em sites da internet e a livros de leitura corrente e de referência localizados em bibliotecas. Por ter trabalhado com os dados financeiros dos municípios fluminenses, constantes no FINBRA, e a análise de seus códigos tributários, o estudo externou, ainda, natureza documental.

E ainda, quanto à pesquisa de campo, Fonseca (2002) afirma que essa pesquisa caracteriza-se pelas investigações em que, além da pesquisa bibliográfica e/ou documental, realiza-se coleta de dados junto a pessoas, com o recurso de diferentes tipos de pesquisa (pesquisa *ex-post-facto*, pesquisa-ação, pesquisa participante, etc.).

Após a análise que apontou que 23 prefeituras não concedem isenção de IPTU, os autores compareceram ao Fórum de Rio Claro, por ser próximo da UFRRJ, e acompanharam, após autorização, Oficial de Justiça na cobrança de IPTU em atraso.

#### 4 - ANÁLISE DOS RESULTADOS

Esta seção analisa os resultados obtidos nas pesquisas realizadas no Código Tributário dos 92 municípios do Estado do Rio de Janeiro, verificando se possuem isenção do Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana, e ainda, realizando um levantamento das transferências Constitucionais para esses entes da federação, utilizando como base os dados extraídos das Finanças Brasil (FINBRA) e pesquisa de campo.

##### 4.1 Isenção do IPTU

Ao realizar o levantamento do Código Tributário de cada município fluminense, foram encontradas algumas dificuldades no sentido de localizar a legislação vigente sobre o tema em questão.

Das 92 cidades do Rio de Janeiro, 10 (Aperibé, Armação dos Búzios, Bom Jardim, Cambuci, Duas Barras, Rio das Flôres, São Fidélis, São Francisco de Itabapoana, Sumidouro e Varre-Sai) não disponibilizam de forma transparente o acesso à legislação

municipal de competência desses entes, conforme levantamento realizado pelos autores.

Considerando os 82 municípios nos quais foi possível verificar a existência de isenção ou não do IPTU, apenas 23 não preveem nenhum tipo de isenção em seu CTM. Portanto, dos 82 municípios, 28% das prefeituras fluminenses não concedem qualquer tipo de isenção fiscal para seus municípios.

Pode-se destacar aqueles que não concedem isenção; Areal, Campos dos Goytacazes, Cantagalo, Carmo, Cordeiro, Italva, Itaocara, Macuco, Magé, Maricá, Mendes, Miguel Pereira, Natividade, Paracambi, Paraíba do Sul, Pinheiral, Porciúncula, Porto Real, Rio Claro, Santo Antônio de Pádua, São José de Ubá, São Sebastião do Alto e Teresópolis.

Em 59 municípios pesquisados, conforme CTM de cada um, foi possível verificar a existência de isenção pelos seguintes motivos:

- **Renda:** O órgão municipal concede isenção ao contribuinte do IPTU, aqueles cuja renda mensal for igual ou inferior a um, dois ou três salários mínimos.

- Um salário mínimo: Angra dos Reis, Carapebus, Piraí e Santa Maria Madalena;

- Dois salários mínimos: Conceição de Macabu, Guapimirim e São Pedro da Aldeia;

- Três salários mínimos: Angra dos Reis (50% de desconto) e Quissamã.

- **Idade:** Os aposentados ou pensionistas, maiores de 60 anos, que possuem renda mensal menor que um, dois ou três salários mínimos:

- Sem definição de renda: Casimiro de Abreu, Engenheiro Paulo de Frontin, Resende, Rio das Ostras e Volta Redonda;

- Um salário mínimo: Nova Friburgo, Quatis e Tanguá;

- Dois salários mínimos: Araruama, Arraial do Cabo, Belford Roxo, Cabo Frio, Cachoeiras de Macacu, Comendador Levy Gasparian, Duque de Caxias, Guapimirim, Iguaba Grande, Itaboraí, Laje do Muriaé, Mangaratiba, Mesquita, Nilópolis, Nova

Iguaçu, Paraty, Paty do Alferes, Petrópolis, Rio Bonito, Seropédica, Silva Jardim e Vassouras;

- Três salários mínimos: Barra Mansa, Itaguaí, Japeri, Niterói, Rio de Janeiro, São Gonçalo, São João de Meriti e Saquarema.

**Portadores do vírus da AIDS ou doença mental (Saúde):** Engenheiro Paulo de Frontin, Macaé, Niterói, Nova Friburgo, Resende (50% de desconto), Rio de Janeiro, São João da Barra, Saquarema e Trajano de Moraes.

**Área Construída:** O titular do domínio útil ou possuidor, com área construída, no máximo 80 M (Nova Friburgo), 70 M (Barra do Piraí, Barra Mansa, Macaé, Miracema, Quatis, São José do Vale do Rio Preto, Sapucaia, Trajano de Moraes e Três Rios), 60 M (Itaperuna, São João da Barra, Saquarema e Valença), 50 M (Bom Jesus do Itabapoana), 40 M (Cardoso Moreira) e 30 M (Itatiaia e Queimados).

#### 4.2 Receita Tributária x Receita de Transferências

A transferência tributária é a divisão dos tributos arrecadados pela União aos demais entes da federação, que são os estados, Distrito Federal e municípios, conforme já abordado no referencial teórico. Já a receita tributária é a arrecadação própria dos sujeitos passivos supracitados.

A presente análise busca verificar as transferências correntes dos municípios fluminenses em relação à receita tributária auferida por estes no ano de 2016. Foram obtidos os dados de oitenta e nove cidades, conforme levantamento realizado na Secretaria de Finanças (FINBRA).

Tabela 2 - Municípios com indicativo de maior/menor dependência da transferência constitucional.

<b>Receitas / Município</b>	<b>Sao José de Ubá</b>	<b>Laje do Muriaé</b>	<b>São Fidélis</b>
Tributárias	404.189,35	450.588,41	1.493.815,52
Transferências Correntes	34.510.428,49	33.717.808,97	79.624.553,84
<b>Relação</b>	<b>1,17%</b>	<b>1,34%</b>	<b>1,88%</b>

Fonte: Elaborada pelos autores, conforme levantamento realizado no FINBRA.

Observa-se que, dos oitenta e nove municípios analisados, três municípios da Tabela 02 são os que possuem um indicativo de maior dependência da transferência constitucional.

Entretanto, outros municípios são mais eficientes sobre suas receitas próprias, conseguindo, assim, uma boa arrecadação dos tributos de sua competência.

Tabela 3 - Cidades com indicativo de maior/menor dependência da transferência constitucional.

<b>Receitas / Município</b>	<b>Niterói</b>	<b>Macaé</b>	<b>Rio de Janeiro</b>
Tributárias	755.989.304,97	770.732.245,58	9.922.153.337,96
Transferências Correntes	1.011.552.196,15	1.020.756.932,82	7.823.605.643,65
<b>Relação</b>	<b>74,74%</b>	<b>75,51%</b>	<b>126,82%</b>

Fonte: Elaborado pelos autores, conforme levantamento realizado no FINBRA.

Apenas a cidade do Rio de Janeiro, dentre todos os municípios fluminenses, arrecada mais do que recebe de Transferência Tributária Constitucional. Dessa maneira, percebe-se que, nos municípios do Rio de Janeiro, com única exceção de sua capital, a maior parte dos recursos que compõem suas Receitas Correntes tem origem na União e no estado. Vale realçar que são recursos que pertencem a esses entes municipais, mas que têm origem em outros entes políticos.

### 4.3 Pesquisa de Campo

Em pesquisa de campo realizada no Município de Rio Claro, que não concede isenção de IPTU, os autores compareceram ao Fórum daquele município e, após autorização do Oficial de Justiça, acompanharam esse profissional em diligências de cobrança de IPTU em atraso. Entre algumas diligências, vale destacar a referente ao cumprimento do mandado judicial de penhora referente ao processo nº 0001323-69.2015.8.19.0047, em decorrência de débitos de IPTU dos anos de 2011, 2012 e 2013, e inscritos em dívida ativa daquele município, no valor

de R\$ 984,35 (novecentos e oitenta e quatro reais e trinta e cinco centavos).

A escolha por Rio Claro ocorreu pelo fato de ser o município, dentre os que não concedem isenção, o mais próximo da UFRRJ, e, ainda, pelo motivo de um dos autores ocupar o cargo de Oficial de Justiça daquela Comarca.

Seguem fotos - apenas com o propósito de melhor visualizar a realidade de parcela significativa dos contribuintes deste país - de imóvel objeto de penhora judicial em decorrência de seu proprietário se encontrar inadimplente em relação à cobrança de IPTU, referente aos anos de 2011 a 2013, com dívida no valor de R\$984,35:

Fotos 01 e 02 – Imóvel objeto de Penhora por dívida de IPTU



Referente ao processo: 0001323-69.2015.8.19.0047

A pesquisa de campo se limitou a Rio Claro, uma vez que se pretendeu, tão somente, realçar o estado de calamidade financeira em que alguns cidadãos se encontram e, mesmo assim, são executados judicialmente para honrarem com o pagamento de IPTU.

Os autores entendem que não é difícil imaginar que, num país como o Brasil, inúmeras situações similares à visualizada

nas fotos, de extrema pobreza, ocorrem como no caso do processo anteriormente mencionado. Portanto, compreendem que não há necessidade de expor outros cenários como o aqui apresentado.

Cabe ainda destacar que o objetivo da presente pesquisa consiste em analisar se a concessão de isenção de IPTU representa necessariamente perda de arrecadação ou, em respeito ao mínimo existencial, poderá significar melhor eficiência financeira e social do ente público na arrecadação desse imposto. Sendo assim, não consiste em verificar se há contribuintes em extrema pobreza. O intuito da pesquisa foi de chamar a atenção do leitor.

Portanto, os autores, com a pesquisa de campo, não pretenderam comprovar a existência de pessoas em situações de extrema pobreza sendo cobradas por execução fiscal. O intuito foi realçar o descabimento que é cobrar tributos de quem não tem como pagar. Para evidenciar pobreza no Brasil, não há necessidade de pesquisa, basta apenas ter o mínimo de conhecimento sobre este país.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abordagem sobre se a concessão de isenção de IPTU representa necessariamente perda de arrecadação ou, em respeito ao mínimo existencial, poderá significar melhor eficiência financeira e social do ente público na arrecadação desse imposto predial, pode ser considerada como alcançada. Não obstante, algumas considerações serão apresentadas.

A presente pesquisa, quando procurou analisar quais municípios do Rio de Janeiro não concedem isenção de IPTU, identificou que 23 (vinte e três) prefeituras, dentre 82 (oitenta e duas) analisadas, não concedem esse benefício fiscal. Desse modo, a grande maioria, cerca de 72% dos municípios fluminenses disponibilizam Isenção Fiscal de IPTU.

Em relação àqueles que concedem esse benefício fiscal, os requisitos mais comumente adotados por esses entes públicos municipais para permitirem que seus contribuintes tenham direito à isenção do IPTU são Renda, Idade, Doença e Área Construída.

Dentre a Renda, a concessão desse benefício se estende para contribuintes com renda familiar mensal de um até três salários mínimos.

Quanto à Idade, alguns entes municipais concedem a isenção para aposentados ou pensionistas acima de 60 anos de vida. Entretanto, a maioria das prefeituras combina esse requisito com o fator Renda. Assim, Quatis, por exemplo, permite a isenção do IPTU em caso de o contribuinte ser aposentado ou pensionista, com mais de 60 anos, e possuir renda familiar mensal de um salário mínimo. Outros, no caso de renda de dois salários.

Quanto à área construída, o benefício fiscal é concedido quando o titular do domínio útil ou possuidor for o contribuinte de área construída que varia de 30 m<sup>2</sup> até 80 m<sup>2</sup>.

Em relação à possível dependência dos entes municipais quanto às transferências tributárias constitucionais, este estudo identificou que, no Rio de Janeiro, o único município que arrecada mais receitas tributárias do que recebe de transferências é a sua capital.

Quando se verificou o custo que a Administração Pública se sujeita para realizar a cobrança do IPTU em atraso, o presente trabalho recorreu ao estudo do IPEA, que identificou que um processo na Justiça Federal, referente à Execução Fiscal, pode ser expresso pelo valor de R\$ 4.368,00 (quatro mil, trezentos e sessenta e oito reais).

Portanto, é de bom alvitre que cada município, até mesmo recorrendo à metodologia utilizada pelo IPEA, realize estudos que possam mensurar o valor de cada processo em suas ações de execução fiscal. O valor apresentado pelo IPEA serve de parâmetro para que as prefeituras percebam que esses processos não são gratuitos; geram despesas!

O presente trabalho analisou a questão social no que se refere a não conceder isenção e cobrar IPTU daqueles que se encontram em condições em que o pagamento do tributo inviabilize suas vidas com dignidade. Evidenciou-se que em situações em que a cobrança de tributos passa a atingir a esfera mínima

de existência dos indivíduos, insistir nessa atividade representa uma ofensa à dignidade do contribuinte, como também ineficiência na gestão financeira do ente público, pois, inegavelmente, acaba por realizar dispêndio de recursos financeiros, materiais e humanos - conforme identificado no estudo do IPEA - na cobrança do IPTU, que não se materializará no recebimento do tributo devido.

Por fim, vale ressaltar que a presente pesquisa não teve por intenção esgotar o tema aqui estudado e sugere, ainda, a realização de novos estudos, especialmente no cômputo dos custos das cobranças de tributos em atraso por parte dos entes públicos. ❖

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquemático*. 8. ed. São Paulo: Método, 2014.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ANDRADE, Vivian Curvacho Faria. *O IPTU Progressivo como meio de efetivação da Função Social da Propriedade*. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2009/trabalhos\\_22009/VivianCurvachoFariadeAndrade.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/VivianCurvachoFariadeAndrade.pdf)> Acesso em 20/06/2019.

ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO. Luís Roberto. (2001), “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)” *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de atualização jurídica, v. 1, n. 6, setembro de 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

BORBA, Claudio. *Direito Tributário*. 13a ed., Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2003.

BORBA, Claudio. *Direito Tributário: Teoria e Questões*. 24. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 dez. 1988.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar 116 de 31 de Julho de 2003. Disponível em:<[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp116.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm)> Acesso em 17/06/2019.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar 157 de 29 de Dezembro de 2016. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp157.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp157.htm)> Acesso em 17/06/2019.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso De Direito Constitucional Tributário*. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CTN, Código Tributário Nacional – Lei 5.172/66. Brasília, 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm)> Acesso em 18/06/2019.

FABRETTI, Lúdio Camargo. *Código Tributário Nacional Comentado*. 8. Ed. São Paulo: Atlas,2009.

FONSECA, J. J. S. *Metodologia da pesquisa científica*. Fortaleza: UEC, 2002. Apostila

GIL, A. C. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

LOPES, Mauro Luís Rocha. *Direito Tributário Brasileiro*. 1. Ed. Niterói: Impetus,2009.

MALHOTRA, N. *Pesquisa de marketing*. 3.ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

MARCONI, Marina de Andrade e LAKATOS, Eva Maria. *Técnicas de pesquisa*. 4. ed., São Paulo: Atlas, 1999.

PÊGAS, Paulo Henrique. *Manual de Contabilidade Tributária*, 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

# As Subnotificações no Judiciário Carioca: Uma Pesquisa de Dados

**Taíssa Romeiro**

*Pesquisadora Mestre pela UNESA e Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Professora do Departamento de Fundamentos do CCJP da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UniRio.*

**RESUMO:** Este artigo tem como objeto verificar a evidência dos dados apresentados nas sete varas empresariais do TJ/RJ acerca do aumento de recuperações e falências. A pesquisa teve como marco inicial o dia 20 de março de 2020 e os oitenta e cinco dias que o sucederam. Procurou-se analisar os impactos que poderiam trazer dois pontos do PL1397/2020, aos credores e ao Judiciário, caso fosse aprovado: a suspensão dos prazos, legal e negocial, e a ampliação da competência na fase de negociação preventiva. Verificou-se que não houve um aumento do número dos processos pesquisados que justificasse a aprovação de um PL 1397/2020. Mas a pesquisa sinalizou a necessidade de medidas administrativas urgentes, a fim de dar prioridade ao processo de recuperação judicial e de se horizontalizar o instituto da mediação extrajudicial.

**PALAVRAS CHAVES:** Recuperação judicial e falência. Covid-19. Mediação extrajudicial.

**ABSTRACT:** This article aims to verify the evidence of the data presented in the seven corporate courts of the TJ / RJ, about the increase of recoveries and bankruptcies. The research had as its starting point the 20th of March 2020 and the eighty-five days that followed it. We sought to analyze the impacts that could bring two points of PL1397/ 2020, to creditors and the judiciary, if

approved: the suspension of deadlines, legal and negotiation, and the expansion of competence in the preventive negotiation phase. It was found that there was no increase in the number of researched processes that would justify the approval of a PL 1397/2020. But the survey signaled the need for urgent administrative measures in order to give priority to the judicial reorganization process and to horizontalize the institute of extrajudicial mediation.

**KEYWORDS:** Judicial recovery and bankruptcy. Covid-19. Extrajudicial mediation.

Desde o dia 20 de março, data início da pandemia, em decorrência da Covid-19, na maioria dos estados da federação, os brasileiros se depararam com subnotificações no setor da saúde, não apenas em relação ao número efetivo de contaminados e mortes advindas do novo vírus. Durante esse período, o Ministério da Saúde<sup>1 2</sup> apresentava uma estatística negativa no ranking mundial, sem levar em conta a nossa dimensão territorial, sem considerar que depois da Covid-19 as causas de óbitos passaram a ser única e exclusivamente a doença e sem considerar o número de testes feitos diante do número de óbitos (DE OLIVEIRA, T. M., & ARAÚJO, A. C. O, 2020). A falta de uma plataforma de dados que pudesse ser fiscalizada acarretava uma série de consequências sem precedentes na atividade econômica no país, na gestão e no endividamento dos estados e municípios<sup>3</sup>, e, principalmente, na atuação do Poder Judiciário.

A grande discussão que sempre foi objeto de questionamento era exatamente as consequências do fechamento<sup>4</sup> ou quando a economia retornaria. Nesse interregno período, o Judiciário foi

---

1 Segundo dados internacionais previstos no Boletim Epidemiológico COE Covid-19: "até 20 de abril de 2020, foram confirmados 2.423.470 casos de COVID-19, com 166.041 óbitos. Os Estados Unidos da América são o país com maior número de casos (764.265)". Disponível em: <https://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/April/21/BE13---Boletim-do-COE.pdf>. Acesso em 25 de abr. de 2020.

2 Segundo dados nacionais previstos no Boletim Epidemiológico COE Covid-19: "...O Brasil é o 11º em número de casos confirmados e o 11º em número de óbitos." Disponível em: <https://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/April/21/BE13---Boletim-do-COE.pdf>. Acesso em 25 de abr. de 2020.

3 Por força da cautelar concedida no dia 24/03/2020 pelo Ministro Marco Aurélio em sede de ADI 6341 do Distrito Federal que alegava a inconstitucionalidade de dispositivos da MP 926/2020 e se pautou na competência concorrente prevista na Constituição da República Federativa do Brasil, o que foi confirmado por maioria pelo Plenário do STF no dia 15/04/2020.

4 Decreto Municipal nº 47282 e Decreto nº 47375.

muito provocado por meio de Ações Civis Públicas<sup>5</sup>, pois diante da presença de dados confiáveis, as políticas de gestão são questionadas. Diante da subnotificação dos dados, a grande dúvida é: a curva está caindo efetivamente ou não? Informações baseadas em dados advindos de uma série de instituições com dados científicos<sup>6</sup> fizeram com que o juiz da 7ª Vara de Fazenda Pública entendesse que os dados apresentados pelos estados não eram suficientes nem seguros para garantir a abertura gradativa do comércio por meio de decreto.

Mas tal decisão foi suspensa pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por entender tratar-se de mérito administrativo não controlado pelo Poder Judiciário<sup>7</sup> e, no dia 15/06/2020, foi autorizada na cidade do Rio de Janeiro a abertura oficial e gradativa da atividade econômica. Empresas fechadas desde o início da pandemia, que não se encontravam na lista das atividades essenciais, foram afetadas diretamente com a suspensão de seu funcionamento por 85 (oitenta e cinco) dias.

Durante todos esses oitenta e cinco dias, foram anunciados<sup>8</sup> o fechamento e o encerramento de diversas atividades, diante da falta de caixa para suportar por tanto tempo os reflexos da pandemia. Diariamente surgia uma notícia nova nos noticiários com gigantes pedindo a recuperação judicial, como a Hertz<sup>9</sup> e a Latam<sup>10</sup> no Tribunal Nova-iorquino. Se a crise era sem precedentes

5 Processo nº 0117233-15.2020.8.19.

6 Segundo o juiz da 7ª Vara de Fazenda Pública, sua decisão em 08/06/2020 se embasou em estudos científicos recentes que indicavam a necessidade de adoção de medidas de isolamento social no Rio de Janeiro, a saber, Ofício nº 392/2020/PRESIDÊNCIA/FIOCRUZ, de 06 de maio de 2020, Ofício nº 23079.0513/20 GR, de 08 de maio de 2020, encaminhado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Recomendação nº 036, de 11 de maio de 2020, do Conselho Nacional de Saúde (CNS), Ofício 171/REITORIA/2020, de 22 de maio de 2020, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), e Ofício nº 455/2020/PRESIDÊNCIA/FIOCRUZ, de 28 de maio de 2020.

7 O objetivo da pesquisadora não é entrar no mérito das decisões que possuem visões e interpretações diferentes acerca do controle do ato administrativo, até porque não é o objeto da pesquisa, mas estão inseridas em um contexto histórico, dentro dos primeiros meses de pandemia no Estado do Rio de Janeiro e demonstra o quanto as políticas de gestão foram questionadas, inclusive por instituições como a Defensoria Pública e o Ministério Público.

8 Segundo já demonstrava o IBGE, referindo-se em sua pesquisa sobre o Impacto da Covid-19 nas Empresas. Disponível em: [https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com\\_mediaibge/arquivos/548281f191c80ecbbb69846b0d745eb5.pdf](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/548281f191c80ecbbb69846b0d745eb5.pdf). Acesso em 16/07/2020.

9 Segundo já informava o Valor Econômico que “a Hertz entra com pedido de recuperação judicial nos EUA”. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/05/23/hertz-entra-com-pedido-de-recuperao-judicial-nos-eua.ghtml>. Acesso em: 23 de mai. de 2020.

10 Segundo noticiado pelo Portal G1 que “Latam pede recuperação judicial nos Estados Unidos” Dis-

ou com, como o Ministro Paulo Moura Ribeiro<sup>11</sup> já se pronunciava: “- não há dúvida de que é grave”!

A pandemia desafiava verificar a evidência dos dados apresentados no Tribunal Fluminense. Desde que se iniciou a crise, relatou-se que o número de recuperações judiciais já seria expressivo<sup>12</sup>, ou seja, em dois meses de crise, já haveria uma realidade da crise se apresentando nos Tribunais, o que necessitaria de mecanismos e soluções urgentes para conter essa judicialização, que tenderia a ser muito pior, conforme já era sinalizado em artigos<sup>13</sup>, no Conselho Nacional de Justiça<sup>14</sup> e no Congresso Nacional,<sup>15</sup> o que acarretou a recomendação 63/2020 do CNJ<sup>16</sup> e o PL 1397/2020.<sup>17</sup>

Em recente publicação, a Serasa Experian<sup>18</sup> informou que o número de recuperações judiciais desde o início da pandemia seria de 160 pedidos de recuperação judicial em todo o país<sup>19</sup>.

ponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/05/26/latam-pede-recuperacao-judicial-nos-estados-unidos.ghtml>. Acesso em 26 de mai. de 2020.

11 Como salientou o Ministro Moura Ribeiro na Live do IBDE: O judiciário, o capitalismo humanista e o princípio da fraternidade em tempos de pandemia. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=NCXNpBclcEE>. Acessado em 14 de mai. de 2020.

12 Segundo divulgado pelo Serasa Experian, que havia indicadores econômicos que demonstravam um aumento relevante. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/conteudos/indicadores-economicos/>. Acesso em 05 de jun. de 2020.

13 Conforme artigo dos juízes Antônio Evangelista Netto e Daniel Carnio intitulado: A necessária e urgente proteção da atividade econômica contra a pandemia do covid-19, publicado no JusNavegandi. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/82388/a-necessaria-e-urgente-protacao-da-atividade-economica-contra-a-pandemia-do-covid-19>. Acesso em 01 de jun. de 2020.

14 Recomendação do CNJ prepara Justiça para recuperações judiciais e falências pós-pandemia. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/normas-do-cnj-preparam-justica-para-recuperacoes-judiciais-e-falencias-pos-pandemia/> Acesso: 20 de jul. 2020.

15 O Projeto de Lei 1397/2020 de autoria do Deputado Hugo Leal foi idealizado para conter a crise e pensar em medidas que pudessem conter um cenário que se apresentava decorrente de um pretenso número de ações de recuperações judiciais e falências, que poderiam vir a sobrecarregar o Judiciário. O PL não foi aprovado na Câmara dos Deputados, mas foi de grande importância para se amadurecer e discutir ideias em projetos com o PL 6229/2005, na Câmara e o PL 4458/2020, no Senado, que foram transformados na Lei 14112/2020, que alterou a Lei 11.101/2005.

16 Conselho Nacional de Justiça – CNJ, Recomendação 63. Recomenda aos Juízos com competência para o julgamento de ações de recuperação empresarial e falência a adoção de medidas para a mitigação do impacto decorrente das medidas de combate à contaminação pelo novo coronavírus causador da Covid-19.

17 O PL 1397/2020. Institui medidas de caráter emergencial destinadas a prevenir a crise econômico-financeira de agentes econômicos; e altera, em caráter transitório, o regime jurídico da recuperação judicial, da recuperação extrajudicial e da falência.

18 *Ibidem*

19 Segundo publicação no Valor Econômico de Talita Moreira, os pedidos de recuperação judicial dispararam em maio e pode haver quebradeira recorde. Disponível em <https://valorinveste.globo.com/mercados/renda-variavel/empresas/noticia/2020/06/05/pedidos-de-recuperacao-judicial-disparam-em-maio-e-pode-haver-quebradeira-recorde.ghtml>.

Entretanto, a pesquisadora, ao visualizar esses números de recuperações judiciais, resolveu analisar se haveria um problema de subnotificação<sup>20</sup> no próprio Judiciário.

Entre os profissionais da área jurídica, é comum o compartilhamento de informações acerca das recuperações judiciais, pois sempre que existe uma distribuição no país, em regra, os advogados dos diferentes estados compartilham as informações em grupos de WhatsApp ou publicações jurídicas eletrônicas, ainda mais em tempo de pandemia.

Diante da impossibilidade de analisar os dados de todos os Tribunais do país, a pesquisa se ateve à Comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e buscou analisar o número de processos distribuídos dentro do marco temporal do início da pandemia, dia 20 de março, até o retorno das atividades econômicas, dia 15 de junho, com o objetivo de descobrir se o PL 1397/2020, transitório à época, impactaria positiva ou negativamente no Judiciário carioca. Para isso, foram destacados dois pontos importantes que estavam sendo discutidos no PL 1397/2020: a suspensão dos prazos, legal e comercial, e a ampliação da competência na fase de negociação preventiva.

Este artigo foi produzido com o intuito de saber se os dados apresentados eram sólidos, baseados em notificação correta, ou se os dados apresentados advinham de informações fluidas. Há que se atentar para dois conceitos de Bauman (2001), de sólido e líquido, e analisar se o Judiciário sofreu durante esse período de subnotificação em tempo de pandemia e se o direito que se pretendia produzir, a partir dos dados apresentados, geraria um direito sólido com políticas de gestão concretas. O direito sólido produzido a partir dos dados seria aquele baseado em pesquisa e autoevidências (HUNT, 2009), enquanto que o direito líquido seriam os dados que se tornariam fluidos, porque as fontes não seriam seguras e só gerariam incertezas e instabilidade.

---

20 O termo subnotificação é utilizado de forma a mostrar que dados apresentados sem autoevidência acarretam opções por políticas de gestão e legal e aprovações de medidas sugeridas por dados e previsões equivocadas.

Daí este artigo se dividiria em três partes: a primeira, em que se colhe informações dos cartórios das 7 (sete) varas empresariais; a segunda, em que se pesquisa cada um desses processos de recuperação judicial, extrajudicial e falência no sistema do Tribunal, com a autorização dos juízes das sete varas<sup>21</sup>; e, a terceira, quando se analisam os dados apresentados pela página do Tribunal, a que os advogados possuem acesso, a fim de verificar a efetividade das informações apresentadas e se o Judiciário padecia de alguma subnotificação, a fim de interferir, inclusive de auxiliar em medidas futuras nas políticas do Tribunal, bem como do próprio Conselho Nacional de Justiça.

Para se verificar os dados, estes foram escolhidos para investigação em um Tribunal bastante expressivo na região Sudeste, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, não só pela relevância, mas pela quantidade de ações distribuídas, a fim de saber ao certo quantas recuperações judiciais, extrajudiciais e falências foram propostas do dia 20/03/2020 ao dia 10/06/2020. O que se buscava saber é se os dados colhidos na pesquisa corroboravam com os percentuais apresentados por agências de fomento como a Serasa Experian<sup>22</sup> e a Boa Vista<sup>23</sup>, além de entender os dados apresentados.

Na análise dos dados, foram buscados os números de processos distribuídos do período de 20/03/2020 a 10/06/2020<sup>24</sup> e houve necessidade de compará-los com o mesmo período de 2019, para saber se teria ocorrido um aumento de demanda, conforme sinalizam as agências de fomento. Esses dados foram colhidos eletronicamente pelo sistema dos cartórios de cada uma das 7 (sete) varas empresariais da capital, conforme os números apresentados abaixo:

---

21 Neste ponto a autora agradece a autorização dada pelos sete juízes das Varas empresariais: Dr. Alexandre Mesquita, Dra. Maria Christina Rucker, Dr. Luiz Alberto Alves, Dr. Paulo Estefan, Dra. Maria da Penha Nobre, Dra. Maria Christina de Britto Lima, Dr. Fernando Vianna, que permitiram o acesso através do Dr. Alexandre de Carvalho Mesquita, a quem a autora presta seus agradecimentos especiais, pois foi quem a ajudou acessar o sistema, entender as subdivisões das pastas, para ver o que acontecia com os processos do ponto de vista dos juízes.

22 *Ibidem*

23 Segundo ressaltou Thaís Barcellos no Estadão. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2020/07/08/pedidos-de-recuperacao-judicial-sobem-822-em-junho-ante-maio-diz-boa-vista.htm>

24 No Judiciário carioca, houve recesso do dia 12 até o dia 15/03 em virtude do feriado de Corpus Christi.

	2019			2020		
	Recuperação	Falência	Recuperação extrajudicial	Recuperação	Falência	Recuperação extrajudicial
1ª Vara Dr. Alexandre Mesquita	72	10	1	46	3	-
2ª Vara Dra. Maria Christina Rucker	15	10	-	9	1	1
3ª Vara Dr. Luiz Alberto	18	5	1	10	3	-
4ª Vara Dr. Paulo Estefan	10	9	-	13	4	-
5ª Vara Dra. Maria da Penha	33	14	1	32	7	1
6ª Vara Dra. Maria Christina de Brito	6	6	-	9	6	-
7ª Vara Dr. Fernando Viana	1697	6	35	1117	4	29

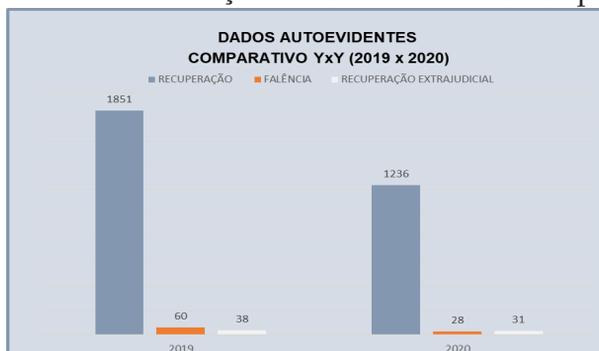
PERÍODO DE 2019 COMPREENDEU O PERÍODO DE 20/03/2019 - 10/06/2019 PERÍODO DE 2020 COMPREENDEU O PERÍODO DE 20/03/2020 - 10/06/2020

Conforme gráfico acima, o que se verificou foram processos distribuídos por competência e assunto fornecido pelo próprio Tribunal. Considerando a estatística de cada cartório, os dados colhidos nas sete varas demonstraram que o número de distribuição de processos de recuperação judicial apresentados no sistema seria bastante expressivo, totalizando no ano de 2019 o número de 1851 e no ano de 2020, o valor total de recuperações

judiciais para o mesmo período chegaria a 1236. Na comparação entre ambos, ano sobre ano, o que se verificou foi uma retração no número de pedidos de recuperação judicial durante o *lock-down*<sup>25</sup> parcial, quando a cidade do Rio de Janeiro interrompeu as atividades não essenciais, a fim de diminuir a curva de contágio da Covid-19. Porém, se a análise passasse a ser pontual em relação aos números de processos distribuídos por Vara, percebia-se que havia um aumento de três processos nas 4<sup>a</sup> e 6<sup>a</sup> Varas Empresariais em relação ao ano de 2019.

Já em relação ao número de falências, ao se analisar o número de demandas distribuídas nas sete varas empresariais do TJRJ, verificou-se que, em 2019, totalizavam 60 processos distribuídos e, em 2020, totalizavam o número de 28, o que mostrou uma retração em números totais e na análise de cada uma das sete varas.

O número de recuperações extrajudiciais também não aumentou, pois, das 38 apresentadas em 2019, houve 31 em 2020, se considerarmos os dados brutos apresentados. Logo, o gráfico abaixo mostrou uma diminuição e não um aumento dos processos:



Em relação ao número de recuperações extrajudiciais, porém, é importante sinalizar que existe um dado em relação aos números apresentados que chamou muito a atenção. Se fosse considerada somente essa primeira etapa da pesquisa, poderia haver sinalização da recepção do instituto da recuperação judi-

<sup>25</sup> Esse termo passou a ser utilizado pelas autoridades públicas que significa em uma tradução livre confinamento, fechamento. Durante esse período, foram editados vários decretos municipais (47246/2020; 47247/2020 e 47263/2020) e decretos estaduais (46966/2020; 46969/2020; 46970/2020 e 46973/2020), para conter a crise pandêmica ocasionada pela Covid-19 e evitar o colapso do sistema de saúde.

cial na Comarca da Capital, principalmente considerando os processos da 7ª Vara Empresarial.

A prática estaria a demonstrar que o instituto da recuperação extrajudicial é ainda muito pouco utilizado, tendo em vista o quórum de ingresso e de aprovação com credores pertencentes a uma mesma classe e pelo fato também de excluir os credores trabalhistas, por acidente do trabalho e fazendários do acordo extrajudicial que seria homologado pelo judiciário? Porém se fez necessário analisar os dados apresentados para responder tal premissa.

Nesse ponto, vale a pena ressaltar que tal medida no PL 1397/2020 avançou no sentido de tornar esse instituto da recuperação extrajudicial mais efetivo, o que, de certa forma, ajudaria a conter o impacto da crise da Covid-19. Mas esses números apresentados não retratavam uma realidade nas varas empresariais, e mesmo que retratassem, segundo dados comparativos da distribuição de 2019 e de 2020, não teria ocorrido um aumento, e sim, uma retração no número de processos.

O que se está a trabalhar dentro de um recorte de tempo são dados que constam no sistema e que podem sinalizar ações, medidas e políticas operacionais futuras diante de uma demanda tão abrupta na Comarca da Capital.

Mas, ao pesquisar mais a fundo os dados apresentados, verificou-se que as varas com maior número de distribuição de Recuperações Judiciais seriam a 1ª e a 7ª Vara, o que chamou a atenção na pesquisa, porque, se existe um sistema de rodízio na distribuição, o encaminhamento de todas as distribuições para essas duas varas seria temerário e feriria a livre distribuição e o princípio do juiz natural. E daí surgiu a dúvida: o princípio do juiz natural estaria sendo violado?

Porém, ao se entrar em cada um desses processos, verificou-se que todos eles são de subnotificação, pois se trataria, na verdade, de habilitações de crédito que foram indexadas incorretamente pelos advogados das partes. Mas o que fazia com que a 1ª e a 7ª varas recebessem o maior número de habilitações?

Eram exatamente as grandes recuperações judiciais e falências presentes nessas duas varas que movimentavam um grande número de ações de habilitação de crédito, pois, como se depreende, na 1ª Vara há a falência da Varig<sup>26</sup> e as recuperações judiciais dos estaleiros Eisa<sup>27</sup>, Mauá<sup>28</sup> e Enseada<sup>29</sup>; na 7ª Vara, encontra-se uma das maiores recuperações judiciais do país, a recuperação judicial da Oi<sup>30</sup>, que movimenta um número extremamente expressivo de ações de habilitações de crédito, que supera todas as demais varas.

É importante ressaltar que o sistema do Tribunal apresenta os dados segundo os cadastros que são preenchidos pelas partes. Muitas vezes, uma simples habilitação apresentada pelo credor é cadastrada por ele mesmo como recuperação judicial ou falência, o que aumenta de sobremaneira os dados que, por si só, não são autoevidentes. Com base nessas informações, o que se verificou foi a necessidade de analisar processo por processo para saber efetivamente o número de recuperações e falências apresentadas nesse período, a fim de que o Judiciário não padecesse da subnotificação que assolava o sistema público de saúde no caso da Covid-19 no mesmo interregno pesquisado.

Após pesquisa quantitativa de ano sobre ano, houve a necessidade de se deter minuciosamente sobre os processos das sete varas empresariais da Capital no ano de 2020 para se saber quantos processos efetivamente eram de recuperação judicial, extrajudicial e falência, incluindo nesse último tanto o requerimento de falência como a autofalência. Será que os dados apresentados pelos cartórios eram autoevidentes ou não? Até porque alguns pontos se destacavam, inclusive, com um número muito expressivo de recuperações judiciais e extrajudiciais.

A primeira pesquisa foi feita pelo sistema das sete varas; daí verificou-se que os números de recuperações judiciais e fa-

---

26 Falência nº 0260447-16.2010.8.19.0001.

27 Recuperação Judicial nº 0494824-53.2015.8.19.0001.

28 Recuperação Judicial nº 0012633-08.2018.8.19.0002.

29 Recuperação Judicial nº 0248791-47.2019.8.19.0001.

30 Recuperação Judicial nº 0203711-65.2016.8.19.0001.

lências eram inferiores diante do número informado pelas agências de fomento. Mas verificou-se que, ainda assim, o sistema apresentava erros, porque se o processo não estivesse na vara, ele não apareceria, como nos casos de remessa para o Ministério Público, Defensoria Pública, Central de Cálculos ou para o próprio Tribunal, o que impossibilitava obter um número preciso nos dois primeiros momentos.

Como se tratava de pesquisa de dados, podia acontecer de haver um erro pequeno nos dados apresentados, mas essa pesquisa queria mostrar como os dados eram apresentados para os diferentes agentes judiciais. No primeiro momento, o cartório, no segundo momento, o sistema interno do TJ, a que os juízes têm acesso e, no terceiro momento, a página de acesso do TJ para os advogados.

Logo, o quadro abaixo faz uma comparação dos dados estatísticos cartorários e do sistema interno das sete varas, sem conseguir identificar os processos que tiveram remessa para outras repartições judiciais, conforme assinalado.

	2019			2020		
	Recuperação	Falência	Recuperação extrajudicial	Recuperação	Falência	Recuperação extrajudicial
1ª Vara Dr. Alexandre Mesquita	46	3	-	5 Habilitações	1 Habilitação 1 Falência por credor trabalhista	-
2ª Vara Dra. Maria Christina Rucker	9	1	1	1 Habilitação (06/03 SINEMED)	1 Habilitação 1 Falência por credor trabalhista	-
3ª Vara Dr. Luiz Alberto	10	3	-	2 Habilitações (04/03 Leader Magazine)	1 Falência por credor trabalhista	-
4ª Vara Dr. Paulo Estefan	13	4	-	4 Habilitações 1 Impugnação (27/04 João Fortes)	1 Falência por credor trabalhista	-
5ª Vara Dra. Maria da Penha	32	7	1	1 Habilitação (Universidade de Cárclido Mendes)	-	-
6ª Vara Dra. Maria Christina de Erito	9	6	-	1 Habilitação	1 Falência por credor trabalhista	-
7ª Vara Dr. Fernando Viana	1117	4	29	112 Habilitações	1 Falência por credor trabalhista	-

PERÍODO DE 2019 COMPREENDEU O PERÍODO DE 20/03/2019 - 10/06/2019  
 PERÍODO DE 2020 COMPREENDEU O PERÍODO DE 20/03/2020 - 10/06/2020

Daí, nessa segunda análise, após pesquisar todos os processos em andamento em cada vara, que totalizariam inicialmente 1295 entre recuperações e falência, verificou-se, no período de 20/03/2020 a 10/06/2020, que, das 46 ações distribuídas de

recuperação judicial na 1ª Vara Empresarial, só havia 5 (cinco) processos cadastrados como recuperação judicial nesse período, mas que, ao olhar detidamente cada um desses processos, eram apenas processos de habilitação de crédito. Não havia nenhum processo de recuperação extrajudicial efetivamente e, dos 3 (três) processos cadastrados com o nome *iuris* de falência, na verdade, o que se tinha eram 2 (dois) processos, um processo de habilitação cadastrado errado e o outro era um de falência requerida por credor trabalhista.

Já na 2ª Vara Empresarial, dos nove, só havia um processo de recuperação judicial, mas que era habilitação; não havia nenhum processo de recuperação extrajudicial e existiam dois processos de falência, um processo era de habilitação e cadastrado errado e o outro era uma falência requerida por credor trabalhista.

Na 3ª Vara Empresarial, descobriu-se que havia entrado no mês de março, no dia 04/03/2020, antes do período de pesquisa, uma recuperação judicial, a da Leader Magazine<sup>31</sup>, mas que durante o período de suspensão das atividades em decorrência da pandemia, a princípio, não se encontrou nenhuma recuperação judicial cadastrada no sistema efetivamente. As duas que estavam cadastradas como recuperação judicial eram habilitações de crédito e havia uma falência cadastrada nesse período, advinda de execução frustrada de credor trabalhista. Não havia nenhuma recuperação extrajudicial.

Na 4ª Vara Empresarial, dos seis processos de recuperação judicial, 4 (quatro) eram habilitações e 1 (um) era uma impugnação, mas entrou efetivamente uma recuperação judicial da João Fortes Engenharia<sup>32</sup> no dia 27/04/2020, não havendo nenhuma falência e recuperação extrajudicial.

Na 5ª Vara Empresarial, teriam entrado duas recuperações judiciais, mas apenas uma era recuperação judicial, era a do Instituto Candido Mendes<sup>33</sup> e a outra era habilitação e não havia entrado nenhuma falência nem recuperação extrajudicial.

<sup>31</sup> Recuperação Judicial nº 0047010-37.2020.8.19.0001.

<sup>32</sup> Recuperação Judicial nº 0085645-87.2020.8.19.0001.

<sup>33</sup> Recuperação Judicial nº 0093754-90.2020.8.19.0001.

Na 6ª Vara Empresarial, não teria nenhuma recuperação judicial efetiva, pois a única que teria entrado era habilitação e havia uma falência trabalhista e nenhuma recuperação extrajudicial.

Já na 7ª Vara Empresarial, teriam entrado 112 recuperações judiciais, mas, na verdade, eram 112 habilitações, enquanto que apenas havia uma falência de credor trabalhista.

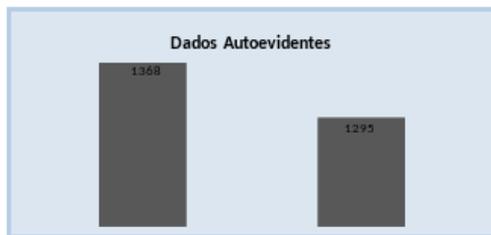
Diante desse quadro, verificou-se que os dados estatísticos do cartório para o mesmo período não se comunicavam com os dados do sistema interno, pois o número de recuperações judiciais era bem inferior ao apresentado no sistema. Nesse segundo momento, constatou-se que, dos 1236 processos de recuperação judicial apresentados, segundo a estatística cartorária, haviam sido distribuídas apenas 2 (duas) recuperações judiciais e 6 (seis) processos de falência, porém, de credor trabalhista.

Esses dados ainda geravam dúvidas em virtude da lacuna que havia no sistema, nos casos de remessa para outras repartições do Judiciário. Daí foi feita a terceira pesquisa no sistema, mas agora utilizando o sistema apresentado para os advogados na página do TJ/RJ, no mesmo período e verificando novamente processo a processo.

Na página do Tribunal, novamente foram analisados todos os processos de falência, recuperação judicial e extrajudicial da Comarca da Capital durante os 85 (oitenta e cinco dias) de Covid-19, período esse que o Estado do Rio de Janeiro impactou, com o fechamento das atividades não essenciais, limitação do transporte público e com a circulação de pessoas. Então, segundo os dados da página do TJ, teriam entrado 1368 processos de falência, incluindo autofalências, recuperação judicial e extrajudicial no período de 20/03/2020 a 10/06/2020.

No gráfico apresentado abaixo, depreende-se a diferença entre o sistema da página do TJ e a estatística cartorária, em que o primeiro apresenta um número superior de processos distribuídos.

## COMPARATIVO (PÁGINA DO TJ/RJ 2020 X DISTRIBUIÇÃO CARTORÁRIA 2020)



Diante de novos números, houve necessidade de se verificar novamente, processo a processo, para saber se algum processo que não estivesse no sistema cartorário teria deixado de ser contabilizado, porque o número da estatística cartorária era inferior, conforme se depreende do gráfico abaixo:

	Números Apurados (27)		
	Recuperação	Falência	Recuperação extrajudicial
1ª Vara Dr. Alexandre Mesquita	-	1 Falência por credor trabalhista	-
2ª Vara Dra. Maria Christina Rucker	-	1 Falência Honorários 1 Autofalência	-
3ª Vara Dr. Luiz Alberto	Expresso Pégaso 12/05	1 Falência por credor trabalhista	-
4ª Vara Dr. Paulo Estefan	João Fortes 27/04	1 Falência por credor trabalhista	-
5ª Vara Dra. Maria da Penha	Instituto Candido Mendes 11/05	-	-
6ª Vara Dra. Maria Christina de Brito	-	2 Falências Honorários	-
7ª Vara Dr. Fernando Viana	-	1 Falência por credor trabalhista	-

Esses dados são o comparativo entre os dados cartorários e os dados do sistema das 7 varas empresariais da Capital.

Após essa análise, foi apurado detidamente o número de processos distribuídos para cada uma das sete varas.

Segundo os dados abaixo, na verdade, entraram 3 (três) recuperações judiciais efetivamente. Além da João Fortes Engenharia e do Instituto Candido do Mendes, ainda teve a Recuperação Judicial da Expresso Pégaso<sup>34</sup>, na 3ª Vara Empresarial.

Também houve mais um requerimento de falência de outro credor empresário, na 6ª Vara Empresarial, em face do Grupo Assim Saúde<sup>35</sup>. A distribuição do pedido foi em 27/04/2020, porém o credor empresário desistiu do prosseguimento do processo e não foi computado esse dado na segunda fase da pesquisa.

Também nessa terceira apuração de dados, verificou-se uma autofalência de sociedade empresária, que foi distribuída à 2ª Vara Empresarial, Contal Comércio de Produtos Descartáveis Ltda- ME<sup>36</sup>.

No que tange aos demais requerimentos de falência que estavam inicialmente classificados como crédito trabalhista, é importante separá-los neste momento. O crédito do advogado na segunda etapa da pesquisa foi equiparado a crédito alimentar, segundo a classificação prevista no art. 83, inc. I, da Lei 11.101/2005, como é classificado no concurso de credores.

Porém, como ele não é proveniente de uma reclamação trabalhista frustrada, proposta na Justiça do Trabalho, mas sim de uma demanda que advém do inadimplemento de um contrato de prestação de serviços de honorários advocatícios, optou-se por identificar o crédito advindo de credor trabalhista, separado do crédito proveniente de honorários advocatícios.

Dessa forma, houve uma entrada de 4 (quatro) requerimentos de falência em face das empresas: Air medic<sup>37</sup>, Blocart<sup>38</sup>,

---

34 Recuperação Judicial nº 0094011-18.2020.8.19-0001

35 Falência nº 0085734-13.2020.8.19.0001.

36 Autofalência nº 0062529-52.2020.8.19.0001.

37 Falência nº 0086985-66.2020. 8.19.0001.

38 Falência nº 0076465-472020.8.19.0001.

GWT Construções<sup>39</sup> e Salão de Beleza Studio Bella Vitta<sup>40</sup>, com base em crédito trabalhista proveniente de execução frustrada de reclamação trabalhista e 3 (três) requerimentos de falência, provenientes de execução frustrada de honorários advocatícios em face das empresas: Brazilian Connection<sup>41</sup>, Locadora de Veículos Santa Cruz Ltda.<sup>42</sup> e NWC Imobiliária<sup>43</sup>.

Nesse sentido, após a análise dos três sistemas apresentados, considerando que, ainda assim, pode haver uma margem pequena de diferença, diante do fato de os dados apresentados não se comunicarem, pode-se concluir com a seguinte estatística:

**FALÊNCIAS:**

- Falências requeridas por Credores Trabalhistas:

4 (Air Medic, Bloc'Art, GWT Construções, Salão de Beleza Studio Bella Vitta)

- Falências requeridas por crédito de honorários advocatícios:

3 (Brazilian Connection, Locadora de Veículos Santa Cruz, NWC Imobiliária)

- Autofalência

1 (Contal Comércio de Produtos Descartáveis – Ltda-ME)

**RECUPERAÇÕES JUDICIAIS:**

João Fortes Engenharia  
Instituto Candido Mendes  
Expresso Pégaso

Da análise apresentada, constata-se que essas subnotificações no Judiciário geram a falsa impressão de que o número de proces-

<sup>39</sup> Falência nº 0076220-36.2020.8.19.0001.

<sup>40</sup> Falência nº 0104147-74.2020. 8.19.0001.

<sup>41</sup> Falência nº 0065193-56.2020. 8.19.0001.

<sup>42</sup> Falência nº 0068928-97.2020. 8.19.0001.

<sup>43</sup> Falência nº 0081601-25.2020. 8.19.0001.

sos aumentou e que os empresários já saíram na corrida ao auxílio do Judiciário, mas o que se verifica é um processo muito lento e incerto do que fazer diante da crise epidemiológica e econômica.

Verificou-se que, em todos os oitenta e cinco dias da pandemia, nenhum credor que distribuiu recuperação judicial teria uma natureza de microempresa ou empresa de pequeno porte. Verificou-se que o Instituto Candido do Mendes é uma associação que, a princípio, não teria direito à extensão do artigo 1º da Lei 11.101/2005, que permite o instituto da recuperação judicial para o empresário ou sociedade empresária, mas que a juíza da 5ª Vara Empresarial estendeu às associações o instituto da recuperação judicial, diante do fato de elas não estarem no rol de proibições previsto no artigo 2º da Lei 11.101/2005.

A João Fortes Engenharia, um verdadeiro gigante do setor, veio com todas as sociedades do grupo, buscando alcançar o benefício da recuperação judicial. Longe de uma realidade de pequeno empresário, inclusive na sua inicial informa que, nos anos de 2016, 2017 e 2018, tinha enfrentado sérias crises, inclusive, tendo cinco requerimentos de falências anteriores distribuídos por esses períodos.

Por fim, a sociedade Expresso Pégaso, que é uma sociedade gigante no ramo de transporte público e que também veio em consórcio. Outras empresas de ônibus já tinham entrado com a recuperação judicial anteriormente, pois todas padecem do mesmo problema há anos com o congelamento das tarifas de ônibus.

Portanto, a análise dos processos no período da pandemia demonstra ainda um momento sem maiores expressões no Judiciário carioca da crise da Covid-19, mas sinaliza que o sistema do TJ precisa ser aprimorado, a fim de salvaguardar as informações prestadas e os reflexos advindos de um processamento tumultuado para o próprio Judiciário.

O que há de real e não são hipóteses não respondidas é a possibilidade de renegociação com seus credores. Esse seria um caminho, sem sombra de dúvida. Mas a sensibilidade da situação e a transparência dos negócios têm que ser a plataforma dessas

negociações futuras, que atinge todos em cadeia, para o soerguimento da economia, principalmente em ambientes pré-processuais que diminuiriam de sobremaneira o custo das transações.

As varas empresariais na Capital do Rio de Janeiro padecem de um problema muito sério: primeiro os processos de recuperação judicial não ganham prioridade no sistema; e, segundo, que como possuem uma competência estendida<sup>44</sup> (não há varas especializadas), o que se verifica é que a distribuição se dá por processo e não por recuperação judicial, o que pode acarretar a falta de pulverização desses processos nas sete varas empresariais. Além disso, processos de empresas com um vulto muito grande de credores, como a Oi, dificultam ainda mais os dados e o acesso ao sistema.

Um dos grandes pontos que a pesquisa apresenta é que há um problema sério de processamento das recuperações e falências. Na Justiça de 1º grau da Capital, não existe uma prioridade dos processos de Recuperação Judicial como existe nos casos dos processos com tutela de urgência ou de idosos. O andamento processual célere ainda depende de os advogados irem até o juiz e informarem o número dos autos, a fim de que este, segundo sua conveniência e oportunidade, dê prioridade aos processos. Quando se fala em varas especializadas, o trâmite é diferente, mas a realidade é que, em todo o país, o número de varas especializadas é ínfimo<sup>45</sup>.

Há a necessidade de o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro efetivar a mediação na fase pré-processual para as empresas como um todo via Cejusc<sup>46</sup>, mas sem judicializar as medidas autocompositivas, que, uma vez judicializadas, gerariam a ineficácia do sistema.

<sup>44</sup> O artigo 50 da LODJ/RJ dispõe sobre a competência alargada das Varas Empresariais, que demonstram a falta de uma justiça de 1º grau especializada, como ocorre com as Varas de Falência e Recuperação Judicial do TJ/SP.

<sup>45</sup> Em São Paulo, no ano de 2005, houve a criação de duas varas especializadas em Falências e Recuperações Judiciais na Capital e de uma Câmara Reservada. Em 2011, houve a criação de mais duas varas especializadas, e em 2017, houve a expansão da especialização, com a instalação de duas Varas de Direito Empresarial e Conflitos de Arbitragem na Capital e da 3ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais, seguindo a Recomendação nº 56 do CNJ. No Rio de Janeiro, a competência das Varas Empresariais da Comarca da Capital é estendida e não há nenhuma Câmara reservada.

<sup>46</sup> Projeto que foi implantado pelo TJ/RJ, por meio do Ato Normativo 17/2020.

É importante que se horizontalize cada vez mais tais medidas, a fim de possibilitar estender políticas autocompositivas para as associações comerciais e de lojistas, federações de indústrias, universidades, escritórios modelos, seccionais da OAB e a todo lugar de acesso e orientação e, principalmente, no interior do Estado, como um mecanismo de mais fácil acesso, de conscientização e de satisfação à crise. Não há necessidade de judicializar para mediar. A mediação depende, antes de tudo, da vontade das partes e pode ser feita em qualquer plataforma extrajudicial. Verticalizar o instituto, temporariamente, por meio de lei, não iria torná-lo eficaz, como não tornou, porque o PL 1397/2020 não foi aprovado.

Por meio de medidas administrativas atuais como o Ce-jusc<sup>47</sup> Empresarial implantado pelo TJ/RJ, bem como com a proposta de cursos e interiorização do instituto, o Tribunal tende a dar maior visibilidade à mediação, pois há necessidade de se tornar a mediação acessível em todas as plataformas, afinal ela já tem previsão legal desde 2015 e não há qualquer empecilho para a sua aplicação. A mediação tem por objeto ser um meio autocompositivo de efetividade, e não de acesso à justiça. O que se deve comprovar antes de qualquer ajuizamento de uma demanda judicial é que se tentou negociar com os credores, pois essa fase prévia pode ser feita extrajudicialmente e fica muito fácil para as partes comprovarem por todos os meios eletrônicos disponíveis hoje no mercado. O Judiciário não deve ser a primeira medida adotada, e sim, a última, como já salientou o Ministro Marco Aurélio Buzzi em entrevista ao CNJ.<sup>48</sup>

O objetivo é salvaguardar efetivamente o interesse das empresas, e não apenas pensando nos meios autocompositivos como uma forma de conter a judicialização. Enquanto os meios autocompositivos não forem efetivamente implantados, anunciados, publicizados, ensinados e universalizados, eles nunca irão se horizontalizar para atender essas empresas. O conheci-

---

47 Centro Judiciário de Solução de Conflito e Cidadania.

48 Entrevista da série que comemora os cinco anos da Resolução CNJ nº 125, que instituiu a política judiciária nacional de solução de conflitos.

mento e a informação são os meios mais simples de se efetivar um instituto.

Há, sim, muito que caminhar e fazer, para que, através de dados confiáveis, o direito que será produzido seja real, porque será aplicado o procedimento de recuperação judicial, extrajudicial ou falência a uma atividade econômica.

Se, na reforma do Código de Processo Civil de 1994, a onda era de acesso (CAPPELLETTI, M; GARTH, B, 1988), na reforma do Código de Processo Civil de 2015 a onda foi de efetividade<sup>49</sup>, por isso que aqueles que procuram o Judiciário têm de receber uma demanda justa e célere. Não há no Rio de Janeiro nenhuma pesquisa acerca do tempo que se leva para aprovar uma recuperação judicial, considerando as assembleias e o processamento dos autos, mas a pesquisa em São Paulo apresentou um prazo para se aprovar o plano de 437 dias como média<sup>50</sup>.

Isso demonstra o quanto é nociva a demora do processamento, considerando que o sistema empresarial é semelhante ao de um ecossistema. O ecossistema tende a se equilibrar, mas quando ocorre o desequilíbrio de uma cadeia produtiva, todas as demais serão afetadas. O fato é que aqueles que possuem maior caixa para suportar as delongas do equacionamento para salvarguardar a empresa mãe sobrevivem, mas os demais, normalmente, aqueles que estão na base da cadeia, como microempresas e empresas de pequeno porte, sofrerão efeitos nefastos.

Há que se tentar equilibrar o sistema e não desequilibrá-lo. O fato é que o PL 1397/2020, apesar de não ter sido aprovado na Câmara dos Deputados, foi de grande importância para se amadurecerem as discussões no que tange ao impacto de dois pontos: a suspensão dos prazos, legal e negocial, e a ampliação da competência na fase de negociação preventiva, o que poderia levar para dentro do Judiciário um maior número de processos ou mesmo o aumento do processamento para os cartórios, estendendo a competência das Varas Empresarias da Justiça carioca que não são especializadas.

<sup>49</sup> Com a introdução da mediação e da arbitragem como jurisdição no CPC/2015.

<sup>50</sup> Chamada do 1º Observatório da Insolvência.

A pesquisa de dados procurou demonstrar que não houve um aumento do número de recuperações judiciais e falências nas varas empresariais nesse período que justificassem a aprovação de um Projeto de Lei. No artigo 3º do PL 1397/2020, havia a previsão de suspender todas as ações judiciais de natureza executiva que envolviam discussões ou obrigações vencidas a partir de 20 de março de 2020, o que geraria um desequilíbrio entre devedor e seus credores e acabaria por inviabilizar o acordo, podendo, inclusive, acarretar um problema inverso para os micro e pequenos empresários.

Se a suspensão advinda do PL 1397/2020 era vista por muitos como positiva, uma vez que a lei não foi aprovada até o retorno das atividades empresariais no dia 15/06/2020 na cidade do Rio de Janeiro, após 85 dias, ela geraria mais desequilíbrio no ecossistema empresarial caso fosse sancionada *a posteriori*. A riqueza do PL emergencial 1397/2020 não era a sua aplicação por uma questão de “tempo da pandemia”, mas sim usar a experiência e as discussões para aprimorar o PL definitivo nº 6229/2005 que tramitava na Câmara dos Deputados e visava a alterar a Lei 11.101/2005, à época, que depois, no Senado, passou a ser o PL nº 4458/2020 até ser transformado na Lei 14.112/2020<sup>51</sup>, que dispõe sobre alterações significativas na Lei 11.101/2005.

É importante salientar que, para se manter o equilíbrio do sistema, as partes devem manter suas condições originais. Quando o homem interfere momentaneamente na cadeia produtiva, ele pode afetar a resolução da crise e inviabilizar os acordos. O aumento de prazos e a suspensão de prazos extras, além dos prazos do *stay period*<sup>52</sup>, com medida emergencial, pode desequilibrar o pêndulo entre devedor e credor. Não se trata de salvaguardar o empresário, e sim a empresa, a atividade economicamente organizada. Essa fase deve ter a menor intervenção possível, pois a dilação de prazos deveria ficar condicionada a matéria de prova,

51 Esta lei alterou as Leis nºs 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária.

52 Prazo de suspensão das execuções concedido após o deferimento da recuperação judicial, previsto no artigo 6º, § 4º, da Lei 11.101/2005.

pois o objetivo do PL 1397/2020, não aprovado, seria salvaguardar as empresas em atividade, mas tenderia a impactar a base produtiva da cadeia, as microempresas e as pequenas empresas.

Com a presente pesquisa, mostrou-se que os dados produzidos devem ser autoevidentes e o papel do Judiciário é apresentar segurança jurídica em tempo de pandemia. Se o direito se deixar levar pelas notícias jornalísticas e dados provenientes de agências de fomento, baseados em origem de dados duvidosos, o futuro tenderá a ser cada vez mais instável, se instalará o pânico<sup>53</sup> e toda a corrida será por produzir um direito ilíquido e incerto para quem efetivamente necessita.

Esse problema de processamento não se apresenta apenas em números como a pesquisa ressaltou, pois a maior parte dos processos classificados como de recuperações judiciais, extrajudiciais e falências seriam de habilitação, mas também pelo fato de o sistema do Tribunal carioca não identificar de forma clara e transparente o real número desses processos, a fim de sugerir uma política administrativa eficaz e um andamento mais célere desses autos. ❖

## REFERÊNCIAS:

BARCELLOS, Thaís. Pedidos de recuperação judicial sobem 82,2% em junho ante maio, diz Boa Vista. **Estadão**. São Paulo 08 de junho de 2020. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2020/07/08/pedidos-de-recupera-cao-judicial-sobem-822-em-junho-ante-maio-diz-boa-vista.htm>. Acesso em 08 de jun. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 1397/2020. Institui medidas de caráter emergencial destinadas a prevenir a crise econômico-financeira de agentes econômicos; e altera, em caráter transitório, o regime jurídico da recuperação judicial, da recuperação extrajudicial e da falência. Diário do Senado Federal – DSF, nº 50, 28/05/2020.

---

<sup>53</sup> Esse termo *pânico* é usado por Bauman na carta 20, “A gripe suína e outras causas de pânico”, em que chama atenção para os dados manipulados e apresentados em tempos de tamanha incerteza e que tendem a atender interesses políticos e não necessariamente os interesses da sociedade.

BRASIL. Decreto Municipal nº 47282. Determina a adoção de medidas adicionais, pelo Município, para enfrentamento da pandemia do novo Coronavírus - COVID-19, e dá outras providências. DOM - Diário Oficial do Município. RJ. Rio de Janeiro, de 21 de mar. de 2020.

BRASIL. Decreto Municipal nº 47375. Determina a adoção de medidas adicionais, pelo Município, para enfrentamento da pandemia do novo Coronavírus - COVID-19, e dá outras providências. DOM - Diário Oficial do Município. RJ. Rio de Janeiro, 18 de abril de 2020.

BRASIL. Lei Ordinária Estadual nº 6956. Dispõe sobre a organização e divisão judiciárias do estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. DOE- Diário Oficial do Estado. RJ. Rio de Janeiro, 14 de jan. 2015.

BRASIL. Lei Ordinária Federal nº 14.112. Altera as Leis nºs 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União. DF. Brasília: 24 de dezembro de 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Boletim Epidemiológico COE COVID-19**, nº. 13. Brasília, 20 de abril de 2020. Disponível em <https://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/Abril/21/BE13---Boletim-do-COE.pdf>.

BRASÍLIA. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação do CNJ prepara Justiça para recuperações judiciais e falências pós-pandemia**. Brasília, 17 de jun. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/normas-do-cnj-preparam-justica-para-recuperacoes-judiciais-e-falencias-pos-pandemia/Acesso: 20 de jul. 2020>.

BRASÍLIA. Plenário do Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6341 do Distrito Federal. Requerente: Partido Democrático; Requerido. Presidente da República. Trabalhista Distribuída em 23. Mar. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em 16 de abr. de 2020.

BUZZI. Ministro Marco Aurélio. **A Conciliação é a melhor alternativa para o Judiciário.** Entrevista da série que comemora os cinco anos da Resolução CNJ nº 125, que instituiu a política judiciária nacional de solução de conflitos. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 27 de novembro de 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/a-conciliacao-e-a-melhor-alternativa-para-o-judiciario-diz-ministro-do-stj/> Acesso em : 20 de mar. de 2019.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. Acesso à justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

DUARTE, F; ALMEIDA, G. S. L. Sentimentos de justiça e(m) conflito: uma experiência de mediação judicial no Rio de Janeiro. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, v. 20, n. 38, p. 157-168, dez. 2013

HUNT. Lynn. **A Invenção dos direitos Humanos: uma história.** São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

IBGE. Pesquisa Pulso Empresa: Impacto da Covid-19 nas Empresas. IBGE. 2020. Disponível em: [https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com\\_mediaibge/arquivos/548281f191c80ecbbb69846b0d745eb5.pdf](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/548281f191c80ecbbb69846b0d745eb5.pdf). Acesso em 16/07/2020.

MOREIRA, Talita. Pedidos de recuperação judicial disparam em maio e pode haver quebradeira recorde. **Valor Econômico.** Disponível em <https://valorinveste.globo.com/mercados/renda-variavel/empresas/noticia/2020/06/05/pedidos-de-recuperacao-judicial-disparam-em-maio-e-pode-haver-quebradeira-recorde.ghtml>. Acesso em 05 de jun. de 2020.

NETTO. Antônio Evangelista de Souza. COSTA. Daniel Carnio. A necessária e urgente proteção da atividade econômica contra a pandemia do Covid-19. **JusNavegandi.** Teresina, maio de 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/82388/a-necessaria-e-urgente-protexao-da-atividade-economica-contra-a-pandemia-do-covid-19>. Acesso em 01 de jun. de 2020.

OLIVEIRA, ARAÚJO ACO. Consequências da subnotificação dos casos de COVID-19 para a saúde pública no Brasil. **InterAm J Med Health**, v.3, 2 de Nov. 2020. Disponível em: <http://file:///C:/Users/Win/Downloads/150-Article%20Text-914-1->

10- 20210107.pdf. Acesso em 10 de dezembro de 2020.

PORTAL G1. Latam pede recuperação judicial nos Estados Unidos. **G1- Portal de notícias da Globo**. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/05/26/latam-pede-recuperacao-judicial-nos-estados-unidos.ghtml>. Acesso em 26 de mai. de 2020.

Ribeiro. Paulo Moura *et al.* **O judiciário, o capitalismo humanista e o princípio da fraternidade em tempos de pandemia**. IBDE. Instituto Brasileiro do Direito da Empresa. Vitória, mai. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=NCXNpBclcEE>. Acessado em 14 de mai. de 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ato Normativo 17/2020. Dispõe sobre a implementação de projeto de Regime Especial de Tratamento de Conflitos relativos à renegociação prévia, à recuperação empresarial, judicial e extrajudicial, e à falência das empresas atingidas pelo impacto da pandemia da Covid-19. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/mediacao/normatizacao/normatizacao>. Acesso em: 30 de novembro de 2020.

RIO DE JANEIRO. 2ª Vara Empresarial. Autofalência nº 0062529-52.2020.8.19.0001. Contal Comércio de Produtos Descartáveis Ltda- ME, Distribuição: 24. mar. 2020. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/>. Acesso em 20 de maio de 2020.

RIO DE JANEIRO. 1ª Vara Empresarial. Falência nº 0086985-66.2020. 8.19.0001. Air Medic Serviços Médicos Ltda., Distribuição: 29. abr. 2020. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/>. Acesso em 20 de maio de 2020.

RIO DE JANEIRO. 4ª Vara Empresarial. Falência nº 0076465-472020.8.19.0001. Blocart artefatos de concreto Ltda.ME., Distribuição: 29. abr. 2020. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/>. Acesso em 20 de maio de 2020.

RIO DE JANEIRO. 6ª Vara Empresarial. Falência nº 0065193-56.2020. 8.19.0001. Brazilian Connection Factoring Fomento Mercantil Ltda., Distribuição: 27. mar. 2020. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/>. Acesso em 20 de maio de 2020.

RIO DE JANEIRO. 6ª Vara Empresarial. Falência nº 0085734-13.2020.8.19.0001 Grupo Hospitalar do Rio de Janeiro Ltda. Distribuição: 27. abr. 2020. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/>. Acesso em 20 de maio de 2020.

RIO DE JANEIRO. 3ª Vara Empresarial. Falência nº 0076220-36.2020.8.19.0001. GWT Construções Incorporações e Participações Ltda., Distribuição: 9. abr. 2020. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/>. Acesso em 20 de maio de 2020.

RIO DE JANEIRO. 6ª Vara Empresarial. Falência nº 0068928-97.2020.8.19.0001. Locadora de Veículos Santa Cruz Ltda., Distribuição: 31. mar. 2020. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/>. Acesso em 20 de maio de 2020.

RIO DE JANEIRO. 1ª Vara Empresarial. Falência nº 0260447-16.2010.8.19.0001. M.F. de Rio Sul Linhas Aéreas S.A e outros (Varig), Distribuição: 13. Ago. 2010. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/>. Acesso em 20 de maio de 2020.

RIO DE JANEIRO. 4ª Vara Empresarial. Falência nº 0081601-25.2020.8.19.0001. NWC Imobiliária Ltda. e Outra, Distribuição: 18. abr. 2020. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/>. Acesso em 20 de maio de 2020.

RIO DE JANEIRO. 7ª Vara Empresarial. Falência nº 0104147-74.2020.8.19.0001. Salão de Beleza Bella Vitta Ltda. Me, Distribuição: 01. Jun. 2020. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/>. Acesso em 20 de maio de 2020.

RIO DE JANEIRO. 5ª Vara Empresarial. Recuperação Judicial nº 0093754-90.2020.8.19.0001. Associação Sociedade Brasileira de Instrução e Outros, Distribuição: 11. Maio. 2020. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/>. Acesso em 20 de maio de 2020.

RIO DE JANEIRO. 1ª Vara Empresarial. Recuperação Judicial nº 0494824-53.2015.8.19.0001, EISA – Estaleiro Ilha S/A. e outra, Distribuição: 15. Dez. 2015. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/>. Acesso em 20 de maio de 2020.

RIO DE JANEIRO. 1ª Vara Empresarial. Recuperação Judicial nº 0248791-47.2019.8.19.0001, Enseada Indústria Naval S.A. e ou-

tra, Distribuição: 04. Out. 2019. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/.Acesso> em 20 de maio de 2020.

RIO DE JANEIRO. 1ª Vara Empresarial. Recuperação Judicial nº 0012633- 08.2018.8.19.0002. Estaleiro Mauá S/A, Distribuição: 04. Abr. 2018. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/.Acesso> em 20 de maio de 2020.

RIO DE JANEIRO. 3ª Vara Empresarial. Recuperação Judicial nº 0094011-18.2020. Expresso Pégaso Eireli Outra, Distribuição: 12. maio. 2020. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/.Acesso> em 20 de maio de 2020.

RIO DE JANEIRO. 4ª Vara Empresarial. Recuperação Judicial nº 0085645- 87.2020.8.19.0001. João Fortes Engenharia e Outros, Distribuição: 27. Abr. 2020. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/.Acesso> em 20 de maio de 2020.

RIO DE JANEIRO. 7ª Vara Empresarial. Recuperação Judicial nº 0203711- 65.2016.8.19.0001, OI S.A e outros, Distribuição: 20. Jun. 2016. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/.Acesso> em 20 de maio de 2020.

RIO DE JANEIRO. 3ª Vara Empresarial. Recuperação Judicial nº 0047010- 37.2020.8.19.0001. União de Lojas Leader S.A e outros (Leader), Distribuição: 4. Mar. 2020. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/.Acesso> em 20 de maio de 2020.

SERASA EXPERIAN. Indicadores Econômicos Serasa Experian. Falências, Recuperações judiciais e Concordatas: Apuração mensal do total de recuperações judiciais requeridas, deferidas e concedidas. **Serasa Experian**. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/conteudos/indicadores-economicos/>. Acesso em 05 de jun. de 2020.

VALOR ECONÔMICO. Hertz entra com pedido de recuperação judicial nos EUA. **Valor Econômico**. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/05/23/hertz-entra-com-pedido-de-recuperao-judicial-nos-eua.ghtml>. Acesso em: 23 de mai. de 2020.

WAISBERG, I; SACRAMONE, M. B; NUNES, M. G *et al.* **Recuperação Judicial nas Varas da Capital: Observatório da**

**insolvência.** Associação Brasileira de Jurimetria- ABJ. ISBN: 978-65-80612-01-7. Disponível em: [https://abj.org.br/pdf/ABJ\\_resultados\\_observatorio\\_1a\\_fase.pdf](https://abj.org.br/pdf/ABJ_resultados_observatorio_1a_fase.pdf). Acesso em: 17 de novembro de 2019.

ZIGMUNT. Bauman. “A gripe suína e outras causas de pânico” In: **44 cartas do mundo líquido moderno.** Tradução Vera Pereira. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

ZYGMUNT Bauman. **Modernidade Líquida.** Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2001.