

Olá, pessoal! Tudo bem?



Aqui é **Ricardo Torques**, coordenador do Estratégia Carreira Jurídica e do Estratégia OAB. Além disso, sou professor de Direito Processual Civil, Direito Eleitoral e Direitos Humanos.

Instagram: [www.instagram.com/proftorques](https://www.instagram.com/proftorques)

E-mail da coordenação: [ecj@estrategiaconcursos.com.br](mailto:ecj@estrategiaconcursos.com.br)

Aguardo seu contato. ;) Dúvidas, críticas e sugestões são sempre bem-vindas!

Em nome dos nossos professores, gostaria de lhes apresentar o e-book "**Leitura Defensorial**". Elaborado com muito carinho e cuidado por nós, você terá uma visão dos temas mais importantes para fins de prova.

Aproveito, ainda, para convidá-los a nos seguir nas redes sociais. Todos os dias, postamos aulas, notícias, informativos e muitos outros conteúdos **gratuitos** relativos a concursos jurídicos!

Esperamos por vocês lá! ;)

Clique nos botões abaixo e nos acompanhe!



Grande abraço,

**Ricardo Torques**

# Sumário

TEMAS ESSENCIAIS DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	5
<i>PARADIGMAS LEGISLATIVOS EM MATÉRIA DE DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES</i> .....	5
<i>PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL</i> .....	8
<i>MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS</i> .....	9
<i>SINASE – LEI 12.594/2012</i> .....	13
TEMAS ESSENCIAIS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS.....	16
<i>HISTÓRICO DA ATUAÇÃO COLETIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL</i> .....	16
<i>COISA JULGADA</i> .....	21
TEMAS ESSENCIAIS DIREITO PROCESSUAL CIVIL .....	29
<i>GRATUIDADE DE JUSTIÇA, ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA E ASSISTÊNCIA JURÍDICA</i> .....	29
<i>AÇÕES POSSESSÓRIAS</i> .....	31
<i>AÇÕES DE FAMÍLIA</i> .....	32
<i>EXECUÇÃO DE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA</i> .....	36
TEMAS ESSENCIAIS DIREITO CIVIL .....	57
<i>BEM DE FAMÍLIA</i> .....	57
<i>USUCAPIÃO</i> .....	63
<i>DIREITO DE LAJE</i> .....	66
<i>REGIME DE BENS</i> .....	68
TEMAS ESSENCIAIS DIREITO DO CONSUMIDOR.....	78
<i>RESPONSABILIDADE DOS FORNECEDORES POR SEUS PRODUTOS E SERVIÇOS</i> .....	78
<i>DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA</i> .....	86
<i>DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS</i> .....	87

TEMAS ESSENCIAIS PROCESSO PENAL .....	95
<i>TEORIA GERAL DA PROVA NO PROCESSO PENAL</i> .....	95
<i>CADEIA DE CUSTÓDIA</i> .....	101
<i>QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA</i> .....	105
<i>ETAPAS E PROCEDIMENTOS</i> .....	106
<i>LIMITES DO DIREITO À PROVA</i> .....	110
<i>PROVA ILÍCITA</i> .....	114
<i>CONCEITO DA PROVA ILÍCITA E DISTINÇÃO DA PROVA ILEGÍTIMA</i> .....	116
<i>TRATAMENTO LEGISLATIVO DA PROVA ILÍCITA</i> .....	121
<i>“EMENDATIO LIBELLI”</i> .....	126
<i>OPORTUNIDADE PARA EMENDATIO LIBELLI</i> .....	130
<i>JURISPRUDÊNCIA PERTINENTE</i> .....	134
<i>PROCEDIMENTO</i> .....	136
<i>EMENDATIO LIBELLI NAS INSTÂNCIAS SUPERIORES</i> .....	140
<i>“MUTATIO LIBELLI”</i> .....	142
<i>OPORTUNIDADE PARA MUTATIO LIBELLI</i> .....	149
<i>FATO NOVO E FATO DIVERSO</i> .....	150
<i>PROCEDIMENTO</i> .....	151
<i>MUTATIO NAS AÇÕES PENAS PRIVADAS</i> .....	156
TEMAS ESSENCIAIS DE DIREITOS PENAL .....	158
<i>PRESCRIÇÃO</i> .....	158
<i>PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA</i> .....	168
<i>PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA PROPRIAMENTE DITA</i> .....	169
<i>PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA SUPERVENIENTE OU INTERCORRENTE</i> .....	182

<i>PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RETROATIVA .....</i>	<i>186</i>
<i>PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA VIRTUAL OU ANTECIPADA.....</i>	<i>188</i>
<i>PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA .....</i>	<i>191</i>

# TEMAS ESSENCIAIS DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE<sup>1</sup>

## PARADIGMAS LEGISLATIVOS EM MATÉRIA DE DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES

Até o século passado, não havia qualquer tratamento normativo voltado para a proteção das crianças e dos adolescentes especificamente, seja na esfera nacional, seja no âmbito internacional. Tínhamos, portanto, a era da absoluta indiferença. Até que, em 1919, cria-se a Organização Internacional do Trabalho e, em 1973, edita-se a Convenção 138, que estabeleceu a idade mínima de 14 anos de admissão ao emprego na indústria.

Já em 1959, foi editada a Declaração dos Direitos da Criança, pela ONU, que, pela primeira vez, reconheceu as crianças e os adolescentes como sujeitos de direitos e não meros objetos de proteção, inaugurando, dessa maneira, a doutrina da proteção integral. Prevê direitos como igualdade, especial proteção, nome e nacionalidade desde o nascimento, alimentação adequada, educação e proteção contra o trabalho. No entanto, não apresenta um critério cronológico para a distinção entre crianças e adolescentes, de modo que trata todos os menores de 18 anos como crianças (diferente do ordenamento jurídico brasileiro, segundo o qual criança é aquela que possui até 12 anos incompletos e adolescente aquele que possui entre 12 anos completos e 18 anos incompletos).

Em 1989, por sua vez, foi editada a Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente (Convenção de Nova Iorque), que cria o sistema internacional de proteção aos menores de idade. Trata-se de documento extremamente relevante pois possui força cogente em relação aos Estados que aderirem ao seu texto, estabelecendo a criação do Comitê sobre os Direitos da Criança, cuja função é o recebimento de relatórios dos Estados e a fiscalização do cumprimento da Convenção pelos Estados aderentes. Como foi internalizada no Brasil antes da CF/88 e da EC 45/2004, que criou o sistema do art. 5º, §3º (que traz a possibilidade de tratados que versem sobre direitos humanos aprovados sob rito especial possuírem status de emenda constitucional), possui status supralegal.

No âmbito interno, entretanto, a fase da absoluta indiferença prevaleceu até o século XIV, quando entramos na fase da mera imputação criminal. O código Criminal de 1830 e o Código Penal de 1890 previu idades diferenciadas para a punição (9 e 14 anos) e estabelecimentos penais diferenciados.

---

<sup>1</sup> Material retirado do ECJ do Prof. Ricardo Torques.

Já a partir do século XX, o Brasil entra na fase tutelar, que tutela os direitos das crianças e adolescentes, mas com uma mentalidade repressiva e higienista. Tal fase é marcada por dois principais diplomas normativos: O Código Mello Matos (1927) e o Código de Menores (1979). O primeiro adotou a teoria da situação irregular, que visava apenas as crianças que estivessem em situação irregular (na prática, as hipossuficientes). Trata-se de norma que aplicava medidas de recuperação por atos ainda que não fossem considerados crimes se praticados por adultos (em clara violação à vedação ao tratamento mais gravoso), dava amplas poderes ao juiz (que detinha poderes tutelares, judiciais e até normativos) e permitia o afastamento dos menores de seus lares por mera hipossuficiente dos pais.

O Código de Menores, por seu turno, também adotava a doutrina da situação irregular. Já em 1988, com a Constituição Federal, inaugura-se a fase da proteção integral:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A fase da proteção integral passou a diferenciar crianças e adolescentes, feito até então inédito no âmbito nacional e estabeleceu a inimizabilidade penal dos mesmos como cláusula pétreia implícita (que, embora não esteja prevista no rol do art. 60, §4º, CF, não pode ser abolida do texto constitucional, em obediência ao Princípio da Vedação do Retrocesso Social):

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Tal inimizabilidade se justifica pelo fato de que antes dos 18 anos de idade, ainda não há completa formação das estruturas físico-químicas cerebrais responsáveis pela formação plena da razão. Consequentemente, o indivíduo, que se encontra em uma etapa da vida de grande turbulência hormonal, tem sua capacidade de autodeterminação reduzida. Assim, ainda que fosse permitida a abolição de tal garantia, tal feito constituiria verdadeira expressão do Direito Penal de Emergência, estratégia política populista que trata o encarceramento e a recrudescimento das penas como solução para os problemas de segurança pública da sociedade. A Criminologia mostra que o que ocasionará a redução da criminalidade não é o Direito Penal. Ao revés, submeter um adolescente (entre 16 e 18 anos) ao controle social formal, em penitenciárias, prejudicará sua ressocialização e desenvolvimento físico e mental, acarretando na sua indevida estigmatização.

Por fim, o Estatuto da Criança e do Adolescente, diploma normativo editado em 1990, manteve a adoção da doutrina da proteção integral em contraposição à Teoria Tutelar do Direito Menorista, assegurando aos menores de idade todos os direitos garantidos aos adultos e mais alguns, em função do reconhecimento de sua situação de desenvolvimento. Também trouxe o Princípio da Absoluta Prioridade, por meio do qual as crianças e os adolescente possuem em seu favor:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;

c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;

d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Além disso, adota-se o Princípio do Superior Interesse, segundo o qual na interpretação e aplicação da lei deve-se privilegiar a que melhor atenda aos interesses da criança. Veja o HC 268459/SP julgado pelo STJ:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. (1) IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL, APRESENTADA DEPOIS DA INTERPOSIÇÃO DE TODOS OS RECURSOS CABÍVEIS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) QUESTÕES DIVERSAS DAQUELAS JÁ ASSENTADAS EM ARESP E RHC POR ESTA CORTE. PATENTE ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. (3) LIBERDADE RELIGIOSA. ÂMBITO DE EXERCÍCIO. BIOÉTICA E BIODIREITO: PRINCÍPIO DA AUTONOMIA. RELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO ATINENTE À SITUAÇÃO DE RISCO DE VIDA DE ADOLESCENTE. DEVER MÉDICO DE INTERVENÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem depois de interpostos todos os recursos cabíveis, no âmbito infraconstitucional, contra a pronúncia, após ter sido aqui decidido o AResp interposto na mesma causa. Impetração com feições de sucedâneo recursal inominado.

2. Não há ofensa ao quanto assentado por esta Corte, quando da apreciação de agravo em recurso especial e em recurso em habeas corpus, na medida em que são trazidos a debate aspectos distintos dos que outrora cuidados.

3. Na espécie, como já assinalado nos votos vencidos, proferidos na origem, em sede de recurso em sentido estrito e embargos infringentes, tem-se como decisivo, para o desate da responsabilização criminal, a aferição do relevo do consentimento dos pacientes para o advento do resultado tido como delitivo. Em verdade, como inexistem direitos absolutos em nossa ordem constitucional, de igual forma a liberdade religiosa também se sujeita ao concerto axiológico, acomodando-se diante das demais condicionantes valorativas. Desta maneira, no caso em foco, ter-se-ia que aquilatar, a fim de bem se equacionar a expressão penal da conduta dos envolvidos, em que medida teria impacto a manifestação de vontade, religiosamente inspirada, dos pacientes. No juízo de ponderação, o peso dos bens jurídicos, de um lado, a vida e o superior interesse do adolescente, que ainda não teria discernimento suficiente (ao menos em termos legais) para deliberar sobre os rumos de seu tratamento médico, sobrepairam sobre, de outro lado, a convicção religiosa dos pais, que teriam se manifestado contrariamente à transfusão de sangue. Nesse panorama, tem-se como inócua a negativa de concordância para a providência terapêutica, agigantando-se, ademais, a omissão do hospital, que, entendendo que seria imperiosa a intervenção, deveria, independentemente de qualquer posição dos pais, ter avançado pelo tratamento que entendiam ser o imprescindível para evitar a morte. Portanto, não há falar em tipicidade da conduta dos pais que, tendo levado sua filha para o hospital, mostrando que com ela se preocupavam, por convicção religiosa, não ofereceram consentimento para transfusão de sangue - pois, tal manifestação era indiferente para os

médicos, que, nesse cenário, tinham o dever de salvar a vida. Contudo, os médicos do hospital, crendo que se tratava de medida indispensável para se evitar a morte, não poderiam privar a adolescente de qualquer procedimento, mas, antes, a eles cumpria avançar no cumprimento de seu dever profissional. 4. Ordem não conhecida, expedido habeas corpus de ofício para, reconhecida a atipicidade do comportamento irrogado, extinguir a ação penal em razão da atipicidade do comportamento irrogado aos pacientes.

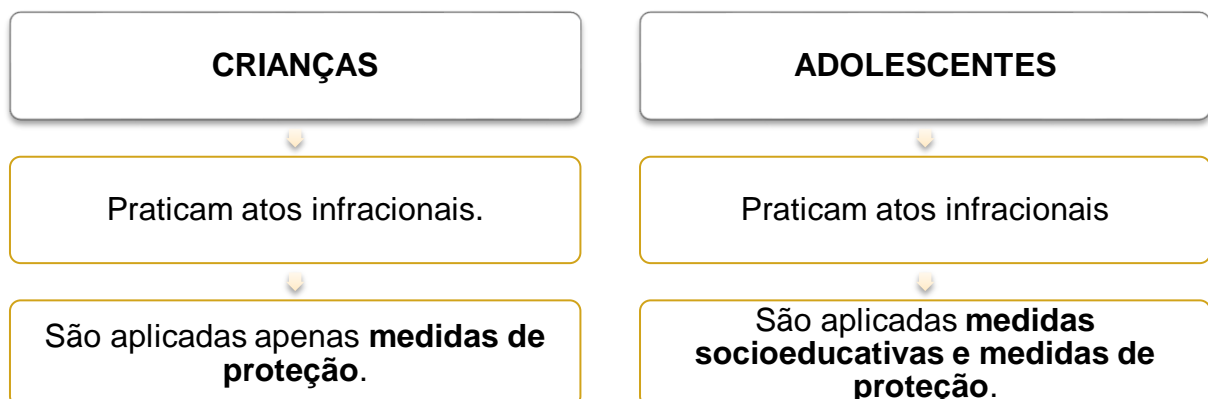
## PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL

Em razão da idade, as crianças e adolescentes são considerados inimputáveis. Assim, se praticarem atos ilícitos não se sujeitam à disciplina do Código Penal e do Direito Processual Penal, mas às regras referentes à prática de atos infracionais disciplinadas pelo ECA, independentemente da natureza do ato praticado. Em razão do tratamento diferenciado, há um órgão judicial específico para apuração dos atos ilícitos praticados por adolescentes: Vara da Infância e Juventude.

Fora esse aspecto peculiar, que confere tratamento diferenciado, é importante distinguir também a prática de atos ilícitos por crianças ou por adolescentes. Dada a natureza peculiar que se confere ao tratamento de crianças, embora pratiquem atos infracionais, a estas não serão aplicadas medidas socioeducativas, mas tão somente medidas de proteção.

Mesmo aos adolescentes, embora sejam responsabilizados pelos atos infracionais praticados, será observado um processo diferenciado, denominado de ação socioeducativa, de titularidade do Ministério Público. Nesse procedimento haverá a apuração da autoria e materialidade dos fatos praticados e, caso sejam confirmados, haverá aplicação de uma das medidas socioeducativas que serão estudadas adiante. Frise-se que, embora aos adolescentes seja passível a aplicação de medidas socioeducativas, nada impede que a eles sejam aplicadas medidas de proteção. Tais medidas podem ser aplicadas isoladamente ou em conjunto (por exemplo, duas medidas de proteção). Inclusive, é possível ser aplicada medida socioeducativa cumulada com medida de proteção. A definição das medidas aplicáveis dependerá da análise do processo em concreto.

Desse modo, podemos traçar a seguinte distinção:



Vejamos na sequência alguns direitos e garantias assegurados na apuração da prática de ato infracional.



O art. 103, do ECA, define que são considerados como atos infracionais a prática, por menores de 18 anos, de condutas descritas como crime ou como contravenção penal.

O art. 104, por sua vez, reitera o dispositivo constitucional que afirma que os menores de 18 anos são inimputáveis. Para consideração da inimputabilidade, considera-se a idade do adolescente à data do fato.

E, como analisado acima, a prática de ato infracional por crime sugere a aplicação de medida de proteção (não socioeducativa) na forma do art. 105, do ECA.

## MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Uma vez praticado um ato infracional por um adolescente, surge a possibilidade de aplicação de medidas socioeducativas, que são medidas jurídicas aplicadas aos adolescentes que praticarem atos infracionais por meio de uma ação socioeducativa (ou representação) promovida pelo Ministério Público a ser processada perante a Vara da Infância e Juventude.

Essas medidas podem ser classificadas em dois grupos: as restritivas de liberdade e as medidas de meio aberto. Ambas possuem objetivo pedagógico: ressocialização do adolescente para inibir a violência.

Evidentemente que, paralelamente, há a pretensão de responsabilização, porém, sempre tendo em vista a premissa de que os adolescentes são pessoas em desenvolvimento.

MEDIDAS DE MEIO ABERTO	MEDIDAS RESTRITIVAS DE LIBERDADE
Advertência	
Obrigação de reparar o dano	Semiliberdade
Prestação de serviços à comunidade	Internação
Liberdade assistida	

Pelo princípio da brevidade, devemos compreender que as medidas restritivas de liberdade devem ser aplicadas pelo tempo estritamente necessário para a ressocialização do adolescente.

O princípio da excepcionalidade informa que as medidas socioeducativas restritivas somente devem ser aplicadas se, uma vez caracterizada dentro das hipóteses legais, as medidas de meio aberto demonstrarem-se ineficazes.

Por fim, a aplicação das medidas socioeducativas restritivas deve observar o princípio segundo o qual os adolescentes são considerados pessoas em desenvolvimento, de modo que devem ser tratados de acordo com sua condição durante a restrição de liberdade, e não como detentos.

A medida aplicada ao adolescente deve levar em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração. Não se admite a prestação de trabalho forçado em hipótese alguma. Além disso, adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individualizado e especializado, em local adequado às suas condições.

O artigo 113 autoriza a aplicação cumulativa ou isolada das medidas socioeducativas, bem como sua substituição a qualquer momento. Há previsão também de que a aplicação das medidas deve levar em conta as necessidades pedagógicas do adolescente, com preferência às medidas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários

A regra é que para a aplicação de medida socioeducativa é necessária a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, ressalvada a hipótese de remissão. Além disso, a aplicação da medida de advertência depende apenas de prova da materialidade e indícios suficientes da autoria.

<p><b>ADVERTÊNCIA</b></p>	<p>É a medida socioeducativa mais branda e poderá ser aplicada com base em prova da materialidade e de indícios de autoria. Portanto, <b>NÃO É NECESSÁRIA A PROVA DA AUTORIA PARA APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE ADVERTÊNCIA</b>. É importante compreender a desnecessidade de a autoria restar plenamente comprovada para aplicação da medida.</p> <p>A advertência consiste tão somente em uma <i>admoestação verbal</i> que parte do juiz.</p>
<p><b>OBRIGAÇÃO DE REPARAR O DANO</b></p>	<p>Será adotada a obrigação de reparar danos, quando da conduta do adolescente decorrer reflexos patrimoniais.</p> <p>Registre-se, entretanto, que atos infracionais mais graves, como o roubo, embora gerem danos, a reparação desse não será suficiente, em razão da gravidade da conduta. De toda forma, a aplicação dependerá sempre da análise do caso concreto, haja vista os objetivos pedagógicos das medidas socioeducativas.</p>
<p><b>PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE</b></p>	<p>Constitui na execução de tarefas gratuitas de interesse geral, pelo prazo máximo de 6 meses, para uma carga horária máxima de 8 horas por semana.</p> <p>A medida poderá ser cumprida em dias úteis, sábados e, inclusive, em domingos e feriados.</p> <p>Não poderá afetar a frequências às aulas e a jornada de trabalho, se houver.</p>
<p><b>LIBERDADE ASSISTIDA</b></p>	<p>A liberdade assistida constitui a última alternativa antes da aplicação das medidas restritivas de liberdade.</p> <p>Consiste no acompanhamento, na orientação e no apoio ao adolescente por meio de um educador.</p> <p>Do mesmo modo terá duração mínima de 6 meses e caracteriza-se pelo acompanhamento mais próximo do socioeducando.</p>

Haverá a nomeação de um orientador a quem incumbe:

- promover socialmente o adolescente e sua família (programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social);
- supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar;
- diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de inserção no mercado de trabalho; e
- apresentar relatório do caso.

Já a semiliberdade é expressamente disciplinada no art. 120, do ECA. A adoção da semi-liberdade pode ser determinada desde o início ou como forma de transição para o meio aberto. É possível a realização de atividades externas independentemente de autorização judicial. A semiliberdade consiste em um acompanhamento mais severo, uma vez que o adolescente permanecerá custodiado em entidades institucionais próprias.

Durante o dia, o adolescente executará atividades normais na comunidade, como estudar e trabalhar. À noite deve se recolher à unidade de internação. De todo modo, esse regramento não é fixo, pois há a possibilidade de serem avaliadas, junto à equipe técnica da instituição de semiliberdade, alternativas diversas, como custódia durante o dia ou, inclusive, passar a noite junto à família. Esse regramento e, inclusive a fixação de atividades externas, é obrigatório e independe de autorização judicial, devendo ser ajustado entre o adolescente e a direção da instituição, de acordo com o plano de atendimento individualizado, fixado com o adolescente no início do cumprimento da medida socioeducativa. De acordo com a doutrina, a execução de medidas socioeducativas de semiliberdade observa o princípio da incompletude institucional, de modo que a execução das atividades correlatas depende de recursos da comunidade, tais como cursos de profissionalização, de escolarização, de atividades profissionais etc.

Quanto ao prazo máximo, a medida socioeducativa de semiliberdade não comporta prazo determinado. De todo modo, ela não poderá ultrapassar o prazo de 3 anos, devendo ser reavaliada a cada 6 meses pelo juiz da infância e juventude.

Por fim, a internação é a medida mais extrema e consiste na restrição total da liberdade, de modo que o adolescente permanecerá institucionalizado integralmente. É possível, ainda assim, a realização de atividades externas a critério da equipe técnica (salvo determinação judicial em contrário), contudo, estas são acompanhadas por educadores. Ademais, é possível ao magistrado, a depender da situação, vedá-las.

internação não comporta prazo determinado, mas não poderá, em qualquer caso, ultrapassar o prazo de três anos. A diferença, portanto, será especificada na sentença, que preverá um prazo específico para cumprimento da medida ou não referirá o termo, hipótese em que o adolescente será obrigatoriamente liberado ao término de três anos de internamento. Nesse caso, é possível a desinternação, a colocação em regime de semi-liberdade ou de liberdade assistida.

Além disso, o jovem, se internado por fato cometido quando adolescente, deverá ser obrigatoriamente liberado aos 21 anos. Tal como a semiliberdade, a medida socioeducativa de internação será reavaliada a cada seis meses. A desinternação é sempre precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público.

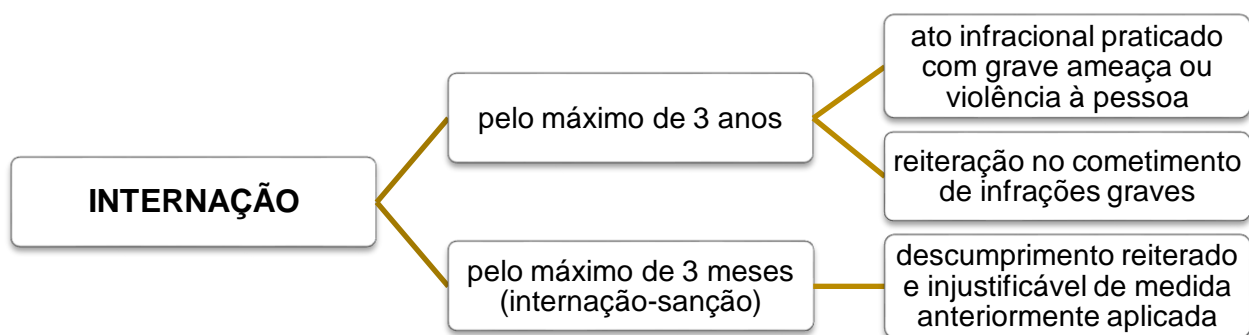
Dada a **excepcionalidade** da medida, a internação somente poderá ser aplicada numa das três hipóteses previstas no art. 122 do ECA, que são taxativas.

Primeiramente é importante compreender que o legislador definiu quando será aplicada uma medida em específico apenas em relação à internação. Ele fez isso porque a medida socioeducativa de internação constitui uma medida séria e grave. Em relação às demais medidas, o juiz da infância e juventude terá liberdade para aplicá-la de acordo com as circunstâncias do caso concreto e com base na avaliação efetuada pela equipe técnica da Vara de Infância.

Além disso, a medida a ser aplicada no inc. III ganha um adjetivo: **a sanção**. Quando, por reiterado descumprimento da medida socioeducativa de meio aberto ou de semiliberdade, é possível que o juiz determine a **internação-sanção** pelo prazo máximo de 3 meses, conforme disciplina o art. 122, §1, do ECA.

A medida de internação-sanção é peculiar e será aplicada pelo juiz da execução em caso de reiterado descumprimento da medida socioeducativa que está sendo acompanhada.

Desse modo:



Acerca da gravidade do ato infracional análogo ao de tráfico de entorpecentes, embora seja considerado crime hediondo, vejamos o entendimento sumulado do STJ:

Súmula 492: O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, **não** conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente.

A internação só pode ser cumprida em entidade exclusiva para adolescente, em local distinto do destinado ao abrigo. Os adolescentes devem ser separados por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração. É obrigatória a realização de atividades pedagógicas durante a internação.

Finalmente, a remissão constitui uma forma de perdão ou redução do rigor das penalidades do ECA e será concedida por iniciativa do Ministério Público. Esse instituto poderá ser aplicado antes de iniciar o procedimento ou no curso do processo.

No início do processo, a remissão será concedida com exclusão do processo, a depender das circunstâncias e do fato no contexto social. Nesse caso, a remissão será homologada por sentença pelo Juiz da Infância e Juventude. No curso do processo, a remissão será concedida como forma de suspensão ou de exclusão do processo e depende de sentença.

A remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semi-liberdade e a internação.

A medida aplicada em remissão pode ser revista judicialmente a qualquer tempo, por pedido do adolescente ou seu representante ou, ainda, do Ministério Público.

## SINASE – LEI 12.594/2012

A Lei 12.594/2012 – denominada Lei do SINASE – trata basicamente de 2 assuntos, que são a instituição do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) e a execução de medidas socioeducativas pelo adolescente que praticar ato infracional.

São princípios que orientam a execução das MSEs, que estão arrolados no art. 35 da referida lei:

### PRINCÍPIOS DA EXECUÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

- **legalidade**, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto.
- **excepcionalidade** da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos.
- **prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas** e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas.
- **proporcionalidade** em relação à ofensa cometida.
- **brevidade** da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito ao que dispõe o art. 122 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).
- **individualização**, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente.
- **mínima intervenção**, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida.
- **não discriminação do adolescente**, notadamente em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou status.
- **fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários** no processo socioeducativo.

A competência para executar a medida socioeducativa é definida pelo local de residência dos pais ou responsáveis, na forma do art. 146, do ECA. À falta de pais ou responsáveis, a executar dar-se-á no local onde o adolescente se encontrar. Essa é a regra do artigo 36 da Lei do Sinase.

Ao longo de todo o processo executório, o Ministério Público e a defesa (em regra, a Defensoria Pública) devem intervir, sob pena de nulidade, em todas as fases da execução da medida socioeducativa.

Em regra, são formados autos suplementares para a execução de medidas socioeducativas. O art. 38, por sua vez, excepciona essa regra no caso de aplicação de medida de proteção, medida de advertência, de reparação de dano se aplicadas de forma isolada, vale dizer, se não forem aplicadas com outras medidas socioeducativas.

Tão logo receba os Autos, a entidade deverá providenciar a elaboração do Plano Individual de Atendimento (PIA) que seja acostados nos Autos de MSE. Juntado, o Juiz da Vara da Infância e Juventude dará vistas do PIA no prazo de 3 dias ao MP e ao defensor do adolescente, na forma do art. 41.

O Defensor e o Ministério Público podem impugnar ou pedir complementações do PIA. Até mesmo o Juiz da Infância e Juventude pode requerer complementação de ofício, se entender necessário.

Fato é que intimado o MP e o defensor para se manifestarem no prazo de 3 dias e nada fizerem a proposta de PIA apresentado pela entidade de execução será automaticamente considerado homologado, sem necessidade de qualquer ato decisório por parte da autoridade judiciária.

Agora, se houver impugnação ou necessidade de complementação, a parte deverá requerer de forma fundamentada e o juiz analisará. É possível, inclusive, a determinação de perícia ou de audiência, a depender do requerimento e da situação que envolve o caso concreto. Após a produção das complementações e diligências necessárias, o Juiz da Infância e Juventude fará decisão homologando o PIA. É importante saber que a impugnação não suspende a execução do plano individual, salvo ordem judicial em contrário.

A cada 6 meses a execução da MSE deve ser reavaliada no máximo a cada 6 meses. Prevê o art. 42 da Lei que, de posse do relatório avaliativo que será encaminhado pela entidade de execução, o Juiz da Infância e Juventude poderá designar audiência para reavaliação na forma do art. 42. O Defensor, o Ministério Público, a direção do programa de atendimento, o adolescente e seus pais ou responsável devem ser cientificados da audiência.

Nessa audiência, será avaliada a necessidade se a medida será extinta (porque cumpriu com os seus objetivos), será prorrogada ou se é caso de progressão ou regressão da medida socioeducativa. Para fins de prova é importante, todavia, compreender o §2º do art. 42, segundo o qual a gravidade do ato infracional, os antecedentes infracionais e o tempo de duração da medida não podem ser considerado para fins de análise do relatório.

O art. 45 trata da sentença de unificação de medida socioeducativas. Isso ocorre em situações nas quais durante o cumprimento de uma medida surge nova sentença condenatória. Nesse caso, o Juiz da Infância e Juventude determinará a unificação da medida, após prévia oitiva da defesa técnica e do MP, decidindo na sequência.

Nessa decisão, entretanto, o magistrado deve observar 3 parâmetros:

- ↪ Não poderá determinar o reinício do cumprimento da MSE em face da nova condenação;
- ↪ Não poderá ignorar os prazos máximos estabelecidos na legislação para cada medida na forma estatuída no ECA.

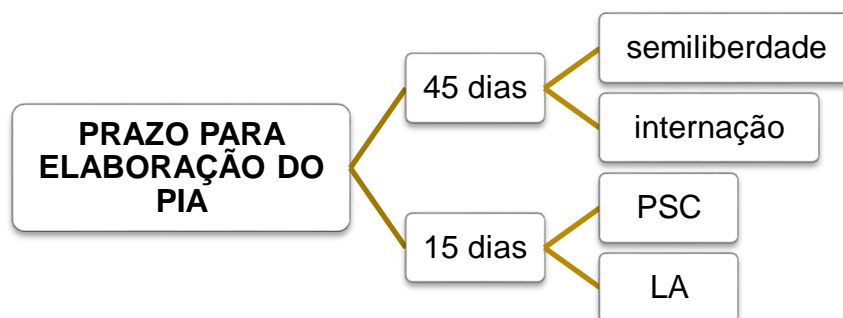
↳ É vedado à autoridade judiciária aplicar nova medida de internação, por atos infracionais praticados anteriormente, a adolescente que já tenha concluído cumprimento de medida socioeducativa de internação ou que tenha sido transferido para cumprimento de medida menos rigorosa, sendo tais atos absorvidos por aqueles aos quais se impôs a medida socioeducativa extrema.

O art. 46 trata da extinção da MSE, cujas causas são:

- morte do adolescente.
- realização de sua finalidade.
- aplicação de pena privativa de liberdade, a ser cumprida em regime fechado ou semiaberto, em execução provisória ou definitiva.
- condição de doença grave, que torne o adolescente incapaz de submeter-se ao cumprimento da medida.
- outras hipóteses previstas em lei.

Há que se falar ainda no Plano Individual de Atendimento (PIA). O PIA somente não será obrigatório no caso de medidas socioeducativa de advertência e de reparação de danos. Nos demais casos – conforme consta do art. 53 da Lei – o plano é fundamental para prever, registrar e gerir as atividades que serão desenvolvidas ao longo do processo socioeducativo. O PIA é elaborado pela equipe técnica da entidade de execução, com participação do adolescente e dos pais ou responsáveis.

Quanto aos prazos para sua elaboração, temos:



Importante mencionar também sobre o atendimento ao adolescente com transtorno mental e com dependência de álcool e de substância psicoativa. Caso seja identificado que o adolescente possui indícios de transtorno mental é possível que seja determinada a suspensão do cumprimento da medida socioeducativa para tratamento ambulatorial. A avaliação da saúde mental do adolescente deve ser realizada por equipe técnica multidisciplinar e multissetorial e o resultado será incluído no PIA do adolescente. Essas informações são sigilosas.

Nesse caso, antes de decidir pela suspensão serão ouvidos o defensor e o MP e, a cada 6 meses, será reavaliada a suspensão da medida socioeducativa. O Juiz deve designar responsável por acompanhar e informar sobre a evolução do atendimento ao adolescente.

## HISTÓRICO DA ATUAÇÃO COLETIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL

Historicamente, a previsão legal que legitimava a atuação coletiva no Brasil conferia ao Ministério Público o papel principal. A ação civil pública tem esse nome inclusive porque originalmente era prevista como instrumento de atuação do Ministério Público. Paulatinamente (e após muita resistência do órgão ministerial, como veremos a seguir), a Defensoria Pública foi tomando para si esse papel de representar a coletividade, notadamente os vulneráveis.

Cumpra esclarecer inicialmente que a legitimidade para atuação no processo coletivo é disjuntiva e concorrente, isto é, há mais de um legitimado para a propositura das ações e todos podem agir de forma autônoma, sem depender da iniciativa do outro. Quanto à natureza jurídica dessa legitimação, é pacífico que, no caso de direitos individuais homogêneos, trata-se de legitimação extraordinária (MP e a DP, por exemplo, agem em nome próprio na defesa de direito alheio). Já quanto à defesa de interesses difusos e coletivos não há consenso na doutrina. Veja:

<b>1ª CORRENTE</b>	Legitimidade extraordinária (art. 18, CPC). Os legitimados mesmo que atuem na defesa de seus interesses institucionais (ex.: tutela do meio ambiente pelo MP) estão defendendo direitos não apenas seus, mas de terceiros. Assim, é o caso de defesa de direito alheio em nome próprio (substituição processual). Tese amplamente majoritária na jurisprudência do STJ e STF.
<b>2ª CORRENTE</b>	Legitimidade ordinária. Ainda que a entidade defenda seus direitos institucionais, ela não defende apenas direitos de terceiros, mas dela própria, razão pela qual defende direito próprio em nome próprio. Só haveria sentido em falar em substituição processual se o direito fosse pertencente a terceiro, mas os direitos difusos e coletivos <i>stricto sensu</i> são indivisíveis e insuscetíveis de serem apropriados individualmente, logo, não pertencem a ninguém.

<sup>2</sup> Material retirado do ECJ do Prof. Rodrigo Vaslin.



<b>3ª CORRENTE</b>	Há, na verdade, uma <i>tertium genus</i> de legitimação para agir, que não se amolda à legitimidade ordinária nem à extraordinária, denominando-se de legitimação autônoma/anômala para a condução do processo. Seria uma hipótese de legitimidade exclusiva do processo coletivo.
------------------------	--

A legitimidade ativa no processo coletivo é *ope legis* (todos os legitimados estão previstos na lei). Veja:

Art. 5º, LACP: Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Art. 82, CDC: Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

No entanto, em que pese a previsão legal, cabe ainda ao juiz realizar um controle judicial da representação adequada, em que o magistrado verificará se no caso concreto o autor legitimado pelo legislador será um bom representante daquela coletividade atingida pela lide. Assim, o juiz pode excluir aquele legitimado do polo ativo e, ao invés de extinguir o processo sem resolução do mérito, convidar outro representante (que

ao seu juízo seja um representante adequado naquela causa) para assumi-lo, em respeito ao princípio do interesse jurisdicional do conhecimento do mérito.

O critério utilizado para determinar se o representante é adequado àquela representação é o critério da pertinência temática, da finalidade institucional. No entanto, há doutrina minoritária que defende que só deve haver o controle legislativo.

Dito isso, vamos ao histórico da atuação coletiva da Defensoria Pública no Brasil:

Art. 82, CDC: Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:  
(Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - o Ministério Público,

II - a **União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal**;

III - as **entidades e órgãos da Administração Pública**, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

Tanto o STJ quanto a doutrina majoritária entendiam pela legitimidade da Defensoria, com base nesse inciso III do artigo 82 do CDC, por entender que a instituição se encaixava na descrição do dispositivo legal, já que seria órgão/entidade da Administração direta (lembre-se que a Defensoria Pública Estadual só ganhou autonomia com a EC 45/2004, a DPDFT com a EC 69/2012 e a DPU com a EC 74/2013), ainda que sem personalidade jurídica, voltada à defesa dos interesses abrangidos pelo Código de Defesa do Consumidor. O art. 5º, da LACP e o art. 82, II, do CDC previam que a ACP poderia ser proposta pela União e pelos Estados. Logo, como a DPU era um órgão da União e a DPE um órgão do Estado, a jurisprudência majoritária entendia que as Defensorias já possuíam legitimidade para a ACP.

Com o advento da Lei 11.448/2007, o legislador alterou a LACP e arrolou expressamente a Defensoria Pública entre os entes legitimados à propositura de ações coletivas. Veja como ficou o dispositivo após a alteração: *Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: II — a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448/2007).*

No entanto, o Ministério Público não concordou com a disposição e, baseando-se na ideia de que a propositura de ACPs era prevista constitucionalmente apenas para o MP e não para a DP, a CONAMP (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público) se insurgiu por meio da ADI 3.943. Argumentou que a legitimidade da Defensoria afetava diretamente as atribuições do Ministério Público, além de não se compatibilizar com a função institucional. Para a entidade, a inclusão da Defensoria Pública afrontaria também os arts. 5º, LXXIV e 134, caput, da CF/88, considerando que a função constitucional da instituição seria a de prestar assistência jurídica integral e gratuita apenas aos hipossuficientes e, no bojo de uma ACP,

não haveria como se assegurar totalmente de que a ação estaria beneficiando apenas pessoas carentes ou também indivíduos economicamente ricos.

O STF, todavia, logicamente não concordou com a tese ministerial e privilegiou o acesso à justiça, conferindo ao termo “necessitado” uma “definição segundo princípios hermenêuticos garantidores da força normativa da Constituição e da máxima efetividade das normas constitucionais”.

Assim, ficou decidido pela Suprema Corte que, ante sua função institucional, é mister que a Defensoria atue em prol dos necessitados, mas nada impede que, em virtude da natureza difusa do direito tutelado, a coletividade substituída também seja composta por pessoas não necessitadas. Dessa forma, a Defensoria Pública detém legitimidade para propor ação civil pública em defesa de qualquer interesse difuso e, em relação aos interesses coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, quando o grupo de lesados incluir titulares necessitados, ainda que nem todos ostentem tal condição.

Dois anos depois, em 2009, o legislador editou a LC 132/09, que alterou a Lei Complementar 80/94 (Lei Orgânica da Defensoria Pública) e passou a prever expressamente a atuação da Defensoria no bojo de ações coletivas. Veja:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

[...] VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

VIII – exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

[...] X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

Finalmente, em 2014, a Constituição foi alterada por meio da EC 80/2014 para passar a prever de forma expressa, que à Defensoria incumbe a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos dos necessitados. Nos termos do artigo 134 da Constituição Federal:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático,

fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a **defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados**, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Quanto ao critério da presença de “necessitados” na lide, no RE 733.433 o STF reconheceu a legitimidade da DP nos seguintes termos: “A Defensoria Pública tem legitimidade para a propositura da ação civil pública em ordem a promover a tutela judicial de direitos difusos e coletivos de que sejam titulares, **em tese**, pessoas necessitadas.” Com o vocábulo “em tese”, adota-se uma teoria de legitimidade ampliada da Defensoria. Assim, quando forem vislumbradas pessoas necessitadas nos potenciais beneficiários, deve-se reconhecer a legitimidade do ente. A ilegitimidade estaria presente apenas nos casos em que houvesse a fuga completa em relação à finalidade institucional do órgão (como, por exemplo, uma ACP ajuizada pela Defensoria Pública para proteger o direito de consumidores de uma academia que possui mensalidades altíssimas).

A atuação defensorial na esfera coletiva é importantíssima, principalmente quanto aos direitos difusos, vez que frequentemente os principais prejudicados em relação a ações lesivas a tais bens, como por exemplo no caso de desastres financeiros, serão as pessoas menos abastadas financeiramente. Nesse sentido, inclusive, a Súmula 04 da Defensoria Pública do Estado de São Paulo:

A Defensoria Pública encontra-se legitimada constitucional e infraconstitucionalmente a atuar na tutela e efetivação do direito fundamental ao ambiente da população necessitada, especialmente por conta da dimensão socioambiental das questões ecológicas contemporâneas. Com base em tal premissa, alinhada à alteração do art. 5º, II, da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) levada a cabo pela Lei 11.448/07, a Defensoria Pública possui legitimidade ampla, concorrente, disjuntiva e autônoma para propor a ação civil pública em matéria ambiental – tutelando, portanto, interesses difusos -, tendo em vista que é a população carente quem, na maioria das vezes, sofrerá os efeitos diretos da degradação ecológica, já que não dispõe nem de recursos econômicos nem de informação para evitá-los ou mesmo minimizá-los.

No Resp 1.264.112/RS ficou ainda mais claro que a existência de pessoas não necessitadas no grupo beneficiado pela ação não elide a legitimação da Defensoria. O caso em análise tratava-se de uma ACP ajuizada em favor de consumidores de energia elétrica, o que obviamente, ainda que indiretamente, beneficiaria pessoas abastadas. Assim, nesse julgado o STJ consignou que a deveria ser feita uma releitura do termo “necessitados” que a Defensoria Pública deveria defender coletivamente. Não se trata apenas dos necessitados economicamente, mas também dos hipervulneráveis (isto é, os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras, etc.), dos hipossuficientes jurídicos (pessoas que não têm capacidade de auto-organização, como se unir em sindicato ou associação, para defesa de determinado direito) e de todos aqueles que ‘necessitem’ da mão benevolente e solidarista do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado.

Como aplicação concreta desse entendimento, o STJ no EREsp 1.192.577 entendeu que a Defensoria Pública possuía legitimidade para propor ACP em defesa de direitos individuais homogêneos de consumidores idosos, que tiveram seu plano de saúde reajustado, com arguida abusividade, em razão da faixa etária:

A Defensoria Pública tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores idosos que tiveram plano de saúde reajustado em razão da mudança de faixa etária, ainda que os titulares não sejam carentes de recursos econômicos. A atuação primordial da Defensoria Pública, sem dúvida, é a assistência jurídica e a defesa dos necessitados econômicos. Entretanto, também exerce suas atividades em auxílio a necessitados jurídicos, não necessariamente carentes de recursos econômicos. A expressão "necessitados" prevista no art. 134, caput, da CF/88, que qualifica e orienta a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, em sentido amplo. Assim, a Defensoria pode atuar tanto em favor dos carentes de recursos financeiros como também em prol do necessitado organizacional (que são os "hipervulneráveis"). STJ. Corte Especial. EREsp 1192577-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 21/10/2015 (Info 573)

Assim, percebe-se que a atuação da Defensoria Pública vem ganhando cada vez mais espaço na esfera coletiva, demonstrando seu caráter verdadeiramente multifacetado.

## COISA JULGADA

Segundo noticia Liebman<sup>3</sup>, a dupla função da coisa julgada é originária dos estudos do alemão Keller, nos quais demonstrou que poderia se fazer uso da coisa julgada em dois vetores, o negativo (impedir a repetição da mesma demanda) e o positivo (vincular o juiz da futura decisão acerca da primeira).

Do art. 502, NCPC é possível se extrair essa dupla função. No *caput*, há a previsão dos dois corolários da coisa julgada, suas duas características claras, quais sejam: indiscutível e imutável.

Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

Consoante Didier, Paula e Rafael, a indiscutibilidade tem duas dimensões ou funções:

**1ª função:** Impede que a mesma questão seja decidida novamente (efeito negativo da coisa julgada), gerando uma possibilidade de defesa para o réu (art. 337, VII, CPC);

**2ª função:** Exige-se que a coisa julgada seja respeitada, observada (efeito positivo da coisa julgada). Se a coisa julgada retornar como fundamento de uma pretensão (ex: questão incidental), a coisa julgada formada preteritamente deve ser observada, razão pela qual o juízo da pretensão ficará vinculado à decisão prolatada pelo colega anteriormente.

---

<sup>3</sup> Eficácia e autoridade da sentença, p. 55 apud MONTANS, Renato. Manual de Direito Processual Civil.

Consoante Cássio Scarpinella Bueno<sup>4</sup>, os limites objetivos da coisa julgada devem ser entendidos como “a parte da decisão que fica imunizada de ulteriores discussões, é dizer, o que não pode mais ser rediscutido perante o Estado-Juiz pelo prevailecimento do princípio da segurança jurídica”.

Na tutela coletiva, veremos que os limites subjetivos são bem peculiares, se compararmos ao que normalmente acontece nas demandas individuais.

Nas ações **individuais**, a coisa julgada possui limites subjetivos bem claros (art. 506, CPC), produzindo efeitos, em regra, “**inter partes**”. O pressuposto maior para delimitar quem se submeterá à coisa julgada é o **contraditório** (art. 5º, LV, CRFB). Assim, só poderiam ser afetados aqueles que tiveram a oportunidade de participar do processo. Ainda, essa coisa julgada **vinculará as partes da demanda** tanto no caso de sentença improcedente quanto no caso de sentença procedente, não interessante se houve falta de provas etc. Diz-se que forma coisa julgada “**pro et contra**”<sup>5</sup>.

Consoante Montans<sup>6</sup> e Daniel Assumpção<sup>7</sup>, estão sujeitos à coisa julgada material:

i- As **partes no processo** (quem pede e contra quem é pedido algo), e **litisconsortes ulteriores** (que se tornam partes no processo)

ii- o **Ministério Público**, quando participa do processo como **fiscal do ordenamento jurídico**.

iii- **os terceiros interessados que intervêm no feito**.

Para todos, há uma justificativa simples, qual seja, eles participaram do processo, exerceram o contraditório e puderam influenciar a decisão do magistrado.

**Há casos, porém, que a coisa julgada atinge não só aqueles que participaram do processo, mas também terceiros.** São os casos de coisa julgada **ultra partes** e **erga omnes**.

Por coisa julgada ultra partes, a coisa julgada atinge não só as partes, mas determinados terceiros. Nesses casos, excepciona-se a regra do art. 506 de que terceiros não podem ser prejudicados pela coisa julgada.

### **1ª hipótese: Substituídos**

---

<sup>4</sup> Curso sistematizado de direito processual civil, v. 2, t. I, 3ª ed., 2010, p. 416.

<sup>5</sup> Na tutela coletiva, o raciocínio é **diferente**, como veremos adiante.

<sup>6</sup> Op. Cit., p. 562.

<sup>7</sup> Op. Cit, p. 806.

Ocorre nas hipóteses em que o sujeito que é parte no processo atua sob **legitimação extraordinária**<sup>8</sup>, isto é, atua em nome próprio, mas em defesa de terceiro (substituído).

**Ex1:** A tutela **coletiva** é efetivada, na maioria dos casos, sob legitimação extraordinária. Um legitimado (ex: MP, Defensoria, Administração Pública etc.) atua em nome próprio, mas defendendo interesse da coletividade.

Nas ações **individuais**, também é plenamente possível essa substituição processual.

**Ex2:** É o caso do mandado de segurança, em que alguém impetra o writ em nome próprio para defender direito alheio, se tornando um substituto processual. Assim, se alguém passou em segundo lugar do concurso público e o sexto colocado é chamado antes do próprio primeiro colocado, tem de ver se este irá fazer alguma coisa. Se ele não buscar seu direito líquido e certo, o segundo colocado poderia notificar o primeiro. Se o primeiro se mantivesse inerte, o 2º colocado, em seu nome, poderia impetrar MS para fazer valer o direito do 1º colocado, a fim de que, depois, possa buscar a sua própria nomeação.

### 2ª hipótese: Sucessores

Consoante Assumpção, os sucessores assumem os direitos e obrigações do sucedido, transmitindo-se também a esses a imutabilidade decorrente da coisa julgada.

Não por acaso eles poderão propor ação rescisória:

Art. 967. Têm legitimidade para propor a ação rescisória:

I - quem foi parte no processo ou o seu sucessor a título universal ou singular;

### 3ª hipótese: Legitimação Concorrente

Nesses casos, é possível que um dos legitimados possa tutelar em juízo direito pertencente a outro, que poderia figurar no processo como litisconsorte unitário ativo facultativo.

**Ex1:** Podemos dar também o exemplo de **coproprietários**. Se há necessidade de propor uma reivindicatória, um deles é legitimado para buscar, sozinho, o direito, por meio dessa demanda.

Aquele que foi a juízo será legitimado ordinário (defende em nome próprio interesse próprio) e também legitimado extraordinário (defende em nome próprio interesse alheio – do irmão) e o irmão que não foi a juízo será substituído.

---

<sup>8</sup> Corrente majoritária entende que legitimação extraordinária e substituição processual representam o mesmo instituto.

Se o condômino ganhar ou perder a demanda, **haverá coisa julgada, que beneficiará ou prejudicará inclusive o titular do direito (outro condômino) que sequer participou do processo.**

#### 4ª hipótese: Solidariedade (art. 274, CC)

Art. 274. O julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais, mas o julgamento favorável aproveita-lhes, sem prejuízo de exceção pessoal que o devedor tenha direito de invocar em relação a qualquer deles. (Redação dada pela Lei nº 13.105, de 2015)

Significa dizer que numa demanda proposta por algum dos credores solidários, sendo julgado **procedente** o pedido e condenado o réu ao pagamento, o julgamento aproveita a todos os demais credores solidários, mesmo que não tenham participado do processo. Assim, caso o devedor entre com uma ação de inexigibilidade de débito contra um credor solidário que não participou da 1ª demanda, este poderá se defender suscitando a coisa julgada material.

Doutro lado, caso da 1ª demanda seja **improcedente**, a coisa julgada não vinculará os credores solidários que não foram partes. Trata-se, segundo Assumpção, de coisa julgada *secundum eventum litis* em relação aos terceiros<sup>9</sup>, pois a esses se estenderá a depender do resultado do processo.

#### 5ª hipótese: Tutela Coletiva (art. 103, II, CDC)

É o caso do art. 103, II, CDC (direitos coletivos *stricto sensu*).

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

Aqui, há uma abrangência maior que *inter partes*, mas menor que *erga omnes*, pois a coisa julgada fica limitada ao grupo, categoria ou classe.

Já a coisa julgada *erga omnes* atinge todos os jurisdicionados, tenham ou não participado do processo.

**Ex1:** arts. 103, I e III, CDC (direitos difusos e individuais homogêneos).

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

---

<sup>9</sup> Em relação às partes no processo a coisa julgada é *pro et contra*. Somente quanto à extensão aos terceiros (credores solidários) que a coisa julgada é *secundum eventum litis*.



I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

**Ex2:** É a previsão também do art. 18 da Lei de Ação Popular, que trata de direitos difusos.

Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

As técnicas de formação da coisa julgada são:

**i- Coisa julgada “pro et contra”:** Havendo análise de mérito, há coisa julgada (independente do resultado, se de procedência ou improcedência). Ocorre, predominantemente, nas demandas individuais.

**ii- coisa julgada “secundum eventum litis”:** a coisa julgada se fará somente quando houver procedência; se for improcedente, com ou sem provas, não há coisa julgada. Ocorre, predominantemente, nas demandas coletivas. Contudo, como afirma Assumpção, o art. 274, CC já trazia uma hipótese em que a coisa julgada serviria apenas para beneficiar o credor solidário. E, com o CPC/15, o autor ainda defende que a coisa julgada “secundum eventum litis” se tornou a regra, pois o art. 506 prevê que a coisa julgada não pode prejudicar, mas pode beneficiar terceiros.

**iii- coisa julgada “secundum eventum probationis”:** a coisa julgada se fará de acordo com o evento probatório. Exemplo: haverá coisa julgada, salvo improcedente o pedido por falta de provas.

Como dissemos, nas demandas individuais, a coisa julgada vinculará as partes da demanda tanto no caso de sentença improcedente quanto no caso de sentença procedente, não interessante se houve falta de provas etc. Diz-se que a coisa julgada é “pro et contra”.

Na tutela coletiva, o raciocínio é diferente. A Lei de Ação Popular traz o conceito da coisa julgada *secundum eventum probationis*, isto é, nos direitos difusos e nos coletivos (estrito senso) existe a possibilidade de repropor a ACP se julgada improcedente por falta de provas, contanto que se apresente nova prova.

Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Assim, nas ações coletivas que versem sobre **direitos difusos e coletivos**, podemos ter a seguinte situação:

**i- sentença de procedência:** haverá coisa julgada *erga omnes*, no caso de direitos difusos; e *ultra partes*, no caso de direitos coletivos.

Assim, a matéria decidida na sentença não poderá ser rediscutida, pelo réu, contra qualquer colegitimado, ainda que ele não tenha feito parte do processo. Qualquer colegitimado poderá executar o título judicial. Há coisa julgada material. Os indivíduos que foram lesados pelo mesmo fato também serão beneficiados (*coisa julgada secundum eventum litis in utilibus*), podendo já entrar com liquidação e execução da sentença.

**Ex1:** numa contaminação da água de rio causada pela poluição de uma indústria, temos o direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CRFB). Suponhamos que o MP ou Defensoria entre com uma demanda e, no dispositivo, haja condenação da empresa à promover a despoluição do rio. Paralelamente, há pescadores que foram prejudicados individualmente, pois não puderam exercer sua profissão, ou mesmo agricultores, que não puderam utilizar a água para irrigação. Nesse caso, a coisa julgada da demanda coletiva beneficiaria os indivíduos lesados, que já poderiam proceder à liquidação e execução de seus danos. Atenção! Esse indivíduo só não será beneficiado pela coisa julgada da ação coletiva se tiver proposto a ação individual e, no seu curso, for informado da pendência de demanda coletiva sobre o mesmo fato (*fair notice*) e, no prazo de 30 dias, preferir continuar com a ação individual (*right to opt out*) por não suspender sua ação individual e se desvinculando (art. 104, CDC).

**ii- sentença de improcedência por insuficiência de provas:** não haverá coisa julgada material. Qualquer legitimado (inclusive o que ajuizou a 1ª demanda) poderá propor outra ACP com o mesmo objeto, valendo-se de nova prova. Segundo Ada Pellegrini<sup>10</sup>, essa seria uma excepcional hipótese de permissão do “non liquet”, em que o juiz não julga o mérito da causa em face da insuficiência de provas produzidas pelo autor coletivo. Ora, não seria justo prejudicar toda a coletividade, que não participou do processo, por uma falha do legitimado extraordinário que não soube comprovar aquilo que alegou na ação coletiva.

**iii- sentença de improcedência por pretensão infundada:** haverá coisa julgada material. Nenhum legitimado, ainda que não tenha participado do processo, poderá propor outra ACP com o mesmo objeto litigioso.

**Obs1:** Tal coisa julgada **não prejudicará os direitos individuais dos lesados.**

Ex: ACP contra poluição causada pela empresa no rio. O direito difuso ou coletivo pode ter sofrido a coisa julgada material, mas o direito individual (ex: sujeito que usou dessa água e ficou contaminado) fica resguardado, de modo que a vítima poderá ainda ajuizar demanda individual para ser indenizada.

*Art. 103, § 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.*

Percebam que há, portanto, uma coisa julgada “*secundum eventum in utilibus*”, pois somente a decisão que seja útil ao indivíduo será capaz de vinculá-lo à coisa julgada material.

---

<sup>10</sup> Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. Revista Forense, n. 301, p. 9.

Já na coisa julgada em processo coletivo versando sobre os direitos individuais homogêneos, tem-se:

**i- sentença de procedência:** haverá coisa julgada *erga omnes*, não podendo ser rediscutida em outro processo, ainda que por outros colegitimados. A sentença já abrangeu todos os titulares desses direitos individuais, devendo-se provas, na liquidação da sentença, que estão na situação fática nela reconhecida, e qual o montante de seu prejuízo, para depois executá-la.

**ii- sentença de improcedência, seja qual for o fundamento:** haverá coisa julgada, mas não será *erga omnes*. Ela impedirá a propositura de nova ACP com o mesmo objeto (defesa molecularizada), mas não obstará que os indivíduos proponham demandas individuais (defesa atomizada). Apenas se o indivíduo se valeu do art. 94, CDC e interveio na ACP como litisconsorte, aí sim será afetado pela coisa julgada, estando impedido de propor demanda individual (art. 103, §2º, CDC).

*Art. 103, § 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que NÃO tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.*

Por esses fatores que se diz que nas ações coletivas versando sobre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, a **coisa julgada é secundum eventum litis**, pois a sua existência dependerá se a sentença foi favorável ou desfavorável.

Ademais, nas ações coletivas que versem sobre direitos difusos e coletivos, a coisa julgada material, nas sentenças de improcedência, depende do seu fundamento, isto é, ela só existirá se a improcedência não for por falta de provas. Por isso, diz-se que a **coisa julgada** material, nesses casos (difusos e coletivos), também é **secundum eventum probationis**.

Márcio Cavalcante elaborou um quadro que resume todas essas posições:

SENTENÇA	DIFUSOS	COLETIVOS	INDIVIDUAIS HOMOG
PROCEDENTE	Fará coisa julgada <i>erga omnes</i> .	Fará coisa julgada ultra partes.	Fará coisa julgada <i>erga omnes</i> .
IMPROCEDENTE COM EXAME DAS PROVAS	Fará coisa julgada <i>erga omnes</i> . Impede nova ação coletiva. O lesado pode propor ação individual.	Fará coisa julgada ultra partes. Impede nova ação coletiva. O lesado pode propor ação individual.	Impede nova ação coletiva. O lesado pode propor ação individual se não participou da ação coletiva.
IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS	Não fará coisa julgada <i>erga omnes</i> . Qualquer legitimado pode propor nova ação coletiva, desde que haja prova nova.	Não fará coisa julgada <i>erga omnes</i> . Qualquer legitimado pode propor nova ação coletiva, desde que haja prova nova.	Impede nova ação coletiva. O lesado pode propor ação individual se não participou da ação coletiva.

Ainda, ressalte-se o conceito de transporte in utilibus da coisa julgada. Conceitualmente, é a possibilidade de aproveitar os efeitos de uma sentença transitada em julgado em favor de uma pretensão que não fora deduzida no mesmo processo, bastando, para tanto, que o titular da pretensão a invoque, proceda à sua liquidação e à execução do respectivo crédito<sup>11</sup>.

CDC, Art. 103, § 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

Para que ocorra, o réu deverá comunicar nos autos da ação individual que existe uma ação coletiva com objeto correspondente (ônus do réu). Uma vez comunicado, o autor da ação individual deverá requerer no prazo de 30 dias a suspensão da ação individual.

Por fim, vamos à discussão (recentemente pacificada) sobre o art. 16 da Lei de Ação Civil Pública:

Art. 16, LACP. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

O STJ já entendia que o art. 16, LACP era ineficaz (STJ Resp. 1.391.198-RS e Resp. 1.243.887 - PR - Corte Especial e STJ- Resp. 1.614.263-RJ - Rel. Min. Herman Benjamin, j. 18.08.16), no sentido de que não deveria ficar limitado o efeito da sentença apenas aos limites territoriais de atuação do órgão prolator. Isso porque, dentre outras razões, esse **dispositivo limita a base territorial do órgão prolator e isso contraria o próprio objetivo da ACP, que é o de obter uma sentença que favoreça muitos interessados**, que estão em diversas localidades do país.

Mais recentemente, o STF declarou o art. 16, LACP inconstitucional:

É inconstitucional a delimitação dos efeitos da sentença proferida em sede de ação civil pública aos limites da competência territorial de seu órgão prolator.

I - É inconstitucional o art. 16 da Lei 7.347/85, alterada pela Lei nº 9.494/97.

II - Em se tratando de ação civil pública de efeitos nacionais ou regionais, a competência deve observar o art. 93, II, da Lei nº 8.078/90 (CDC). A alteração legislativa promovida pela Lei

---

<sup>11</sup> MASSON, Cleber; ANDRADE; Adriano; ANDRADE, Landolfo. Interesses difusos e coletivos esquematizado. 5ª edição, São Paulo: Método, 2018, p. 299.

9.494/97 passou a exigir dos legitimados, nos casos em que a lesão ou ameaça a direito fosse de âmbito regional ou nacional, a propositura de tantas demandas quanto fossem os territórios em que residem as pessoas lesadas. Ex: em um dano nacional, teria que ser proposta uma ação em cada comarca. Percebe-se, sem muito esforço, que isso acarreta grave prejuízo ao necessário tratamento isonômico de todos perante a Justiça, além de afrontar claramente eficiência na prestação da atividade jurisdicional.

III - Ajuizadas múltiplas ações civis públicas de âmbito nacional ou regional, firma-se a prevenção do juízo que primeiro conheceu de uma delas, para o julgamento de todas as demandas conexas.

STF. Plenário. RE 1101937/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 7/4/2021 (Repercussão Geral – Tema 1075) (Info 1012).<sup>12</sup>

## TEMAS ESSENCIAIS DIREITO PROCESSUAL CIVIL<sup>13</sup>

### GRATUIDADE DE JUSTIÇA, ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA E ASSISTÊNCIA JURÍDICA

O termo “gratuidade de justiça” se refere à isenção do pagamento de taxas e custas judiciais, assim como de emolumentos e despesas processuais e é garantida constitucionalmente de forma expressa no art. 5º, LXXIV: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. A gratuidade de justiça abrange todas as despesas necessárias para o pleno exercício dos direitos da pessoa em situação de hipossuficiência, em juízo ou fora dele. De acordo com o art. 98, CPC, tem direito à gratuidade da justiça a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, desde que não possua recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios. Essa garantia é estendida, inclusive aos estrangeiros não residentes no país, pois a Lei 1.060/50, que regulava o procedimento de concessão da justiça gratuita e negava esse benefício aos estrangeiros residentes no exterior, foi inteiramente revogada com o advento do CPC/2015. Entretanto, esse direito não exime a parte

---

<sup>12</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. É inconstitucional a delimitação dos efeitos da sentença proferida em sede de ação civil pública aos limites da competência territorial de seu órgão prolator. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/e382f91e2c82c3853aeb0d3948275232>>. Acesso em: 03/10/2021

<sup>13</sup> Material retirado do ECJ do Prof. Rodrigo Vaslin.

beneficiária do pagamento de honorários de sucumbência, nem de multas processuais eventualmente impostas (art. 98, §2º, §4º, CPC).

Além disso, conforme entendimento do STJ, a benesse pode ser concedida mesmo que a parte possua advogado constituído, isto é, trata-se de benefício que independe da forma de assistência jurídica adotado no caso concreto. Sobre o tema, por fim, é importante destacar que no caso da pessoa natural, com uma simples declaração de estado de miserabilidade/pobreza forma-se a presunção de que esta é verdadeira. Já em relação às pessoas jurídicas, para fazer jus a esse benefício, não há a incidência dessa presunção, isto é, a empresa deve comprovar seu estado de pobreza e a necessidade da concessão do benefício. Além disso, conforme entendimento do STJ e do STF, essa exigência independe de a empresa possuir fins lucrativos ou não, sendo necessária em ambos os casos.

Já por “assistência judiciária” entende-se o patrocínio da causa por um advogado (dativo ou constituído) ou defensor na via judicial propriamente dita. Trata-se de assistência endoprocessual somente e relativa à causa em juízo.

Por fim, a “assistência jurídica” é termo mais amplo, que abrange não somente a assistência judiciária, mas também toda e qualquer forma de auxílio à parte, isto é, inclui a orientação jurídica (consultoria e educação em direitos), assistência extrajudicial (defesa em processos administrativos, provocação de políticas públicas, como na atuação de tutela coletiva e utilização de métodos consensuais de resolução de conflitos) e inclusive a assistência transnacional (defesa de cidadãos carentes na jurisdição internacional). Assim, percebe-se que, enquanto a assistência judiciária endoprocessual pode ser realizada por defensor público ou por advogado dativo, as demais atuações da assistência jurídica somente podem ser exercidas pelo defensor público, tendo em vista a própria Constituição Federal ter atribuído à Defensoria uma série de atribuições que vão além da mera representação da parte em juízo, como a legitimidade para atuação como substituto processual da coletividade em demandas transindividuais (art. 134, CF).

No tocante à evolução histórica da prestação de assistência jurídica no país, tem-se que no Brasil Colônia existia a previsão da isenção de custas do agravo aos manifestamente pobres. Já no Brasil Império havia apenas a advocacia *pro bono*, em caráter caritativo, em que pese tenha sido criado cargo de “advogado dos pobres” na Câmara Municipal da Corte, cargo extinto um pouco depois, em 1884.

Avançando um pouco mais, a CF de 1891 não previu a assistência jurídica gratuita, muito embora em 1897 tenha sido criado no Rio de Janeiro o primeiro órgão de assistência judiciária do Brasil, por meio do Decreto 2.457: Assistência Judiciária do Distrito Federal. A Constituição de 1934, por sua vez, positivou constitucionalmente o direito à assistência judiciária aos necessitados, prevendo a criação de “órgãos especiais” para esse fim.

Já a Constituição de 1937, a constituição “polaca”, em verdadeiro retrocesso, nada dispôs sobre o tema, que só voltou a ser previsto no CPC/39. A Constituição de 1946, por seu turno, elevou novamente a assistência judiciária ao patamar constitucional, em que pese não tenha incubido ou criado nenhum órgão para tanto, motivando diversos estados-membros a instituírem órgãos próprios para essa finalidade e provocando a heterogeneidade dos modelos de assistência judiciária no país. Assim, estados como MG, RJ e PE criaram órgãos específicos, enquanto outros continuaram a credenciar advogados para a prestação gratuita desse serviço.

Em 1950, sobreveio a Lei 1.060/50, que regulamentou o direito à gratuidade de justiça e adotou um modelo misto de assistência judiciária, pois seu art. 1º estabelecia que União e Estados criariam um órgão para prestá-la, ao mesmo tempo que permitia a nomeação de advogados pro bono pelo juízo de comarcas sem esses órgãos instalados (realidade presente até hoje, de certa forma, com os advogados dativos). Também a CF de 67/69 previu o direito à assistência judiciária aos necessitados, malgrado tenha o instituído como norma de eficácia limitada (art. 153, §32).

Finalmente, a CF de 1988 cria o modelo de Defensoria Pública tal qual é conhecido hoje, prevendo, pela primeira vez, a assistência jurídica integral e gratuita. A Lei Complementar 80, de 1994, organizou a DPU e instituiu normas gerais para as DPEs, tendo lhes sido reconhecida a autonomia funcional e administrativa por meio da EC 45/2004 e, posteriormente, com a Lei 11.448/2007, reconhecida também a legitimidade para propor ação civil pública na defesa dos vulneráveis.

## AÇÕES POSSESSÓRIAS

As ações possessórias também são conhecidas como interditos possessórios, uma vez que são uma forma de tutela do possuidor contra um fato que ofenda sua posse.

De todas as ações que tutelam a posse, o CPC escolheu três para chamar de ação possessória:

**REINTEGRAÇÃO DE POSSE:** em hipótese de ESBULHO – perda da posse;

**MANUTENÇÃO DE POSSE:** em hipótese de TURBAÇÃO – há um sacrifício parcial do exercício da posse;

**INTERDITO PROIBITÓRIO:** em hipótese de AMEAÇA de agressão à posse.

Nas disposições gerais que regulamentam as ações possessórias, o Novo Código de Processo Civil manteve diversas regras existentes sobre o tema no CPC/1973: fungibilidade entre as três diferentes ações possessórias (arts. 554 do Novo CPC e 920 do CPC/1973); previsão de pedido contraposto visando à proteção possessória e indenização por perdas e danos (arts. 556 do Novo CPC e 922 do CPC/1973); vedação à propositura de ação petítória durante o trâmite da ação possessória (arts. 557, caput, do Novo CPC e 923 do CPC/1973); previsão de procedimento ordinário na hipótese de posse velha (arts. 558 do Novo CPC e 924 do CPC/1973) e exigência de prestação de caução quando o autor, reintegrado ou mantido provisoriamente na posse, carecer de idoneidade financeira (arts. 559 do Novo CPC e 925 do CPC/1973), no prazo de cinco dias, que pode ser dilatado no caso concreto nos termos do art. 139, VI, do Novo CPC (Enunciado 179 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC))

O art. 557, caput, do Novo CPC prevê a impossibilidade de autor e réu ingressarem com ação de reconhecimento do domínio enquanto pendente a ação possessória, mas explicita que essa vedação exige uma identidade de partes nas duas ações. Assim, se a pretensão petítória for deduzida em face de terceira pessoa, não haverá qualquer impedimento.

- Ação possessória multitudinária:

Art. 565. No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2º e 4º.

§ 1º Concedida a liminar, se essa não for executada no prazo de 1 (um) ano, a contar da data de distribuição, caberá ao juiz designar audiência de mediação, nos termos dos §§ 2º a 4º deste artigo.

§ 2º O Ministério Público será intimado para comparecer à audiência, e a Defensoria Pública será intimada sempre que houver parte beneficiária de gratuidade da justiça.

§ 3º O juiz poderá comparecer à área objeto do litígio quando sua presença se fizer necessária à efetivação da tutela jurisdicional.

§ 4º Os órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, de Estado ou do Distrito Federal e de Município onde se situe a área objeto do litígio poderão ser intimados para a audiência, a fim de se manifestarem sobre seu interesse no processo e sobre a existência de possibilidade de solução para o conflito possessório.

§ 5º Aplica-se o disposto neste artigo ao litígio sobre propriedade de imóvel.

- Oposição pelo ente público:

Em ação possessória entre particulares é cabível o oferecimento de oposição pelo ente público, alegando-se incidentalmente o domínio de bem imóvel como meio de demonstração da posse. STJ. Corte Especial. EREsp 1134446-MT, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 21/03/2018 (Info 623).

## AÇÕES DE FAMÍLIA

O CPC/73 não dispunha sobre uma tipologia para as ações de família, apenas disciplinando a separação judicial consensual no âmbito da jurisdição voluntária (arts. 1.120 a 1.124).

Consoante Alexandre Freire Pimentel<sup>113</sup>, em 2005, o art. 1.121 foi alterado para dispor sobre visitação dos filhos do casal, bem como para ratificar que a partilha fosse realizada após a homologação da separação consensual, quando houvesse disputa sobre a divisão do patrimônio. Em 2007, foi inserido o art. 1.124-A no CPC/73 para autorizar a realização extrajudicial de separação e divórcio consensuais, por meio de escritura pública, desde que não houvesse filhos menores ou incapazes.

No CPC/15, as ações de família foram mais bem sistematizadas, passando a ser divididas em: a) ações de família de jurisdição contenciosa (arts. 693 a 699); b) ações de família de jurisdição voluntária (arts. 731 a 734).



Assim dispondo, o CPC/15 criou dois procedimentos especiais-padrão, que devem ser respeitados por todas as ações de família, salvo aquelas disciplinadas por legislação extravagante (v.g. ação de alimentos gravídicos).

O rol previsto nos arts. 693 e 731 é exemplificativo, podendo existir outros tipos de ações de família. Por exemplo, na jurisdição contenciosa, pode-se citar a ação de anulação de casamento, prestação de contas familiar (Lei n. 13.058/14), adoção, medida cautelar de separação de corpos etc. Na jurisdição voluntária, também poderia tramitar ações sobre guarda, visitação e filiação de índoles não contenciosas.

Conforme art. 189, II, as ações de família correm em segredo de justiça. Não se aplica o referido segredo, porém, aos procedimentos consensuais extrajudiciais de separação, divórcio e dissolução de união estável (Resolução 35/2007, CNJ).

Feita a introdução, vamos às ações aqui tratadas (divórcio, separação, extinção da união estável, guarda, visitação e filiação).

Divórcio e Separação: Em Direito Civil, vocês estudam com maior profundidade a criação do divórcio, pela EC9/1977 (antes o vínculo matrimonial era indissolúvel), posteriormente abordado na Lei n. 6.515/77 com todas as suas nuances. Na supracitada matéria, sabem da divergência sobre a existência ou não da separação judicial em nosso ordenamento, tendo em vista o advento da EC66/2010. Ora, o art. 226, §6º, CRFB previa que:

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

A EC66/2010, porém, suprimiu a referência à separação judicial.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

1ª corrente: A EC66/2010 suprimiu o instituto da separação judicial. Não há mais necessidade desse instituto. Os cônjuges possuem um direito potestativo de optar pelo divórcio a qualquer momento.

2ª corrente: A separação apenas deixou de ser uma etapa prévia e obrigatória à ação de divórcio, mas subsiste. Ora, as partes podem optar pela separação por diversos motivos: i- religiosos: são bastante católicos e não querem ser considerados divorciados; ii- almejam apenas terminar a sociedade conjugal e seus deveres (v.g. fidelidade, coabitação, regime de bens etc.), mas manter o casamento, pois ele poderá ser restabelecido mais facilmente (art. 1.577, CC).

Art. 1.577. Seja qual for a causa da separação judicial e o modo como esta se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer, a todo tempo, a sociedade conjugal, por ato regular em juízo.

Parágrafo único. A reconciliação em nada prejudicará o direito de terceiros, adquirido antes e durante o estado de separado, seja qual for o regime de bens.

No CPC/15, acabou prevalecendo a 2ª corrente, pois foi previsto expressamente o procedimento de separação judicial.

União Estável: Segundo Flávio Tartuce<sup>114</sup>, há dois vetores hermenêuticos fundamentais para reconhecer uma união estável: a estabilidade e o objetivo de constituição de família.

CC, Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

A união estável, pois, é constituída no mundo dos fatos, sem precisar de uma chancela formal, como ocorre com o casamento. Entretanto, o CPC/15 inovou ao regulamentar o procedimento das ações de união estável. Passou a prever, no art. 693, a possibilidade de, na jurisdição contenciosa, requerer tanto o reconhecimento quanto a extinção da união estável. Na jurisdição voluntária, porém, o art. 731 apenas previu a possibilidade de extinção da união estável.

De todo modo, a doutrina tem salientado que, se o CPC/15 admite a homologação de acordos extrajudiciais (art. 515, III, CPC), pode muito bem admitir procedimento de jurisdição voluntária para reconhecimento de união estável. Não custa dizer que tudo o que aqui foi dito se aplica também se aplicará à união estável homoafetiva, tendo em vista a ADI 4.277 e ADPF 132, em que o STF, à unanimidade, considerou constitucional referida união.

Guarda, Visitação e Filiação: A guarda<sup>115</sup>, decorrência do poder parental, traduz um plexo de obrigações e direitos em face do menor, especialmente de assistência material e moral. Ela pode ser:

i- unilateral ou exclusiva: o pai ou a mãe, unilateralmente e por período indeterminado, exerce a função de guardião, cabendo ao outro o direito de visitas.

ii- compartilhada: É a regra (Leis n. 11.698/08 e n. 13.058/14), sendo que não existe exclusividade no exercício da guarda, de maneira que o pai e a mãe conjunta e simultaneamente conduzem a vida do seu filho, sem prevalência de qualquer dos genitores.

Art. 1.583, § 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

iii- alternada: Estabelece períodos exclusivos de guarda que se sucedem em paralelo ao regime de visitas. É a guarda mochila.

iv- aninhamento ou nidação: A criança é colocada na mesma moradia, substituindo-se os pais nos períodos de convivência.

A visitação é fixada juntamente com a guarda.

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente. (Lei nº 12.398, de 2011)

Sobre as demandas de filiação, iremos tratar em momento oportuno.

Sobre seu cabimento, o art. 693 prevê um rol exemplificativo de demandas:

Art. 693. As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação.

Parágrafo único. A ação de alimentos e a que versar sobre interesse de criança ou de adolescente observarão o procedimento previsto em legislação específica, aplicando-se, no que couber, as disposições deste Capítulo.

Por não ser taxativo, o procedimento também se aplicará à ação de anulação de casamento, prestação de contas familiar (Lei 13.058/14), adoção, medida cautelar de separação de corpos etc. Ainda, o art. 693, parágrafo único, dispõe que esse procedimento se aplica subsidiariamente à ação de alimentos<sup>116</sup> e às demandas que versem sobre criança e adolescente<sup>117</sup>.

Ainda, houve enorme enfoque do CPC/15 na resolução consensual de conflitos. Se isso ocorre no procedimento comum, nas ações de família há um reforço.

Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

Nesse ponto, Assumpção<sup>118</sup> entende que essa suspensão nem fica limitada ao prazo de 6 meses do art. 313, §4º, CPC, podendo se dar por prazo indeterminado, isto é, o prazo que for necessário às partes para chegarem a uma solução consensual do conflito.

Nessa linha de estimular a solução consensual, ainda temos o art. 696.

Art. 696. A audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito.

Por fim, recebida a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de conciliação e mediação.

Art. 695. Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória<sup>120</sup>, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694.

Assumpção, Medina e Marinoni apontam que, enquanto no procedimento comum é possível não ocorrer a audiência quando ambas as partes manifestam desinteresse, no procedimento de ação de família a audiência é obrigatória, independentemente da vontade das partes.

Ainda, há outra peculiaridade (art. 695, §1º), consistente no fato de que o mandado de citação não conterá a cópia da petição inicial, pois a leitura do réu de uma petição inicial (muitas vezes ofensiva), irá armá-lo para a audiência, diminuindo a probabilidade de acordos.

§ 1º O mandado de citação conterá apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo.

Não realizado o acordo, aí sim o processo seguirá sob o rito comum, correndo o prazo para a contestação da data da audiência, conforme art. 335, CPC.

Nos feitos sobre abuso ou alienação parental, o magistrado tomará o depoimento do incapaz sempre acompanhado de um especialista e, segundo recomendação 33/2010 do CNJ, deveria ser realizado em ambiente separado, com participação de especialista, usando princípios básicos da entrevista cognitiva, também chamada de “depoimento sem dano” (art. 699, CPC).

Art. 699. Quando o processo envolver discussão sobre fato relacionado a abuso ou a alienação parental, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deverá estar acompanhado por especialista.

## EXECUÇÃO DE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA

A execução de alimentos, prevista nos arts. 528 a 533 e 910 a 913, nada mais é que uma execução de obrigação de pagar quantia certa com algumas peculiaridades. A especialidade se assenta não só no direito tutelado, mas também nas técnicas processuais disponíveis para a satisfação da obrigação.

**1ª corrente** (Assumpção, Marinoni, Scarpinella Bueno): a via especial serve para quaisquer alimentos, independentemente de sua origem. Ora, a necessidade do credor de alimentos é similar em todas as hipóteses. Não faz sentido dizer que a necessidade do filho cujo pai saiu do lar (direito de família) deve ser privilegiado em detrimento da necessidade do filho cujo pai morreu em acidente automobilístico (alimentos indenizatórios). O próprio STJ entende, p. ex., que o bem de família não pode ser oponible às

dívidas alimentares, sejam decorrentes do Direito de Família, sejam decorrentes de atos ilícitos. O mesmo raciocínio poderia ser aplicável à prisão civil, devendo esta ser cabível para ambas todas as hipóteses de cobrança de alimentos.

**2ª corrente** (Greco, Dinamarco, **STJ**<sup>14</sup>): a via especial é limitada aos alimentos legítimos (art. 1.694, CC), decorrentes de parentesco, casamento ou união estável, não englobando os alimentos voluntários (art. 1.920, CC), indenizatórios, decorrentes de atos ilícitos (v.g. arts. 948 a 951, CC), bem como aqueles decorrentes da remuneração do trabalho (v.g. honorários advocatícios). O próprio parecer final nº 956 do Senado indica a **adoção dessa 2ª corrente pelo CPC/15**:

*Assim como o art. 733, CPC/73 não individualiza a espécie de alimentos autorizados da prisão civil no caso de inadimplência, o novo diploma processual também não o fará, o que desaguará na conclusão de **manutenção da orientação jurisprudencial pacificada até o presente momento, firmada no sentido de que o não pagamento de alimentos oriundos do Direito de Família credencia a medida drástica da prisão.***

O projeto prossegue dizendo que a justificativa para tanto é que os alimentos do direito de família são fixados de acordo com a **necessidade** do alimentado e **possibilidade** do alimentante. Assim, se o devedor não paga, tendo condições, é porque está de má-fé. Já os alimentos indenizatórios são fixados de acordo com a extensão do dano (art. 944, CC) e não com a possibilidade do devedor. Assim sendo, se não pagar, não quer dizer que esteja de má-fé. Por isso os meios executórios contra o devedor de alimentos ligados ao direito de família têm que ser mais gravosos.

***Não se aplica o rito excepcional da prisão civil como meio coercitivo para o adimplemento dos alimentos devidos em razão da prática de ato ilícito.** HC 523.357-MG, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, por unanimidade, julgado em 01/09/2020, info 681.*

Aos **alimentos transitórios**, instituto do direito de família, também se aplicam os instrumentos especiais da execução de prestação alimentícia.

Ainda que o valor fixado a título de alimentos transitórios supere o indispensável à garantia de uma vida digna ao alimentando, **é adequada a utilização do rito previsto no art. 733 do CPC / art. 528 do CPC 2015 (cujo teor prevê possibilidade de prisão do devedor de alimentos)** para a execução de decisão que estabeleça a obrigação em valor elevado, tendo em vista a conduta do alimentante que, após a separação judicial, protela a partilha dos bens que administra, privando o alimentando da posse da parte que lhe cabe no patrimônio do casal. STJ. 3ª T. REsp 1362113-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, d.j. 18/2/2014 (Info 536).

---

<sup>14</sup> HC 182228, Rel. Min. João Otávio Noronha, d.j. 01/03/2011; HC 224769, Rel. Min. el. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 14/2/2012 (informativo 491).

As vias especiais são aplicáveis tanto ao cumprimento de sentença quanto à execução de título extrajudicial (art. 911, parágrafo único). Aliás, o próprio procedimento da execução de TEJ e execução de TEE é muito similar. O art. 911 é uma adequação do art. 528, *caput*, enquanto os arts. 912 e 913 são adequações dos arts. 529 e 528, §8º, CPC. Por essas razões, iremos tratar de ambos conjuntamente.

Primeiro, em relação à **competência**, a execução de TEJ (cumprimento de sentença) é regida pelo art. 516, enquanto a execução de TEE é regida pelo art. 781, CPC.

Em relação à execução de TEJ, o art. 516 prevê várias possibilidades de foros competentes para a execução.

- i- juízo que decidiu a causa (art. 516, II, CPC);
- ii- juízo do atual domicílio do executado;
- iii- juízo do local dos bens do executado;
- iv- juízo onde deva ser executada a obrigação de fazer ou não fazer (opção incluída pelo NCPC).

*Art. 516, II - o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição;*

*Parágrafo único. Nas hipóteses dos **incisos II e III**, o exequente poderá optar pelo **juízo do atual domicílio do executado**, pelo **juízo do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução** ou pelo **juízo do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer**, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem.*

No tocante à prestação alimentícia, o STJ, ainda sob a égide do CPC/73, elastecia esse rol de 4 possibilidades, acrescentando outro foro possível, qual seja, o **foro do atual domicílio do alimentando**. Por exemplo, autor propôs a demanda morando na comarca X. Agora, na fase de execução, mudou-se para a comarca Y, podendo pedir que nesta se dê o cumprimento. O art. 528, §9º do CPC/15 previu exatamente essa hipótese criada jurisprudencialmente:

*Art. 528, §9º Além das opções previstas no art. 516, parágrafo único, o exequente pode promover o cumprimento da sentença ou decisão que condena ao pagamento de prestação alimentícia no **juízo de seu domicílio**.*

Ainda, o STJ entende competente o juízo de violência doméstica contra a mulher para julgar a execução de alimentos que tenha sido fixado a título de medida protetiva. Já a execução de TEE se dá conforme o art. 781 e seus incisos:

*Art. 781. A execução fundada em título extrajudicial será processada perante o juízo competente, observando-se o seguinte:*

*I - a execução poderá ser proposta no foro de domicílio do executado, de eleição constante do título ou, ainda, de situação dos bens a ela sujeitos;*

Assumpção defende que o foro de eleição seja preferencial, por ser vontade das partes. Entretanto, o STJ (ainda na vigência do CPC/73), afirmava que os foros eram concorrentes, podendo o exequente fazer a

opção *livremente*. Embora o art. 911, parágrafo único, CPC diga que apenas os §§2º a 7º do art. 528 se aplicam à execução de TEE, a doutrina tem dito que o §9º também pode ser utilizado aqui a fim de criar mais um foro concorrente para a execução de prestação alimentícia.

*Art. 781. A execução fundada em título extrajudicial será processada perante o juízo competente, observando-se o seguinte:*

II - tendo mais de um domicílio, o executado poderá ser demandado no foro de qualquer deles;

III - sendo incerto ou desconhecido o domicílio do executado, a execução poderá ser proposta no lugar onde for encontrado ou no foro de domicílio do exequente;

IV - havendo mais de um devedor, com diferentes domicílios, a execução será proposta no foro de qualquer *deles, à escolha do exequente*;

Os incisos II, III e IV do art. 781 repetem as regras dos §§1º, 2º e 4º, todos do art. 46 do CPC.

*V - a execução poderá ser proposta no foro do lugar em que se praticou o ato ou em que ocorreu o fato que deu origem ao título, mesmo que nele não mais resida o executado.*

O inciso V é **novidade**. Trata-se de outro foro concorrente, que se juntará àqueles três foros elencados pelo inciso I do art. 781 do CPC.

Outro ponto importante: suponhamos que, em 2010, o filho João entre com ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos em face de Francisco. Apenas em 2018 a sentença transita em julgado reconhecendo a paternidade e condenando Francisco a pagar alimentos retroativos. O STJ entende que o prazo prescricional para o cumprimento de sentença que condenou ao pagamento de verba alimentícia retroativa **se inicia tão somente com o trânsito em julgado da decisão que reconheceu a paternidade**<sup>15</sup>.

Escolhido o foro competente, o exequente fará o requerimento ao juízo para que intime o executado pessoalmente a fim de que, em **três dias**: a) pague o débito; ou b) prove que fez o pagamento; ou c) justifique a sua impossibilidade.

*Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a **requerimento do exequente**, mandará*

---

<sup>15</sup> STJ. 3ª T. REsp 1634063-AC, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 20/6/2017 (Info 607).

*intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.*

Doutrina majoritária tem entendido que são contados em dias úteis, pois se trata de prazo processual (art. 219, parágrafo único, CPC). Ademais, o prazo é contado não da data da intimação do executado (art. 231, §3º), mas sim conforme o art. 231 e seus incisos (v.g. dia da juntada aos autos do AR/juntada aos autos do mandado cumprido).

Caso o executado não pague ou apresente justificativa inidônea, o exequente poderá optar:

**1ª opção: medida executiva do art. 528, §3º/art. 911, parágrafo único (prisão civil);**

**2ª opção: medidas executivas similares a qualquer outro cumprimento de sentença, sendo proibida a prisão civil (art. 528, §8º/art. 913).**

De fato, trata-se de opção do exequente.

**RHC. ALIMENTOS. PRISÃO. CIVIL.** *A Turma negou provimento ao recurso ordinário em que a defesa alega que a representante legal do alimentado se recusa a receber bens móveis e imóveis oferecidos à penhora e, assim, dificulta o pagamento do débito alimentar com a finalidade de ver decretada a prisão civil do paciente, que pretende pagar o débito de forma menos gravosa. Aduz o recurso, ainda, que o alimentado não estava privado de suas necessidades, visto que reside com a mãe em condomínio de luxo, pertencendo a classe social privilegiada. O Min. Relator, para negar o recurso, baseou-se nas circunstâncias descritas no acórdão recorrido de que a ordem de prisão originou-se da obrigação anterior assumida pelo paciente de prestar alimentos e de que ao devedor foram dadas todas as chances para cumprir sua obrigação de pai. Ademais, explicou que **cabe ao credor a escolha da forma de execução dos alimentos: a) pela cobrança com penhora de bens, conforme o art. 732 do CPC, ou b) pela execução do procedimento do art. 733 do mesmo código, caso em que é admissível a prisão civil.** Observa, também, ser pacífico o entendimento de que, para afastar a ordem de prisão decretada com base no art. 733, § 1º, do citado código, não basta o adimplemento de parcela do débito executado, é necessário que o devedor pague as últimas três parcelas anteriores ao ajuizamento da demanda acrescidas das vincendas (Súm. n. 309-STJ), o que não ocorreu no caso dos autos. Por fim, considerou não ser possível aferir, na via eleita, a incapacidade financeira do paciente para pagar a verba alimentar no valor fixado judicialmente ou mesmo a necessidade do alimentado. Precedentes citados: RHC 12.622-RS, DJ 12/8/2002, e RHC 22.001-SP, DJ 1º/10/2007. RHC 27.936-RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 16/9/2010 (informativo 447).*

**1ª opção:**

*Art. 528, § 3º Se o executado não pagar OU se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, **decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.***



Art. 911. Na execução fundada em título executivo extrajudicial que contenha obrigação alimentar, o juiz mandará citar o executado para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento das parcelas anteriores ao início da execução e das que se vencerem no seu curso, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de fazê-lo.

Parágrafo único. **Aplicam-se, no que couber, os §§ 2º a 7º do art. 528.**

**Uma vez intimado, o executado poderá:**

**a) pagar a prestação alimentícia**, o que gerará a revogação da ordem ou suspensão do cumprimento da ordem de prisão.

Art. 528, § 6º *Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.*

O valor que deve ser pago para evitar a medida extrema (prisão) é apenas dos **alimentos**, não abrangendo as custas e honorários advocatícios.

*Na execução de alimentos pelo rito do art. 733 do CPC 1973 / art. 528 do CPC 2015 (que pode gerar a prisão civil), o valor que pode ser cobrado é apenas o dos alimentos, não se podendo incluir verbas estranhas à pensão alimentícia, como as custas processuais e os honorários de advogado. Estes outros valores (custas e honorários) deverão ser executados por outro rito, que não gera prisão. STJ. 3ª Turma. HC 224769-DF, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 14/2/2012.*

O **pagamento parcial** não é suficiente para a revogação da prisão.

*A Turma reafirmou que o pagamento parcial da obrigação alimentar não afasta a **regularidade da prisão civil**. Destacou-se que este Superior Tribunal entende ser legítima a prisão civil do devedor de alimentos, quando fundamentada na falta de pagamento de prestações vencidas nos três meses anteriores à propositura da execução ou daquelas vencidas no decorrer do processo (Súm. n. 309/STJ). Ademais, eventuais alegações quanto à incapacidade material do recorrente de satisfazer a prestação alimentícia devem ser discutidas nos autos da ação de alimentos, não no âmbito estreito do writ, cujo trâmite não comporta dilação probatória. Precedente citado: HC 209.137-SP, DJe 13/9/2011. **RHC 31.302-RJ, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 18/9/2012 (informativo 504).***

**b) justificar o não pagamento.** Consoante o §2, apenas a comprovação de impossibilidade absoluta que justificará o inadimplemento.

art. 528, § 2º *Somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento.*

Isso porque o art. 5º, LXVII, CRFB só admite a prisão decorrente do inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia.

Art. 5º, LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

Se o exequente conseguir justificar de modo idôneo o não pagamento, o **STJ entende que a execução não deve ser automaticamente extinta**. O magistrado deve intimar o exequente para optar por uma de três medidas.

*Em execução de alimentos pelo rito do art. 733 do CPC 1973 (art. 528 do CPC 2015), o acolhimento da justificativa da impossibilidade de efetuar o pagamento das prestações alimentícias executadas desautoriza a decretação da prisão do devedor, mas não acarreta a extinção da execução. Se o juiz acolher a justificativa do executado, ele deverá intimar o credor para que ele informe se deseja: **i)** desistir da execução; **ii)** suspender a execução que foi proposta pelo rito do art. 733 do CPC 1973 (art. 528 do CPC 2015) aguardando para ver se a situação econômica do devedor se modifica; ou **iii)** mudar o rito da execução para o do art. 732 do CPC 1973 (art. 523 do CPC 2015), que não prevê prisão civil, mas apenas medidas patrimoniais, como a penhora e expropriação de bens<sup>16</sup>. Para que o devedor consiga pôr fim à obrigação alimentícia, deverá ajuizar ação de exoneração ou de revisão de alimentos. STJ. 4ª T. REsp 1185040-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, d.j. 13/10/2015 (Info 573).*

Ainda, válido destacar que a **superveniente propositura de ação de exoneração de alimentos não torna ilegal o decreto de prisão** fundado em anterior inadimplemento da obrigação alimentar e não obsta o prosseguimento da execução.

O desemprego involuntário pode ser considerado uma comprovação da impossibilidade:

*A 2ª Turma concedeu habeas corpus de ofício a determinado devedor que estava preso por não ter pago a pensão alimentícia, **mas provou, no caso concreto, que estava desempregado**. Os Ministros entenderam que o inadimplemento não foi voluntário em virtude da situação de desemprego. STF. 2ª Turma. HC 131554/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 15/12/2015 (Info 812).*

Todavia, se essa pergunta vier em prova, frisando o desemprego sem mais nenhuma informação a respeito, digam que a situação *desemprego do alimentante não o isenta da obrigação alimentar perante seus filhos*<sup>17</sup>, até porque o alimentante pode ter outras fontes de renda.

**c) não pagar, tampouco justificar, o que ensejará a sua prisão.**

<sup>16</sup> Significa que haverá a conversão do procedimento do art. 528, §2º no procedimento do art. 528, §8º, equivalente ao cumprimento de sentença de obrigação de pagar quantia certa (arts. 523 a 527).

<sup>17</sup> STJ, 3ª T, RHC 29.777/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, d.j. 05/05/2011.

Art. 528, § 3º Se o executado não pagar OU se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, **decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.**

A prisão deve ser requerida expressamente pelo exequente, não podendo ser decretada de ofício pelo magistrado ou a pedido do MP.

**EXECUÇÃO. PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA. PRISÃO CIVIL DE OFÍCIO.** Na espécie, constata-se que a alimentanda, ao ajuizar a ação de execução de alimentos, expôs os fatos e fundamentos que dão supedâneo à sua pretensão, **sem fazer qualquer referência ao procedimento a ser adotado.** Apenas requereu, em síntese, a condenação do executado para pagar o valor integral decorrente da pensão alimentícia do período de dezembro de 2000 até março de 2005, deduzindo-se os valores parcialmente pagos, não havendo qualquer pedido no sentido de que, pelo inadimplemento do débito alimentar pleiteado, seja utilizado o meio coercitivo da prisão civil. Diante disso, a Turma concedeu a ordem ao entendimento de que é certo que a execução de sentença condenatória de prestação alimentícia, em princípio, rege-se pelo procedimento da execução por quantia certa, ressaltando-se contudo, que a considerar o relevo das prestações de natureza alimentar, que possuem nobres e urgentes desideratos, a lei adjetiva civil **confere ao exequente a possibilidade de requerer a adoção de mecanismos que propiciam a célere satisfação do débito alimentar seja pelo meio coercitivo da prisão civil** do devedor seja pelo desconto em folha de pagamentos da importância devida. Todavia, é inconcebível que a exequente da verba alimentar, maior interessada na satisfação de seu crédito que detém efetivamente legitimidade para propor os meios executivos que entenda conveniente, seja compelida a adotar procedimento mais gravoso para o executado, do qual não se utilizou voluntariamente. Vale ressaltar **que a prisão civil não deve ser decretada ex officio**, isso porque é o credor quem sempre estará em melhores condições que o juiz para avaliar sua eficácia e oportunidade. Deixa-se, pois, ao exequente a liberdade de pedir ou não a aplicação desse meio executivo de coação, quando entenda que lhe vai ser de utilidade, pois pode acontecer que o exequente, maior interessado na questão, por qualquer motivo, não julgue oportuna e até considere inconveniente a prisão do executado. **HC 128.229-SP, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 23/4/2009 (info 391).**

Ainda, a prisão é uma sanção personalíssima, não podendo o inventariante ser preso por uma dívida do espólio.

Por fim, a prisão pode ser decretada em razão de decisão de magistrado estrangeiro, desde que, em relação à decisão interlocutória, haja exequatur à carta rogatória ou, em relação à sentença, haja homologação, ambos os atos a serem praticados pelo STJ.

O art. 528, §3º fala que a prisão será fixada entre 1 e 3 meses, enquanto o art. 19, Lei de Alimentos (Lei n. 5.478/68), que fixa o prazo máximo da prisão em 60 dias.

Art. 19. O juiz, para instrução da causa ou na execução da sentença ou do acordo, poderá tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a **decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta) dias.**

O art. 1.072, V, NCPC até revogou os arts. 16 a 18, Lei de Alimentos, mas deixou o art. 19 de fora.

*Art. 1.072. Revogam-se: (Vigência) V - os arts. 16 a 18 da Lei no 5.478, de 25 de julho de 1968;*

Manteve-se, portanto, intensa controvérsia.

**1ª corrente:** O prazo de 1 a 3 meses se aplica aos alimentos provisionais, enquanto o prazo de 60 dias vigora para os alimentos definitivos.

**2ª corrente:** O prazo de 60 dias vigora tanto para alimentos provisionais quanto para definitivos.

**3ª corrente** (STJ<sup>18</sup>): Aplica-se o prazo de 1 a 3 meses independentemente de se tratar de alimentos provisionais ou definitivos.

Na vigência do CPC/73, o STJ tinha o entendimento, estampado na súmula 309, de que o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que **compreende as três prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo.** O art. 528, §7º consagrou essa posição.

*Art. 528, § 7º O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.*

Isso significa que a **prisão civil não serve para a cobrança de débitos pretéritos.**

***A prisão por dívida de natureza alimentícia está ligada ao inadimplemento inescusável de prestação, não alcançando situação jurídica a revelar cobrança de saldo devedor. A razão de ser da prisão civil é a de compelir o devedor a pagar quantia voltada à subsistência do alimentando, não podendo ser utilizada para exigir débitos pretéritos.** STF. 1ª Turma. HC 121426/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 14/3/2017 (Info 857).*

Uma vez preso, a pena será cumprida em regime fechado, mas o executado ficará separado dos presos comuns.

*Art. 528, § 4º A prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns.*

*Lei n. 7.210/84, Art. 201. Na falta de estabelecimento adequado, o cumprimento da prisão civil e da prisão administrativa se efetivará em seção especial da Cadeia Pública.*

---

<sup>18</sup> RHC 23.040/MG, Rel. Min. Massami Uyeda, d.j. 11/03/2008; RHC 16005/SC, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito.

STJ e STF possuem julgados esparsos em que admitem a prisão domiciliar nos casos de doença grave do devedor, maior de 80 anos etc., de forma a compatibilizar a prisão civil com as hipóteses de concessão de prisão domiciliar na seara penal (art. 318, CPP<sup>19</sup>).

Ainda:

**Art. 528, § 5º O cumprimento da pena não exige o executado do pagamento das prestações vencidas e vincendas.**

*O fato de o devedor de alimentos estar recolhido à prisão pela prática de crime não afasta a sua obrigação alimentar, tendo em vista a possibilidade de desempenho de atividade remunerada na prisão ou fora dela a depender do regime prisional do cumprimento da pena. STJ, 3ª Turma, REsp 1.882.798/DF, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, d.j. 10/08/2021, info 704.*

Isso porque a prisão não tem cunho satisfativo, sendo apenas uma medida coercitiva, de pressão psicológica para que o devedor cumpra a obrigação.

Assim, se cumprir, por exemplo, 3 meses e sair da prisão, não poderá ser novamente preso pelos débitos existentes até a data da sua saída que justificaram a sua prisão (até três parcelas anteriores ao ajuizamento da demanda + prestações vincendas no curso da prisão).

**Mas, se descumprir mais um mês depois do cumprimento da prisão, a ordem poderá ser renovada.**

Constata-se, na espécie, que as Instâncias ordinárias, ao impor o prazo máximo (três meses) na decretação da prisão do devedor, **exauriram todas as possibilidades de renovação da prisão, ao menos, em relação ao mesmo fato gerador** (inadimplemento das prestações alimentares referentes a três meses antes do ajuizamento da ação e às vincendas); **Havendo o inadimplemento do devedor em relação às parcelas referentes ao período posterior ao cumprimento da prisão**, poderão as Instâncias ordinárias, com base

---

<sup>19</sup> Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). I - maior de 80 (oitenta) anos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). IV - gestante; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016) V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

neste novo fato gerador, cominar nova prisão civil; III - Recurso provido - Concessão da ordem (STJ, RHC 23.040/MG, Rel. Min. Massami Uyeda, d.j. 11/03/2008).

Cabe HC da prisão do devedor de alimentos?

**1ª corrente:** STJ (HC 182.207; HC 49.408) entende que o HC é cabível apenas para questionar a legalidade ou não do decreto de prisão. Doutro lado, no HC, **não é possível dilação probatória** para se comprovar que o sujeito tem ou não *possibilidade* e o alimentando tem ou não *necessidade*.

*Processual Civil. Habeas Corpus. Cabimento. Ausência de ilegalidade ou abuso de direito. - O habeas corpus deve limitar-se à apreciação da legalidade ou não do decreto de prisão, não se revelando instrumento hábil para o exame aprofundado de provas e verificação de justificativas fáticas apresentadas pelo paciente. Precedentes. - Afigura-se legal a decretação da prisão civil do alimentante que tem em face de si proposta ação de execução, visando ao recebimento das últimas três parcelas devidas a título de pensão alimentícia. Precedentes. Ordem denegada (STJ, HC nº 49.408/SP, Terceira Turma, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, DJ de 20/2/06)*

*Em regra, é cabível a impetração de habeas corpus para questionar a prisão civil decorrente de alimentos. Não é possível, contudo, na análise do HC, avaliar a capacidade financeira do devedor (alimentante) ou a necessidade do credor (alimentando) por envolver dilação probatória. STJ. 3ª T. HC 224769-DF, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, d.j. 14/2/2012.*

**2ª corrente:** Daniel Assumpção<sup>20</sup>, comentando as decisões do STJ, diz:

*Ainda que se concorde com o entendimento dos tribunais superiores a respeito da inadequação do habeas corpus em razão de seu procedimento sumário documental, não se deve descartar a priori sua utilização, até mesmo porque, sendo possível ao autor a produção de prova documental em seu favor, apesar de continuar a ser tecnicamente mais apropriado o recurso cabível (p. ex., na decisão do juiz de 1º grau, cabe agravo de instrumento), deve-se admitir o habeas corpus.*

Argumenta o autor que o art. 19, §3º da Lei de Alimentos ainda estabelece que “a interposição do agravo não suspende a execução da ordem de prisão”. Portanto, o cabimento só do agravo não surte muito efeito.

**Posição a ser adotada na prova (STJ):** O habeas corpus deve limitar-se à apreciação da legalidade ou não do decreto de prisão, **não sendo cabível nos casos de necessidade de dilação probatória**.

---

<sup>20</sup> NEVES, Daniel Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. Único. 13ª edição; Ed. Juspodivm: Salvador, 2021, p. 1.323.

**Atenção:** Mesmo não sendo cabível o HC, segundo as regras de processo civil, se o tribunal constatar ilegalidade patente, pode conceder a ordem de ofício.

EMENTA: *HABEAS CORPUS. PENAL. DESCABIMENTO DE IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HABEAS CORPUS NEGADO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: SÚMULA N. 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DUPLA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INVIABILIDADE JURÍDICA. PRISÃO CIVIL EM AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. INADIMPLIMENTO ESCUSÁVEL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Objeto da presente impetração é decisão do Ministro Raul Araújo, do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu liminarmente o Habeas Corpus n. 340.750, contra indeferimento da medida liminar no Habeas Corpus n. 0069796-59.2015.8.26.0000, Relator o Desembargador José Roberto Furquim Cabella, do Tribunal de Justiça de São Paulo. O mérito ainda não foi apreciado no Tribunal de Justiça paulista. O exame dos pedidos formulados pela Impetrante, neste momento, traduziria dupla supressão de instância. 2. Prisão civil decretada em ação de execução de alimentos. Na Constituição da República dispõe-se no art. 5º, inc. LXVII, que a prisão civil por dívida de pensão alimentícia é possível se o inadimplemento for voluntário e inescusável (“LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”). **Comprovação nos autos de não ter o Paciente condições de efetuar o pagamento.** 3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício. (HC 131.554, 15/12/2015, info 812, STF).*

Ora, com esse final você pode pensar que o STF seria partidário da 2ª corrente, pois teria analisado as provas e verificado que o paciente do HC não tinha possibilidade de pagar pensão alimentícia.

Contudo, não é verdade. No próprio julgamento, a relatora Min. Cármen Lúcia ênfaticamente não se tratar de reexame de fatos e provas, mas conclusão decorrente de quadro não contestado. Portanto, **o HC não precisou de dilação probatória**, pois já havia um fato provado e não contestado de que o paciente estava desempregado. Assim, os Ministros entenderam que o inadimplemento não foi voluntário em virtude da situação de desemprego.

Em alguns precedentes, a 4ª Turma do STJ entendeu por aplicar a recomendação 62/2020 do CNJ e colocar as pessoas presas por dívidas alimentícias em prisão domiciliar (art. 6º).

Todavia, posteriormente, a 3ª turma do STJ entendeu não ser possível a colocação de devedor de pensão alimentícia em prisão domiciliar, a despeito da crise sanitária causada pelo coronavírus. Para o colegiado, **a medida mais adequada seria suspender a prisão civil durante o período da pandemia**. Ora, a prisão domiciliar seria medida muito branda, que não cumpre o mandamento legal e que fere, por vias transversas, a própria dignidade do alimentando. Não é plausível substituir o encarceramento pelo confinamento social, o que, aliás, já é a realidade da maioria da população, isolada em prol do bem-estar de toda a coletividade.

Depois das decisões, foi sancionada a Lei nº 14.010, de 10/06/2020, que adotou a mesma solução jurídica da 4ª Turma do STJ e do CNJ e previu que:

Art. 15. Até 30 de outubro de 2020, a prisão civil por dívida alimentícia, prevista no art. 528, § 3º e seguintes da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), deverá ser

cumprida exclusivamente sob a modalidade domiciliar, sem prejuízo da exigibilidade das respectivas obrigações.

Após, a 3ª Turma do STJ<sup>21</sup> se curvou à determinação legal.

De todo modo, seja antes ou depois da Lei nº 14.010/2020, o devedor de alimentos não poderia permanecer preso no regime fechado durante a pandemia da Covid-19<sup>22</sup>.

Por conta dessa peculiaridade, o STJ<sup>23</sup> vem entendendo que é possível a penhora de bens do devedor de alimentos, sem que haja a conversão do rito da prisão para o da constrição patrimonial, enquanto durar a impossibilidade da prisão civil em razão da pandemia do coronavírus.

Explica o Tribunal da Cidadania que o exequente, caso opte pelo rito da execução com penhora, **não será admissível a prisão civil do devedor**, nos termos do art. 528, § 8º, do CPC/2015. Todavia, se optar pelo rito da prisão, a penhora somente será possível se o devedor, mesmo após a sua constrição pessoal, não pagar o débito alimentar, a teor do art. 530 do CPC/2015.

Considerando a suspensão de todas as ordens de prisão civil, seja no regime domiciliar, seja em regime fechado, no âmbito do Distrito Federal, enquanto durar a pandemia do coronavírus, impõe-se a realização de interpretação sistemático-teleológica dos dispositivos legais que regem a execução de alimentos, a fim de equilibrar a relação jurídica entre as partes.

Se o devedor está sendo beneficiado, de um lado, de forma excepcional, com a impossibilidade de prisão civil, de outro é preciso evitar que o credor seja prejudicado com a demora na satisfação dos alimentos que necessita para sobreviver, pois não é possível adotar o entendimento de que o devedor estaria impossibilitado de promover quaisquer medidas de constrição pessoal (prisão) ou patrimonial, até o término da pandemia.

Ademais, tratando-se de direitos da criança e do adolescente, como no caso, não se pode olvidar que o nosso ordenamento jurídico adota a doutrina da proteção integral e do princípio da prioridade absoluta, nos termos do art. 227 da Constituição Federal.

---

<sup>21</sup> A Lei 14.010/2020, ao estatuir acerca do Regime Jurídico Emergencial Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid19), dispôs expressamente, em seu art. 15, acerca do cumprimento da prisão civil por dívida alimentar, determinando que seja feito exclusivamente sob a modalidade domiciliar, sem prejuízo da exigibilidade das respectivas obrigações. STJ. 3ª Turma. HC 578.282/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 25/08/2020.

<sup>22</sup> STJ. 3ª Turma. HC 569.014-RN, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, d.j. 06/10/2020 (Info 681)

<sup>23</sup> STJ, 3ª Turma, REsp 1.914.052-DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, d.j. 22/06/2021 (info 702).



Dessa forma, considerando que os alimentos são indispensáveis à subsistência do alimentando, possuindo caráter imediato, deve-se permitir, ao menos enquanto perdurar a suspensão de todas as ordens de prisão civil em decorrência da pandemia da Covid-19, a adoção de atos de constrição no patrimônio do devedor, sem que haja a conversão do rito.

Além da medida coercitiva prisional, o art. 528, §1º prevê outra medida coercitiva, qual seja, protesto do pronunciamento judicial.

*Art. 528, § 1º Caso o executado, no prazo referido no caput, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuar-lo, o juiz **mandará protestar o pronunciamento judicial**, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 517.*

Alguns já defendiam a possibilidade de protesto de sentença até mesmo antes do CPC, pois o art. 1º, Lei n. 9.492/97 dava essa amplitude.

*Art. 1º Protesto é o **ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida**.*

De qualquer forma, pelo advento de uma previsão expressa no CPC, a sua utilização se torna mais clara e fácil.

Ainda, o art. 528, §1º, tratando de forma específica para a prestação alimentícia, trouxe uma diferença relevante em relação ao art. 517. Enquanto o art. 517<sup>24</sup> exige o trânsito em julgado da decisão judicial, o art. 528, §1º **não o exige**.

Aliás, o art. 528 autoriza que se proteste não só sentença, mas também decisão interlocutória, sem qualquer menção ao trânsito em julgado dessas decisões. Assim, basta o inadimplemento ou a não comprovação idônea de impossibilidade para que o protesto possa ser realizado.

O STJ admite, além do protesto, a inscrição do devedor nos cadastros de proteção ao crédito (ex: SPC, Serasa).

*Em execução de alimentos devidos a filho menor de idade, é possível o protesto e a inscrição do nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito. Mostra-se juridicamente possível o pedido do credor para que seja realizado protesto e inclusão do nome do devedor de alimentos nos cadastros de proteção ao crédito (SPC e Serasa), como medida executiva a ser adotada pelo*

---

<sup>24</sup> Art. 517. A decisão judicial transitada em julgado **poderá ser levada a protesto**, nos termos da lei, depois de transcorrido o prazo para pagamento voluntário previsto no art. 523.

magistrado para garantir a efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. **No CPC 2015 existe previsão expressa nesse sentido (art. 528, § 1º e art. 782, §§ 3º e 4º). STJ. 3ª Turma. REsp 1469102-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 8/3/2016 (Info 579). STJ. 4ª Turma. REsp 1533206-MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 17/11/2015.**

## 2ª opção:

Art. 528, § 8º O exequente pode optar por promover o cumprimento da sentença ou decisão desde logo, nos termos do disposto neste Livro, Título II, Capítulo III<sup>25</sup>, caso em que não será admissível a prisão do executado, e, recaindo a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo à impugnação não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação.

Art. 530. Não cumprida a obrigação, observar-se-á o disposto nos arts. 831 e seguintes.

Art. 913. **Não requerida a execução nos termos deste Capítulo, observar-se-á o disposto no art. 824 e seguintes, com a ressalva de que, recaindo a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação.**

**O procedimento será de execução comum de pagar quantia certa** (arts. 523 a 527, CPC), com penhora (apreensão e depósito), avaliação e expropriação (adjudicação, alienação – particular ou leilão).

As **únicas especialidades**, nesse caso, seriam:

a) a possibilidade de desconto em folha de pagamento (art. 529, CPC) para prestações **vencidas e vincendas**, o que já era adotado pelo STJ.

Art. 529. Quando o executado for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa ou empregado sujeito à legislação do trabalho, o **exequente poderá requerer o desconto em folha de pagamento da importância da prestação alimentícia.**

**A quaestio juris consiste em saber se é possível, a requerimento do exequente, a execução de alimentos vencidos no curso da ação de alimentos, mediante desconto em folha do executado. A Turma entendeu ser possível o desconto em folha de pagamento do devedor de alimentos, inclusive quanto a débito pretérito, desde que em montante razoável e que não impeça sua própria subsistência. Consignou-se que os alimentos decorrem da solidariedade que**

---

<sup>25</sup> Artigos 523 a 527, CPC.

*deve haver entre os membros da família ou parentes, objetivando garantir a subsistência do alimentando, observadas sua necessidade e a possibilidade do alimentante. Ressaltou-se que os alimentos pretéritos ostentam também a natureza de crédito alimentar (Súm. n. 309-STJ). Ademais, os arts. 16 da Lei n. 5.478/1968 e 734 do CPC prevêem, preferencialmente, o desconto em folha para satisfação do crédito alimentar. Dessarte, não havendo ressalva quanto ao tempo em que perdura o débito para a determinação do desconto em folha, não se mostra razoável restringir-se o alcance dos comandos normativos para conferir proteção ao devedor de alimentos. Com essas considerações, entre outras, a Turma deu parcial provimento ao recurso para reconhecer a possibilidade do desconto em folha de pagamento do recorrido, para a satisfação do débito alimentar, ainda que pretérito, em percentual a ser estabelecido pelas instâncias ordinárias. Precedentes citados: RHC 9.718-MG, DJ 18/9/2000; HC 11.163-MG, DJ 12/6/2000, e REsp 254.047-SP, DJ 25/9/2000. **REsp 997.515-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 18/10/2011 (informativo 485).***

***É admissível o uso da técnica executiva de desconto em folha de dívida de natureza alimentar ainda que haja anterior penhora de bens do devedor. STJ. 3ª Turma. REsp 1733697-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 11/12/2018 (Info 640).***

Assim, o credor de alimentos (exequente) indica já no requerimento inicial a fonte pagadora. Se não dispuser da informação, pode pleitear ao juízo que requisite informações necessárias das repartições públicas. E, se for o caso, caberá até quebra de sigilo bancário e fiscal do executado (arts. 20 e 22, Lei n. 5.478/68<sup>26</sup>).

Feito o requerimento, o executado terá o prazo de 15 dias para o pagamento voluntário (art. 523, *caput*, CPC).

Se não realizar o pagamento, o juiz determina a expedição de ofício obrigando a fonte pagadora a descontar um montante da primeira remuneração posterior.

---

<sup>26</sup> Art. 20. As repartições públicas, civis ou militares, inclusive do Imposto de Renda, darão todas as informações necessárias à instrução dos processos previstos nesta lei e à execução do que for decidido ou acordado em juízo.

Art. 22. Constitui crime contra a administração da Justiça deixar o empregador ou funcionário público de prestar ao juízo competente as informações necessárias à instrução de processo ou execução de sentença ou acordo que fixe pensão alimentícia: Pena - Detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, sem prejuízo da pena acessória de suspensão do emprego de 30 (trinta) a 90 (noventa) dias.

*Art. 529, § 1º Ao proferir a decisão, o juiz oficiará à autoridade, à empresa ou ao empregador, determinando, sob pena de crime de desobediência, o desconto a partir da primeira remuneração posterior do executado, a contar do protocolo do ofício.*

Quando o profissional liberal é pago de forma estável e periódica, é possível também oficiar o órgão pagador para que realize o desconto.

*§ 2º O **ofício conterà o nome e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do exequente e do executado, a importância a ser descontada mensalmente, o tempo de sua duração e a conta na qual deve ser feito o depósito.***

*§ 3º Sem prejuízo do pagamento dos alimentos **vincendos, o débito objeto de execução pode ser descontado dos rendimentos ou rendas do executado, de forma parcelada, nos termos do caput deste artigo, contanto que, somado à parcela devida, não ultrapasse cinquenta por cento de seus ganhos líquidos.***

Os alimentos vencidos + vincendos não podem, somados, ultrapassar os 50% dos ganhos líquidos do devedor.

O executado pode até apresentar impugnação que, em regra, não tem efeito suspensivo (art. 525, §6º). Todavia, havendo penhora em dinheiro, mesmo que seja atribuído efeito suspensivo, não haverá óbice a que o exequente levante o montante mensalmente.

*Art. 528, § 8º O exequente pode optar por promover o cumprimento da sentença ou decisão desde logo, nos termos do disposto neste Livro, Título II, Capítulo III, caso em que não será admissível a prisão do executado, e, recaindo a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo à impugnação não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação.*

#### **b) Coerção patrimonial (penhora de bens, inclusive do bem de família);**

*Art. 3º A **impenhorabilidade** é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, **salvo se movido: III – pelo credor da pensão alimentícia**, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida; (Redação dada pela Lei nº 13.144 de 2015)*

*O bem de família pode ser penhorado para pagar débitos relativos à pensão alimentícia. Esses **débitos de pensão alimentícia podem ser decorrentes de relações familiares, como também os alimentos devidos em razão de obrigação de reparar danos** (obrigação oriunda de ato ilícito). Assim, a impenhorabilidade do bem de família não pode ser oposta pelo devedor ao credor de pensão alimentícia decorrente de indenização por ato ilícito. STJ. 3ª Turma. AgInt no REsp 1619189/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, d.j. 25/10/2016.*

Independentemente do meio executivo eleito pelo exequente, se for constatada a conduta procrastinatória do executado, o magistrado poderá adotar duas condutas:

a) sancioná-lo por litigância de má-fé (art. 80, IV, CPC) ou ato atentatório à dignidade da justiça (art. 77, IV c/c §2º, CPC).

b) dar ciência ao MP para apurar eventual crime de abandono material<sup>27</sup>.

**CPC, Art. 532.** *Verificada a conduta procrastinatória do executado, o juiz deverá, se for o caso, dar ciência ao Ministério Público dos indícios da prática do crime de abandono material.*

Por fim, vale destacar que o art. 533 aborda a constituição de renda para os alimentos indenizatórios. O *caput* e seus parágrafos já são autoexplicativos.

**Art. 533.** *Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, caberá ao executado, a requerimento do exequente<sup>28</sup>, constituir capital cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão.*

**§ 1º** *O capital a que se refere o caput, representado por imóveis ou por direitos reais sobre imóveis suscetíveis de alienação, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, será **inalienável e impenhorável** enquanto durar a obrigação do executado, além de constituir-se em patrimônio de afetação.*

**§ 2º** *O juiz poderá substituir a constituição do capital pela inclusão do exequente em folha de pagamento de pessoa jurídica de notória capacidade econômica OU, a requerimento do executado, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz.*

**§ 3º** *Se sobrevier modificação nas condições econômicas, poderá a parte requerer, conforme as circunstâncias, **redução** ou **aumento** da prestação.*

**§ 4º** *A prestação alimentícia poderá ser fixada tomando por base o salário-mínimo.*

---

<sup>27</sup> CP, Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário-mínimo vigente no País. (Redação dada pela Lei nº 5.478, de 1968). Parágrafo único - Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada. (Incluído pela Lei nº 5.478, de 1968)

<sup>28</sup> Não pode o juiz determinar de ofício.

§ 5º Finda a obrigação de prestar alimentos, o juiz mandará liberar o capital, cessar o desconto em folha ou cancelar as garantias prestadas.

Súmula 1-STJ: O foro do domicílio ou da residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos.

Súmula 594-STJ: **O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação de alimentos em proveito de criança ou adolescente independentemente do exercício do poder familiar dos pais, ou do fato de o menor se encontrar nas situações de risco descritas no artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou de quaisquer outros questionamentos acerca da existência ou eficiência da Defensoria Pública na comarca. STJ. 2ª Seção. Aprovada em 25/10/2017, DJe 06/11/2017.**

**É válido o acordo de alimentos celebrado pelos interessados na presença do magistrado e do Ministério Público, mas sem a participação do advogado do alimentante capaz. A Lei de Alimentos (Lei nº 5.478/68) não exige a presença de advogado na audiência de conciliação.** STJ. 3ª Turma. REsp 1584503-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 19/4/2016 (Info 582).

**ATENÇÃO! É possível a realização de acordo com a finalidade de exonerar o devedor do pagamento de alimentos devidos e não pagos.** Inicialmente, extrai-se do art. 1.707 do Código Civil que o direito aos alimentos presentes e futuros é irrenunciável, não se aplicando às prestações vencidas, nas quais o credor pode deixar de exercer a cobrança até mesmo na fase executiva. Com efeito, a vedação legal à renúncia ao direito aos alimentos decorre da natureza protetiva do instituto dos alimentos. **Contudo, a irrenunciabilidade atinge tão somente o direito, e não o seu exercício.** Note-se que a irrenunciabilidade e a vedação à transação estão limitadas aos alimentos presentes e futuros, não havendo os mesmos obstáculos para os alimentos pretéritos. No caso, a extinção da execução em virtude da celebração de acordo em que o débito foi exonerado não resultou em prejuízo, pois não houve renúncia aos alimentos vincendos, indispensáveis ao sustento dos alimentandos. As partes transacionaram somente o crédito das parcelas específicas dos alimentos executados, em relação aos quais inexistiu óbice legal. Nesse contexto, os alimentos pretéritos perdem relevância, não havendo motivo para impor às partes integrantes da relação alimentar empecilho à sua transação, tendo em vista que, como assinalado, não decorreram prejuízos. Ademais, destaca-se que, especialmente no âmbito do Direito de Família, é salutar o estímulo à autonomia das partes para a realização de acordo, de autocomposição, como instrumento para se alcançar o equilíbrio e a manutenção dos vínculos afetivos. **REsp 1.529.532-DF, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, por unanimidade, julgado em 09/06/2020, DJe 16/06/2020 (info 673)**

Súmula 596-STJ: A obrigação alimentar dos avós tem natureza complementar e subsidiária, somente se configurando no caso de impossibilidade total ou parcial de seu cumprimento pelos pais. STJ. 2ª Seção. Aprovada em 08/10/2017.

O STJ entendeu que o pai não tem obrigação de prestar alimentos à filha de 25 anos e com curso superior completo se inexistirem elementos que indiquem que ela tenha algum problema

de saúde que a impeça de trabalhar. STJ. 4ª Turma. REsp 1312706-AL, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 21/2/2013 (Info 518).

A ação de alimentos gravídicos não se extingue ou perde seu objeto com o nascimento da criança, pois os referidos alimentos ficam convertidos em pensão alimentícia até eventual ação revisional em que se solicite a exoneração, redução ou majoração de seu valor ou até mesmo eventual resultado em ação de investigação ou negatória de paternidade. STJ. 3ª Turma. REsp 1629423-SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 6/6/2017 (Info 606).

Havendo meios executivos mais adequados e igualmente eficazes para a satisfação da dívida alimentar dos avós, é admissível a conversão da execução para o rito da penhora e da expropriação, a fim de afastar o decreto prisional em desfavor dos executados. STJ. 3ª Turma. HC 416886-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 12/12/2017 (Info 617).

A maioria não faz cessar automaticamente a pensão alimentícia. Exige-se decisão judicial, precedida de contraditório.

*Súmula 358-STJ: O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos.*

*Os efeitos da sentença proferida em **ação de revisão de alimentos** — seja em caso de **redução**, **majoração** ou **exoneração** — **retroagem à data da citação** (art. 13, § 2º, da Lei 5.478/1968), ressalvada a irrepetibilidade dos valores adimplidos e a impossibilidade de compensação do excesso pago com prestações vincendas. STJ. 2ª Seção. EREsp 1181119-RJ, Rel. originário Min. Luis Felipe Salomão, Rel. para acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 27/11/2013 (Info 543).*

*Súmula 621-STJ: Os efeitos da sentença que reduz, majora ou exonera o alimentante do pagamento retroagem à data da citação, vedadas a compensação e a repetibilidade. STJ. 2ª Seção. Aprovada em 12/12/2018, DJe 17/12/2018.*

*É possível, em sede de execução de alimentos, a dedução na pensão alimentícia fixada exclusivamente em pecúnia das despesas pagas "in natura", com o consentimento do credor, referentes a aluguel, condomínio e IPTU do imóvel onde residia o exequente. Vale ressaltar que a regra geral é a incomensurabilidade da dívida alimentar (art. 1.707 do CC) e eventual compensação deve ser analisada caso a caso, devendo-se examinar se houve o consentimento, ainda que tácito, do credor, e se o pagamento in natura foi destinado, efetivamente, ao atendimento de necessidade essencial do alimentado e não se configurou como mera liberalidade do alimentante. STJ. 3ª Turma. REsp 1501992-RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 20/03/2018 (Info 624).*

*É possível a penhora de valores de conta vinculada do FGTS para garantir o pagamento da obrigação de alimentos. STJ. 3ª Turma. RMS 35826-SP, Relª Minª Nancy Andrighi, julgado em 10/4/2012. STJ. 3ª Turma. AREsp 1.296.846-SP, Relª Minª Nancy Andrighi, d.j. 13/08/2018.*

*STJ fixou o entendimento de que as parcelas recebidas pelo alimentante a título de participação nos lucros e rendimentos (PLR) não integram automaticamente a base de cálculo de pensão alimentícia. Segundo a Relatora, Min. Nancy Andrighi, a participação nos lucros e rendimentos tem natureza indenizatória, desvinculada da remuneração recebida pelo trabalhador, de modo que não pode haver a incorporação automática ao valor devido a título de alimentos. Não pode ser confundida com os ganhos naturais ou corriqueiros do trabalhador. A possível inclusão dependerá do contexto probatório e da verificação do atendimento do binômio necessidade-possibilidade. O magistrado terá que analisar se as necessidades do alimentando estão sendo atendidas, mesmo sem a inclusão da PLR em seu cálculo. Caso não estejam, será possível obter elevação no pensionamento se valendo da quantia recebida na participação nos lucros. Ao revés, se as necessidades (primeiro pêndulo do binômio) estiverem sendo satisfeitas sem esse adicional, a PRL não será incluída no cálculo. (STJ, 2ª Seção, REsp. 1.872.706/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, 9/12/2020).*

*O aviso prévio não integra a base de cálculo da pensão alimentícia, salvo se houve disposição transacional ou judicial em sentido contrário. Assim, não importa que a pensão tenha sido fixada em valor fixo ou percentual variável, o aviso prévio não interfere no valor a ser pago como pensão alimentícia. STJ. 4ª Turma. REsp 1332808-SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 18/12/2014 (Info 553).*

*As verbas de caráter eventual (ex: horas extras) influenciam no valor da obrigação, aumentando o quantum da pensão alimentícia nos meses em que o devedor receber parcelas extras? Em suma, toda vez que o devedor receber mais (por qualquer motivo), o valor da pensão deverá ser, automaticamente, pago a mais? 1ª corrente: NÃO. STJ. 3ª Turma. REsp 1261247-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 16/4/2013 (Info 519). 2ª corrente: SIM. STJ. 4ª Turma. REsp 1332808-SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 18/12/2014 (Info 553).*

***É cabível ação de exigir de contas ajuizada pelo alimentante, em nome próprio, contra a genitora guardiã do alimentado para obtenção de informações sobre a destinação da pensão paga mensalmente, desde que proposta sem a finalidade de apurar a existência de eventual crédito. (...).** Dessa forma, não há apenas interesse jurídico, mas também o dever legal do genitor alimentante de acompanhar os gastos com o filho alimentado que não se encontra sob a sua guarda, fiscalizando o atendimento integral de suas necessidades, materiais e imateriais, essenciais ao seu desenvolvimento físico e psicológico, aferindo o real destino do emprego da verba alimentar que paga mensalmente, pois ela é voltada para esse fim. Por fim, o que justifica o legítimo interesse processual em ação dessa natureza é exclusivamente a finalidade protetiva da criança ou do adolescente beneficiário dos alimentos, diante da sua possível malversação, e não o eventual acertamento de contas, perseguições ou picuinhas com a(o) guardiã(ao), devendo ela ser dosada, ficando vedada a possibilidade de apuração de créditos ou preparação de revisional, pois os alimentos são irrepetíveis. REsp 1.814.639-RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. Acd. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, por maioria, julgado em 26/05/2020, DJe 09/06/2020 (info 673)*

*É cabível o ajuizamento de ação de alimentos, ainda que exista acordo extrajudicial válido com o mesmo objeto, quando o valor da pensão alimentícia não atende aos interesses da criança.*



*STJ, REsp 1.609.701-MG, Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, por unanimidade, julgado em 18/05/2021, DJe 20/05/2021 (info 697).*

## TEMAS ESSENCIAIS DIREITO CIVIL<sup>29</sup>

### BEM DE FAMÍLIA

O bem de família obedece à manutenção do “estatuto jurídico do patrimônio mínimo” proposto pelo Prof. Fachin. Segundo ele, conseqüentemente à despatrimonialização e repersonalização do Direito Civil, é possível reconhecer um direito, derivado do princípio da dignidade da pessoa humana, que impede o assédio desmesurado dos credores em detrimento da pessoa.

Em resumo, o ordenamento jurídico deve assegurar um patrimônio mínimo a todo cidadão, sem o qual se impede que qualquer potencialidade da pessoa seja levada adiante. Numa sociedade de índole capitalista, a ausência de patrimônio é praticamente uma contradição.

**O “estatuto jurídico do patrimônio mínimo” é evidenciado pelo bem de família, seja ele protegido pela Lei Especial, seja ele agasalhado pelo CC/2002.**

#### **BEM DE FAMÍLIA LEGAL:**

A Lei 8.009/1990 estabelece a impenhorabilidade do bem de família, assim, entendido, segundo o art. 1º, como o **imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar, limitado a uma única residência utilizada pela entidade como residência permanente**, segundo o art. 5º da Lei. **Se a entidade familiar tiver mais de um imóvel, considera-se bem de família o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado junto ao Registro de Imóveis como o bem de família, por meio de escritura pública**, nos termos do art. 6º da Lei.

Anote-se que o entendimento doutrinário e jurisprudencial corrente é de **que o juiz pode, de ofício, determinar a impenhorabilidade do bem família legal**. Isso porque essa é uma norma de ordem pública, apta a ensejar a atuação de ofício do magistrado. O STJ, inclusive, reconhece que a alegação a respeito da **impenhorabilidade é “imprecluível”**, até a arrematação do bem; bem como se trata de **direito irrenunciável**, pelo que a oferta, pelo devedor, do bem, não impede a posterior alegação de impenhorabilidade.

---

<sup>29</sup> Material retirado do ECJ do Prof. Paulo Souza.

O bem de família abrange, ainda, segundo o parágrafo único do art. 1º, o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Mesmo no imóvel locado a Lei se aplica ao locatário. Nesse caso, segundo o parágrafo único do art. 2º, a **impenhorabilidade aplica-se aos bens móveis quitados que guarneçam a residência e que sejam de propriedade do locatário**. Num ou noutro caso, porém, **os veículos de transporte, as obras de arte e os adornos suntuosos não são abrangidos pela Lei**.

A impenhorabilidade abrange qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam.

As **exceções** estão previstas no art. 3º da Lei:

*II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;*

*III - pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida;*

*IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;*

*V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;*

*VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.*

*VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.*

Igualmente, segundo o art. 4º, **não se aplica a impenhorabilidade do bem de família quando o credor adquire imóvel mais valioso, de má-fé, quando em insolvência, alienando ou não a moradia anterior**.

**Atente para a peculiaridade da propriedade rural.** Dispõe o art. 4º, §2º:

*Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural.*

Como a pequena propriedade rural não tem um tamanho único, mas varia de acordo com a região do país, não é necessário decorar qual é esse tamanho, basta lembrar que se trata do **módulo rural**.

Por fim, anote-se **que o STJ entende que o rol das exceções previstas na Lei Especial é *numerus apertus* e não *numerus clausus***. É o caso do devedor que age com evidente má-fé, esvaziando seu patrimônio até que reste apenas o bem de família. A Corte determina a penhora do bem, pelo abuso do direito.

Súmula 364/STJ: O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.

Há uma Súmula relevantíssima no STJ que traz uma peculiaridade em relação à noção do bem de família. **A vaga de garagem de um imóvel situado em um edifício de apartamentos pode ser ou não ser penhorável**, a depender de como ela se relaciona com o apartamento. Assim, **se estiver a vaga contida na mesma matrícula do imóvel, será então impenhorável; no entanto, se tiver matrícula própria, torna-se penhorável**:

Súmula 449/STJ: A vaga de garagem que possui matrícula própria no registro de imóveis não constitui bem de família para efeito de penhora.

Mesmo que a pessoa não more no imóvel próprio, alugando-o a terceiros, pode ser oposta a impenhorabilidade em face dos credores. Quando? **Se a renda obtida pela locação se converter na subsistência e/ou moradia da família**.

Assim, se alugo meu imóvel em Brasília e com a renda dele alugo outro imóvel em Salvador, meu bem brasiliense continua sendo impenhorável. Mesmo não locando outro imóvel em Salvador (tenho-o em comodato), se a renda do imóvel de Brasília é utilizada na minha subsistência, ainda assim é impenhorável:

Súmula 486/STJ: É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família.

Ao contrário, depois de grande controvérsia, em 2015, o STJ fixou o entendimento de que **a penhora do imóvel do fiador, para quitação das despesas cobradas dele em virtude de contrato de locação, é válida**. Não importa que ele seja o único imóvel residencial do fiador, em tese protegido pela Lei Especial; ele é penhorável:

Súmula 549/STJ: É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação.

É igualmente **impenhorável o único bem do devedor, mesmo que cedido a familiares e que aquele não reside no imóvel**. Ora, absurdo seria permitir a penhora do bem simplesmente porque o proprietário não reside nele, cedendo-o a familiares, não exclui a aplicação da norma protetiva, estabelece o STJ:

EXECUÇÃO FISCAL. ÚNICO IMÓVEL DO DEVEDOR CEDIDO A FILHO. BEM DE FAMÍLIA. Constitui bem de família, insuscetível de penhora, o único imóvel residencial do devedor em que resida seu filho ou demais familiares. A circunstância de o devedor não residir no imóvel, que se encontra cedido a familiares, não constitui óbice ao reconhecimento do favor legal. Inteligência dos arts. 1º e 5º da Lei 8.009/90 (REsp 1216187/SC, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/05/2014, DJe 30/05/2014).

O STJ vem dando entendimento ampliativo à Lei 8.009/1990 há tempos. Primeiro, entendeu-se que o fato de a família não residir no imóvel, utilizando-se da renda do aluguel próprio para pagar o aluguel do imóvel do terceiro, não descaracteriza a aplicação da lei (REsp 377.901). Igualmente, passou-se a entender que o valor guardado na poupança, quando utilizado para pagar o financiamento do imóvel próprio, também atrai a aplicação da lei (REsp 855.543).

O art. 1º da Lei 8.009/1990 é, a rigor, bastante restritivo (“O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável”), não tratando dessas hipóteses, que foram ampliadas graças à interpretação de que o objetivo da lei é proteger o único bem imóvel residencial da entidade familiar. Entende a jurisprudência que não dar proteção à família no caso de ela não residir no imóvel violaria a essência da lei protetiva. Igualmente, penhorar a poupança cujos dividendos arcam com a prestação do financiamento seria, virtualmente, penhorar o próprio imóvel, já que a entidade familiar não conseguiria arcar com o financiamento sem essa reserva monetária.

Mesmo que a família não possua um imóvel residencial, mas um imóvel comercial, locado a terceiros, a Corte entendeu que como a família utilizava o imóvel comercial para locação e os aluguéis eram para pagar o aluguel do imóvel no qual a família residia, penhorar o imóvel comercial era o mesmo que deixar a família sem a renda necessária para pagar seu aluguel residencial. Isso, portanto, virtualmente “penhoraria” o bem de família residencial.

Por isso, a despeito de o art. 1º da Lei tratar claramente do “imóvel residencial”, **mais uma vez o STJ deu interpretação ampliativa ao dispositivo, permitindo a aplicação da impenhorabilidade imobiliária no caso de imóvel comercial cuja renda é utilizada para pagar o aluguel do imóvel residencial de terceiros habitado pela unidade familiar:**

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. HIPÓTESE DE IMPENHORABILIDADE DE IMÓVEL COMERCIAL. É impenhorável o único imóvel comercial do devedor quando o aluguel daquele está destinado unicamente ao pagamento de locação residencial por sua entidade familiar (REsp 1.616.475-PE, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 15/9/2016, DJe 11/10/2016).

**Segundo o entendimento da Corte, o ônus de provar que a propriedade se enquadra no requisito objetivo de ser “pequena propriedade rural” é do executado.** O conceito de pequena propriedade rural está no art. 4º, inc. II, alínea “a” da Lei 8.629/1993: “área compreendida entre 1 (um) e 4 (quatro) módulos fiscais”. O executado provou que a área era inferior a quatro módulos fiscais.

Além disso, **fixou-se o entendimento de que o ônus da prova de que a área é trabalhada pela família é do exequente, ao contrário**, dado que a CF/1988, o Estatuto da Terra e a Lei 8.629/1993 trazem verdadeira presunção relativa de que as pequenas áreas rurais são trabalhadas pela família. É ônus do exequente, portanto, derrubar essa presunção.

IMPENHORABILIDADE. PEQUENA PROPRIEDADE RURAL. REQUISITOS E ÔNUS DA PROVA. No que concerne à proteção da pequena propriedade rural, incumbe ao executado comprovar que a área é qualificada como pequena, nos termos legais; e ao exequente demonstrar que não há exploração familiar da terra (REsp 1.408.152-PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, por unanimidade, julgado em 1/12/2016, DJe 2/2/2017).

A jurisprudência do STJ sedimentou, em síntese: **a) o bem de família é impenhorável, quando for dado em garantia real de dívida por um dos sócios da pessoa jurídica devedora, cabendo ao credor o ônus da prova de que o proveito se reverteu à entidade familiar; e b) o bem de família é penhorável, quando os únicos sócios da empresa devedora são os titulares do imóvel hipotecado, sendo ônus dos proprietários a demonstração de que a família não se beneficiou dos valores auferidos:**

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. BEM DE FAMÍLIA OFERECIDO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA PELOS ÚNICOS SÓCIOS DA PESSOA JURÍDICA DEVEDORA. IMPENHORABILIDADE. EXCEÇÃO. ÔNUS DA PROVA. PROPRIETÁRIOS (EAREsp 848.498/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/04/2018, DJe 07/06/2018).

- **BEM DE FAMÍLIA CONVENCIONAL:**

**A impenhorabilidade, que em geral é legal, como vimos, pode ser convencionalizada. Ou seja, pode-se instituir bem diverso do determinado pela Lei 8.009/1990 como bem de família**, como já indica o art. 4º da Lei. Por isso, segundo o art. 1.711 do CC/2002, pode a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial.

Mas não só a entidade familiar poderá fazê-lo. Terceiro, no interesse da família, pode instituir bem de família por testamento ou doação, dependendo a eficácia do ato da aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados ou da entidade familiar beneficiada, segundo o parágrafo único.

Em qualquer dos casos, estabelece o art. 1.714 que **o bem de família constitui-se pelo registro de seu título** no Registro de Imóveis.

Mas, em que consiste o bem de família? O bem de família consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertencas e acessórios, destinando-se em ambos os casos ao domicílio da entidade familiar,

segundo o art. 1.712. Ele pode também abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família.

**O prédio e os valores mobiliários, constituídos como bem da família, não podem ter destino diverso do previsto** acima, nem serem alienados sem o consentimento dos interessados e seus representantes legais, depois de ouvido o Ministério Público (art. 1.717). Ou seja, **a instituição do bem de família convencional acarreta a inalienabilidade (relativa) do bem, que só pode ser alienado com a concordância dos interessados, e oitiva do MP, sendo algum deles incapaz. O mesmo NÃO ocorre com o bem de família legal, que é apenas impenhorável, mas não inalienável.**

O art. 1.715 estipula que bem de família é isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição. Neste caso, **excetua-se da impenhorabilidade as dívidas que provierem de tributos relativos ao prédio e de despesas de condomínio.** No entanto, penhorado o imóvel, o saldo existente será aplicado em outro prédio, como bem de família, ou em títulos da dívida pública, para sustento familiar, salvo se motivos relevantes aconselharem outra solução, a critério do juiz. **Atente que as exceções à impenhorabilidade do bem de família são diferentes na Lei 8.009/1990 e no CC/2002:**

Caso o bem de família seja alienado por alguma das dívidas que excepcionalmente o podem atingir, deve o saldo remanescente ser aplicado em outro, como bem de família, ou em títulos da dívida pública, para o sustento da família. Isso não será feito, a critério do juiz, caso outra solução se mostre mais adequada.

**A administração do bem de família compete a ambos os cônjuges,** segundo o art. 1.720. **Em havendo conflito na administração, o juiz resolverá a divergência entre os cônjuges.** No entanto, é possível que se estabeleça algo em contrário, a critério dos cônjuges, igualmente.

Como se extinguirá o bem de família?

#### Art. 1.716

- Casal sem filhos, com a morte de ambos os cônjuges

#### Art. 1.716

- Casal com filhos, quando estes completarem a maioridade
- A administração ficará com o filho mais velho, se maior (ou do tutor)
- Não se extingue o bem caso um filho esteja sujeito a curatela (art. 1.722)

#### Art. 1.722, parágrafo único

- Casal (com ou sem filhos), com a morte de um, a pedido do outro

#### Art. 1.719

- Impossibilidade de manutenção do bem nas condições em que foi instituído, a critério do juiz, ouvido o MP
- Nesse caso, pode o bem ser sub-rogado em outro, a requerimento
- Atente, porém, porque nem a dissolução da sociedade conjugal nem a morte de apenas um cônjuge extingue o bem de família, segundo o art. 1.721.

Veja que, curiosamente, o art. 1.716 prevê um resquício de algo que já fora muito importante: a primogenitura.

## USUCAPIÃO

Usucapião é o direito que um cidadão adquire em relação à posse de um bem (móvel ou imóvel) em decorrência do uso deste por um determinado tempo. Há requisitos pessoais e reais para a aquisição da propriedade por meio da usucapião. Vamos a eles:

- Possuidor necessita de capacidade civil e sua personalidade pode ser física ou jurídica;
- Não podem ser usucapidas as coisas que estão fora do comércio, as que são consideradas insuscetíveis de apropriação e as legalmente inalienáveis;
- Deve haver animus domini do possuidor, que deve tratar a coisa como se dono fosse;
- A posse deve ser contínua, ininterrupta e pacífica;
- Deve transcorrer determinado lapso temporal, que variará em função da modalidade de usucapião.

Além disso, há algumas regras trazidas pela jurisprudência que disciplinam a usucapião:

- Bens de sociedades de economia mista e empresas públicas são usucapíveis (salvo se prestarem serviço público).
- Bem de família (seja ele legal ou convencional) pode ser usucapido;
- Vaga de garagem pode ser usucapida se for autônoma em relação ao imóvel;

Finalmente, vamos às modalidades de usucapião:

**EXTRAORDINÁRIA:** Note o que prevê o art. 1238, CC:

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Apenas é exigido o lapso temporal de 15 anos, de modo contínuo, pacífico e manso e não há especificidade quanto à destinação, tamanho e tipo.

Essa modalidade se divide em geral e abreviada. A usucapião geral é a prevista no caput do art. 1238. Já a abreviada existe quando enquadrada ao que diz o parágrafo único:

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

**ESPECIAL:** Se subdivide em rural e urbana.

A usucapião especial rural (ou constitucional rural), prevista no art. 191, CF/88 e art. 1.239, CC tem como requisitos a posse como sua por cinco anos ininterruptos e sem oposição, de área rural não superior a cinquenta hectares, desde que já não seja possuidor de qualquer outro imóvel, seja este rural ou urbano, além de requerer que o possuidor torne a terra produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia:

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.



Por seu turno, a usucapião especial urbana (ou constitucional urbana), está prevista no Código Civil, na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade respectivamente dessa forma:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Art. 1.240. Aquele que possuir como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Art. 9º Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

**FAMILIAR:** É aquela prevista no art. 1.240-C do Código Civil:

Art. 1.240-C. Aquele que exercer, por dois anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

**ORDINÁRIA:** Veja o que diz o texto legal:

Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

O parágrafo único prevê o que se chama de usucapião tabular, cujo prazo é menor do que o previsto no caput.

**ESPECIAL COLETIVA:** O art. 10 do Estatuto da Cidade dispõe que:

Os núcleos urbanos informais existentes sem oposição há mais de cinco anos e cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados

por possuidor são suscetíveis de serem usucapidos coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

§ 2º A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis.

§ 3º Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas.

§ 4º O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio.

§ 5º As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes.

## DIREITO DE LAJE

Criado pela Lei 13.465/2017, a Lei da Regularização Fundiária Rural e Urbana – LERFRU, sob o nome de “direito real de laje”, que inseriu no art. 1.225 um inciso XIII, a sobrelevação é figura que já era discutida há tempos na realidade social brasileira.

Primeiro, **o direito de laje é um direito real sobre coisa própria ou um direito real sobre coisa alheia?** A doutrina se divide imensamente. Trata-se, ao que me parece, de um direito real sobre coisa própria, uma cisão da propriedade no plano vertical.

**A laje cria uma terceira dimensão de restrição: a limitação horizontal. Minha propriedade pode se limitar não apenas no tempo (*time-sharing*) e no espaço horizontal (solo), mas também no espaço vertical (subsolo e espaço aéreo).** O direito real de laje derroga, em certa medida, o art. 1.229 (“A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes”).

**O proprietário de uma construção-base, cedente, pode ceder a superfície superior (espaço aéreo) ou inferior (subsolo) de sua construção a outrem, o cessionário ou lajeiro, a fim de que construa unidade distinta daquela originalmente edificada sobre o solo. Desse modo, o CC/2002 passou a permitir a restrição da propriedade no espaço tomado no plano vertical. Por isso, parece-me que o direito real de laje é um direito real sobre coisa própria, e não um direito real sobre coisa alheia.**

Superada a discussão, voltemos à dogmática mais pedestre. Apesar do nome, a sobrelevação prevista no CC/2002 **não se volta apenas ao espaço aéreo, mas também ao subsolo de terrenos públicos ou privados,**

tomados em projeção vertical, como unidade imobiliária autônoma, não contemplando as demais áreas edificadas ou não pertencentes ao proprietário da construção-base, prevê o art. 1.510-A, §1º.

O art. 1.510-A esclarece que **o proprietário de uma construção-base poderá ceder a superfície superior ou inferior de sua construção a fim de que o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo**. A sobrelevação consiste, portanto, numa espécie de fusão do direito de superfície com o condomínio horizontal, ainda que de maneira bastante atécnica e “bagunçada”. A semelhança com o condomínio é tão grande que o art. 1.510-C determina que as regras condominiais sejam aplicadas, no que couber, à laje.

Esse dispositivo estabelece que **as despesas necessárias à conservação e fruição das partes que sirvam a todo o edifício e ao pagamento de serviços de interesse comum serão partilhadas entre o proprietário da construção-base e o titular da laje**. O rateio é feito na proporção que for estipulada em contrato (*concurso partes fiunt*), e não de acordo com a divisão de m<sup>2</sup> de área construída, como ocorre no condomínio. No silêncio, há de se entender que ele será igualitário.

Tanto o proprietário do edifício-base, quanto o lajeiro podem promover reparações urgentes na construção, valendo-se do expediente da obrigação de fazer, por aplicação do art. 249, parágrafo único. Mas, e **o que são as partes que servem a todo o edifício?** Segundo o §1º do art. 1.510- C são:

- Os alicerces, colunas, pilares, paredes-mestras e todas as partes restantes que constituam a estrutura do prédio
- O telhado ou os terraços de cobertura, ainda que destinados ao uso exclusivo do titular da laje
- As instalações gerais de água, esgoto, eletricidade, aquecimento, ar condicionado, gás, comunicações e semelhantes que sirvam a todo o edifício
- As coisas que sejam afetadas ao uso de todo o edifício, em geral

Novamente de maneira assemelhada ao condomínio, o art. 1.510-D prevê que **em caso de alienação de quaisquer das unidades sobrepostas, terão direito de preferência, em igualdade de condições com terceiros, os titulares da construção-base e da laje, nessa ordem**. Devem ser eles cientificados por escrito para que se manifestem no prazo de 30 dias, salvo se o contrato dispuser de modo diverso.



**Em caso de pluralidade de lajes, tem preferência, sucessivamente, o titular das lajes ascendentes e o titular das lajes descendentes. Assegura-se a prioridade para a laje mais próxima à unidade sobreposta a ser alienada.**

O titular da construção-base ou da laje a quem não se der conhecimento da alienação poderá, mediante depósito do respectivo preço, haver para si a parte alienada a terceiros. Para tanto, deve requerer a medida, uma ação adjudicatória, no prazo decadencial de 180 dias, contado da data de alienação.

Apesar de não se tratar de direito de propriedade em sua vertente mais tradicional, a laje é praticamente idêntica a ele. Como se trata de direito real sobre coisa própria, ao menos na minha perspectiva, **a sobrelevação permite ao proprietário “usar, gozar e dispor” de seu direito, talqualmente o proprietário.**

**Permite do mesmo modo a abertura de matrícula própria para o imóvel sobrelevado (§3º).**



Igualmente, de maneira diversa do condomínio, **o titular da laje pode ceder a superfície de sua construção para a instituição de um sucessivo direito real de laje. Para isso, necessário autorização expressa dos titulares da construção-base e das demais lajes, respeitadas as posturas edilícias e urbanísticas vigentes (art. 1.510-A, §6º).**

De modo a evitar maiores problemas à urbanização, os Municípios e o DF podem dispor sobre posturas edilícias e urbanísticas a respeito (§5º). Igualmente, como se trata de uma unidade autônoma, **o titular da laje é responsável pelos encargos e tributos que incidirem sobre a sua unidade (§2º).**

**Distingue-se a laje do direito de superfície porque aquela se dá por tempo indeterminado e autoriza abertura de matrícula própria.** Já o direito de superfície se dá, segundo o art. 1.369, por tempo determinado apenas, sendo que apenas pode ser registrado na matrícula do imóvel respectivo.

Além disso, o que ocorre quando há ruína da construção-base? Nesse caso, estatui o art. 1.510-E **que a ruína da construção-base implica extinção do direito real de laje**, salvo se a:

- Sobrelevação tiver sido instituída no subsolo
- Construção-base não for reconstruída no prazo de 5 anos

Além disso, independentemente da extinção ou não da sobrelevação, não se afasta o direito a eventual reparação civil contra o culpado pela ruína, esclarece o parágrafo único.

## REGIME DE BENS



**O regime de bens nada mais é que a regulação contratual acerca do funcionamento patrimonial das pessoas que se unem por casamento ou união estável, valendo desde a data do casamento ou união (art. 1.639, §1º).** Assim, o art. 1.639 estabelece que podem os nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

**Consequentemente, o Brasil adota um rol exemplificativo de regimes de bens (*numerus apertus*),** pelo que os cônjuges podem criar outro regime ou podem até misturar regras dos demais regimes, desde que isso não viole norma de ordem pública. Contrato que é, o casamento segue a mesma sistemática prevista no art. 425 para qualquer contrato (princípio da atipicidade contratual).



- **Comunhão parcial:**

O regime da comunhão parcial de bens é, em regra, **o regime em que os bens adquiridos antes da união formam o patrimônio individual de cada cônjuge, ao passo que o patrimônio adquirido depois da constância da união forma o patrimônio comum, em comunhão**, como estabelece o art. 1.658. Ou seja, existem três *patrimônios* distintos: o patrimônio individual de cada um dos cônjuges (o *meu* e o *seu*), composto pelos bens adquiridos antes do casamento, e o patrimônio comum, adquirido posteriormente (o *nosso*).

Se é parcial, há bens que se comunicam, porque formam os aquestos do matrimônio, e há bens que não se comunicam porque formam o acervo patrimonial particular de cada um dos cônjuges. **Quais bens se comunicam (bens comuns) e quais são incomunicáveis (bens particulares)? O art. 1.659 estabelece que são excluídos da comunhão (bens particulares, que não são partilhados):**

I. Os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar

É o primeiro lado da regra “os bens adquiridos antes da união são particulares, bens adquiridos depois são bens comuns”. **Se recebidos em doação ou sucessão, não foram adquiridos, mas recebidos.** Assim, se meu sogro falece e minha esposa herda uma casa, ou se ele doa em vida a ela, a casa é bem particular dela.

**Evidentemente, na sub-rogação, se o consorte colabora com valor suplementar, o suplemento é partilhável.** No mesmo exemplo, se a casa foi vendida por R\$200 mil e o apartamento foi comprado por R\$300 mil, R\$100 mil são de bens comuns nossos, pelo que tenho direito a R\$50 mil e minha esposa aos outros R\$250 mil.

Esse é o entendimento do STJ (REsp 1.318.599). **A Corte ainda entende que mesmo que o doador seja o próprio companheiro, que doa um bem particular ou a sua meação num bem, o bem não é partilhável**, porque a regra não é excepcionada (REsp 1.171.488). A regra, evidentemente, vale também para o casamento.

**Seja casamento, seja união estável, no caso de divórcio o cônjuge ou companheiro doador não terá direito ao bem.** No caso de término da sociedade conjugal, atraindo-se a regra sucessória do art. 544, pelo que a doação configurará adiantamento da legítima, salvo se o doador expressamente estipulou que a liberalidade saiu da parte disponível.

II. Os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares.

Em larga medida, é o mesmo caso do anterior. A única distinção é que o bem é anterior ao casamento. Assim, se ao casar minha esposa tinha uma casa de R\$200 mil, ou esse valor na poupança e, depois de casada, compra um apartamento, o apartamento é bem particular dela.

**Evidentemente, na sub-rogação, se o consorte colabora com valor suplementar, o suplemento é partilhável.** No mesmo exemplo, se a casa foi vendida por R\$200 mil, ou esse valor estava na poupança dela, e o apartamento foi comprado por R\$300 mil, R\$100 mil são de bens comuns nossos, pelo que tenho direito a R\$50 mil e minha esposa aos outros R\$250 mil.

III. As obrigações anteriores ao casamento;

Aqui há um complemento à “bens adquiridos antes da união são particulares, bens adquiridos depois são bens comuns”. Se vale para os bens, créditos, vale também para as dívidas, débitos.

IV. As obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;

Mesmo que a obrigação surja posteriormente ao matrimônio, ela é de responsabilidade pessoal do cônjuge. Eis uma pitada de direito penal no direito civil. Famoso princípio penal (princípio da intranscendência, da pessoalidade ou da personalidade da pena) é de que a pena não pode ultrapassar a pessoa do condenado, segundo a norma do art. 5º, inc. XLV, da CF/1988.

**Excepciona-se essa regra quando o ilícito reverte em proveito do casal, situação na qual ambos respondem solidariamente.** Se fosse essa regra aplicada no direito penal, variados políticos brasileiros dividiriam a cela com suas esposas. Como lá a culpabilidade é importante, não chegam as ex-primeiras-damas a pernoitar na carceragem policial, mas isso não impede que seu patrimônio particular seja atingido pela ação de ressarcimento ao Erário.

V. Os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão.

**Cada um com seus bens de uso pessoal, sendo irrelevante, portanto, se um dos cônjuges vive espartanamente e o outro faustamente.** Isso, inclusive, é ponto de discórdia em muitas lides, em acusações mútuas. A má escolha matrimonial pode ter péssimas consequências patrimoniais.

VI. Os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge.

**Trata-se, evidentemente, dos proventos recebidos comumente.** Se me divorciar, minha esposa, funcionária pública, não terá de me repassar metade do salário. Claro, isso nada tem a ver com a eventual pretensão de alimentos que tenho em face dela, porque as duas situações não se confundem (alimentos compõem o direito de família assistencial, ao passo que a meação compõe o direito de família conjugal).

**O dispositivo trata dos proventos presentes e futuros apenas, não dos pretéritos.** Levar a norma ao absurdo levaria à bizarra situação de que nada se partilha porque tudo é excluído da comunhão.

VII. As pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes;

Pensão é o valor recebido por decisão judicial, pela lei, por ato *inter vivos* ou *mortis causa*. Meio-soldo é a metade do valor recebido pelo militar das Forças Armadas reformado. Montepio é a pensão recebida pelos herdeiros de um funcionário público falecido. Em resumo, pensões *lato sensu*. Segundo o STJ, o benefício de previdência privada fechada, como a OABPrev, é excluído da partilha (REsp 1.477.937), porque constitui “renda semelhante”.

Se esses bens são comunicáveis (bens particulares), pelo que não entram em eventual partilha em vida ou *post mortem*, quais se comunicam (bens comuns); são partilhados pelos ex-cônjuges em virtude de cisão do matrimônio, por morte ou divórcio? **O art. 1.660 estabelece que entram na comunhão (bens comuns, a serem partilhados):**



I. Os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;

É o outro lado da regra “os bens adquiridos antes da união são particulares, bens adquiridos depois são bens comuns”. **Há presunção absoluta (*juris et de jure*) de que foram os bens adquiridos com o esforço comum**, presunção essa que advém da própria noção de comunhão de vida e patrimônio no casal.

II. Os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;

O valor integra meação, ainda que derivado exclusivamente do meu esforço pessoal, fruto do meu trabalho e com despesas.

- **COMUNHÃO UNIVERSAL OU TOTAL:**



Ao contrário da comunhão parcial de bens, **na comunhão universal existe apenas o patrimônio comum do casal. Exclui-se todo o patrimônio individual, mesmo sobre os bens anteriores à união, bens passados, presentes e futuros e suas dívidas**, na forma do art. 1.667. Na comunhão universal de bens, portanto, só existe o “nosso”, não mais nem o “seu”, nem o “meu”.

A comunhão de bens é plena, mas não absoluta, porque o art. 1.668 traz exceções. Atente, porém, porque **a incomunicabilidade dos bens enumerados abaixo não se estende aos frutos, quando se percebam ou vençam durante o casamento, não deixa margem de dúvida o art. 1.669. O que é, excepcionalmente, excluído da comunhão?**

I. Os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;

Diferentemente da comunhão parcial de bens, as doações, heranças e legados constituem bens comuns. **Só serão excluídos da comunhão se estiverem clausulados de incomunicabilidade, na forma estabelecida pelo art. 1.848, ou seja, em havendo justa causa.**

II. Os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;

Trata-se de hipótese de substituição fideicomissária, que é feita por disposição testamentária. Não há comunicabilidade porque a propriedade é resolúvel, sendo que o proprietário tem, faticamente, apenas o usufruto do bem, até que a propriedade se resolva em favor de terceiro, nu-proprietário.

III. As dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;

A regra é lógica. Minha dívida de cartão de crédito, anterior ao casamento, não se comunica. No entanto, se essa dívida se origina da aquisição do apartamento no qual eu e minha esposa vamos morar, de móveis para esse imóvel, das passagens aéreas da nossa lua-de-mel, ou mesmo das despesas do buffet da festa, comunicam-se as dívidas.

IV. As doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;

As doações antenupciais (*propter nuptias* ou *propter nuptie*) constituem o exemplo de como o direito civil é um misto de direito antiquíssimo e novíssimo, ao mesmo tempo. Configuravam um contrato típico regido pela Lei dos Esponsais, de 1784, lei essa que não foi revogada pela Lei do Casamento Civil, de 1890.

V. Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659;

Quais são esses bens? Os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão, os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge e as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes. **Ou seja, exatamente os mesmos bens previstos para a comunhão parcial de bens.**

Além disso, **quanto à administração dos bens, aplicam-se as regras da comunhão parcial de bens**, por força do art. 1.670. Com a partilha, o art. 1.671 estabelece que cessa a responsabilidade de cada um dos



cônjuges para com os credores do outro. Se a dívida se origina do período da comunhão, porém, claro que haverá responsabilidade do consorte;

- **SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA OU LEGAL:**

A primeira exceção ao regime geral é a separação de bens, que pode ser voluntária ou obrigatória. **Nos regimes de separação de bens, legal ou convencional, os bens do casal são todos individuais, em realidade. Cada cônjuge tem patrimônio autônomo, que não se comunica com o patrimônio do outro.**



O regime da separação legal de bens está previsto no art. 1.641. Se é um regime obrigatório, cabe em hipóteses restritas, pelo que não se pode fazer interpretação de seus dispositivos. **Exige-se a adoção obrigatória do regime da separação de bens:**

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento

- O viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros
- A viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal
- O divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal
- O tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas

II - da pessoa maior de 70 anos;

III - dos que dependerem para casar de suprimento judicial;

E se a união estável se iniciou antes de a pessoa completar 70 anos? Nesse caso, o Enunciado 261 da III Jornada de Direito Civil afirma que a obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de 70 anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade.



**O casamento sob esse regime de bens veda a mudança para outro, como prevê o art. 1.639, §2º, por incompatibilidade.** Assim, o princípio da mutabilidade de regimes é afastado no caso do regime legal ou obrigatório de bens, de modo a evitar que os cônjuges violassem a norma cogente.

**A Súmula 377 do STF estabelece que no regime da separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.** Ou seja, a despeito da frieza da norma, será feita a divisão dos

aquestos, porque seria injusto com o ex-cônjuge deixá-lo sem seu quinhão, de modo a gerar enriquecimento injustificado do consorte.

Em 2018, o STJ (EREsp 1.623.858), julgou ser necessário a prova do esforço comum, trazendo a seguinte releitura da Súmula 377 do STF: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição”.

O STJ tem entendido que na união estável é necessário fazer prova do esforço comum na aquisição (EREsp 1.171.820), para divisão do bem, na esteira da Súmula 380 do STF. Igualmente, no concubinato, quando da divisão de bens da sociedade de fato, exige-se também a prova do esforço comum para que seja a Súmula 377 do STF aplicada, em cumulação com a Súmula 380 (REsp 1.628.701).

O art. 1.687 estabelece que, estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar. Pode um cônjuge, assim alienar ou hipotecar a casa registrada em seu nome, sem necessitar da vênua conjugal.

Já o art. 1.688 prevê que **ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens. Permite-se, porém, estipulação em contrário no pacto antenupcial.** Evidente, se a proporção prevista for excessivamente onerosa e injusta em face de um dos cônjuges, pode ser reputada nula, na regra do art. 1.655.

Por fim, por aplicação do art. 1.647, **o cônjuge pode, mesmo sem autorização do outro:**

- I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;
- II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;
- III - prestar fiança ou aval;
- IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

#### SEPARAÇÃO VOLUNTÁRIA OU CONVENCIONAL:



**Já a separação voluntária funciona do mesmo modo que a separação obrigatória, à exceção de não se obriga ninguém a adotá-lo e poder haver mudança posterior de regime para outro. Esse regime funciona como completa divisão patrimonial.**

Por isso, estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar (art. 1.687). Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens. Permite-se, porém, estipulação em contrário no pacto antenupcial.

Além disso, o cônjuge pode, mesmo sem autorização do outro, alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; prestar fiança ou aval; e fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação. Novamente, é a regra do art. 1.647.

A distinção maior entre o regime da separação convencional de bens e o regime da separação legal de bens é a Súmula 377 do STF. **Aponta a doutrina praticamente unânime que a Súmula tem aplicação apenas no regime da separação legal de bens (regime de separação impura de bens, portanto). No regime da separação voluntária de bens, inversamente, não se aplicaria a Súmula, de modo que haveria vera e própria separação de bens (regime da separação pura de bens).**



Outra diferença entre os regimes está prevista no parágrafo único do art. 496. Prevê o *caput* que é anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido.

O cônjuge não precisa consentir, porém, se o regime de bens for o da separação obrigatória. Assim, se tenho apenas um filho e vou vender a ele uma casa, preciso da vênua conjugal, em regra. **Se casei no regime da separação legal de bens, a vênua é dispensada. Interpretando-se a regra em contrário, se sou casado no regime da separação convencional de bens, necessária a outorga conjugal, sob pena de anulação do negócio jurídico.**

#### **PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS:**

Esse regime é pouco usual, por sua complexidade e baixa aderência social, chegando muitos, como Venosa, a sugerir sua extinção. Por isso, eis aqui outro unicórnio do Direito de Família; **o regime da participação final nos aquestos é de baixíssima adesão em qualquer coisa.**



**O regime da participação final nos aquestos é um regime híbrido: ele funciona como o regime da separação de bens enquanto dura a convivência e funciona como o regime da comunhão parcial, quando da dissolução da convivência.**

Sua noção geral está estampada no art. 1.672, estabelecendo que **cada cônjuge possui patrimônio próprio e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.**

Assim, integram o patrimônio próprio os bens que cada cônjuge possuía ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento (art. 1.673) e, por isso, a administração desses bens é exclusiva de cada cônjuge, que os poderá livremente alienar, se forem móveis, na forma do parágrafo único desse artigo. No entanto, **no pacto antenupcial podem os nubentes convencionar a livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares** (art. 1.656).



O legislador tratou desse regime de bens de maneira absolutamente patrimonial. Prova disso é o art. 1.678, que estabeleceu que **se um dos cônjuges solveu uma dívida do outro com bens do seu patrimônio, o valor do pagamento deve ser atualizado e imputado, na data da dissolução, à meação do outro cônjuge.**

Em que pese essa estrita divisão entre os patrimônios dos cônjuges, que, em tese, só se comunicam na dissolução, o art. 1.675 estabelece que **se computam o valor das doações feitas por um dos cônjuges, sem a necessária autorização do outro, ao longo da união.** E mais, nesse caso, o bem poderá ser reivindicado pelo cônjuge prejudicado ou por seus herdeiros, ou declarado no monte partilhável, por valor equivalente

ao da época da dissolução. Por outro lado, pelas dívidas posteriores ao casamento, contraídas por um dos cônjuges, somente este responderá, em regra, salvo prova de terem revertido, parcial ou totalmente, em benefício do outro.



Mas, em que momento se fará essa comunicação de patrimônios para a partilha? Segundo o art. 1.683, **na dissolução do regime de bens por separação judicial ou por divórcio, verificar-se-á o montante dos aquestos à data em que cessou a convivência. Ou seja, não se considera a data da separação ou do divórcio, mas a data em que cessou a convivência, devendo-se analisar o fato que dá suporte à aplicação desse artigo.**

Na dicção do art. 1.674, **quando se dissolver a sociedade conjugal, devem ser apurados os aquestos, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios:**

- I - os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram;
- II - os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade;
- III - as dívidas relativas a esses bens.

**Como ocorria no regime da comunhão parcial de bens, salvo prova em contrário, presumem-se adquiridos durante o casamento os bens móveis. No entanto, perante terceiros, presumem-se os móveis do domínio do cônjuge devedor, salvo se o bem for de uso pessoal do outro.**

Já bens imóveis são de propriedade do cônjuge cujo nome constar no registro, conforme o art. 1.681, mas deve ele prová-lo, se impugnada a titularidade. A regra é absurda, constituindo prova diabólica, já que deve provar não aquele que impugna a titularidade, mas o titular registral.

Consoante a regra do art. 1.684, se não for possível nem conveniente a divisão de todos os bens em natureza, deve ser calculado o valor de alguns ou de todos para reposição em dinheiro ao cônjuge não proprietário. Não se podendo realizar a reposição em dinheiro, serão avaliados e, mediante autorização judicial, alienados tantos bens quantos bastarem.



O art. 1.682 esclarece que o direito à **meação (rectius, participação) não é renunciável, cessível ou penhorável na vigência do regime matrimonial**, o que demonstra o caráter altamente patrimonial desse regime.



No caso de dissolução da sociedade conjugal por morte, verifica-se a meação do cônjuge sobrevivente do mesmo modo como mencionado. A herança, então, é calculada conforme as regras sucessórias. De todo modo, afastando qualquer dúvida, o art. 1.686 evidencia que **as dívidas de um dos cônjuges, quando superiores à sua meação, não obrigam ao outro, ou a seus herdeiros.**

III. Os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges

Essa regra complementa a regra do art. 1.659, inc. I. Lá, se a doação, herança ou legado feita pelo meu sogro foi recebida pela minha esposa, é dela, exclusivamente. Agora, se meu sogro amado doa ou lega um bem “para o meu querido genro e minha amada filha”, o bem é comum.

#### IV. As benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge

Essa regra complementa a regra do art. 1.659, inc. II. Lá, o apartamento que eu tinha quando solteiro é exclusivamente meu, é bem particular. Agora, se eu troco todo o piso e a fiação elétrica do apartamento, benfeitorias voluptuária e útil, respectivamente, esses valores são comuns.

**Veja que é irrelevante o tipo de benfeitoria. Integram a meação, por serem bens comuns, benfeitorias necessárias, úteis e voluptuárias. Apesar do silêncio, as acessões devem ser equiparadas às benfeitorias, já que o legislador reiteradamente delas se esqueceu na redação de inúmeras passagens do CC/2002 (um dos maiores erros deste Código é precisamente esse cochilo reiterado a respeito das acessões).**

#### V. Os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão



**Aqui o mais importante é precisar o momento em que nasceram os frutos. Se os frutos se originam em momento anterior à união, são bens particulares, se se originam durante a constância, são bens comuns, se se originam depois da dissolução, são bens particulares. Grave isso!**

Como a aplicação dessas regras pode ser um tanto difícil na prática, o CC/2002, de maneira sábia, estabeleceu duas presunções. **Ambas são presunções relativas (*juris tantum*), admitindo prova em contrário.**

**No caso de bens imóveis, para se demonstrar que eles formam o patrimônio individual, deve o cônjuge expressamente salientar na aquisição do bem que o valor da aquisição é oriundo da venda do outro bem, anterior à união.** Deve ele, ainda, provar que de fato o dinheiro veio da venda do bem anterior, mesmo que tenha consignado no título.



**Já no caso de bens móveis, o art. 1.662 estabelece que se presumem adquiridos eles na constância do casamento, quando não se provar que o foram em data anterior.** Como, para bens móveis, a prova de que o bem subsequente se sub-rogou no lugar do antecedente é extremamente difícil, muito provavelmente se entenderá que eles são todos oriundos dentro da constância da união.

Situação que facilita essa prova está prevista no art. 1.661, que prevê não se comunicarem os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento. Assim, por exemplo, se eu movo uma ação judicial contra o meu ex-empregador, me caso, há sentença de procedência e eu me divórcio, o valor que recebi não entra na divisão do patrimônio comum, porque as verbas trabalhistas têm “causa” anterior ao matrimônio.

INDO MAS  
FUNDO!



**Simplificando a regra, o patrimônio comum será formado pelos bens adquiridos a título oneroso, na constância do casamento. Mas atente às exceções e detalhes.**

Como os bens, até prova em contrário, são comuns, em geral, a administração do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges (art. 1.663). Por isso, **as dívidas contraídas obrigam os bens comuns e particulares do cônjuge que os administra, e os do outro na razão do proveito que houver auferido** (§1º). No entanto, se o cônjuge que administra os bens comuns os malversar (dilapidar, administrar mal), o juiz poderá atribuir a administração a apenas um dos cônjuges (§3º).

Como os bens são comuns, **exige-se a anuência de ambos os cônjuges para os atos, a título gratuito, que impliquem cessão do uso ou gozo dos bens comuns** (§2º). É o caso do comodato, por exemplo.

De outro lado, **os bens da comunhão respondem pelas obrigações contraídas pelos cônjuges para atender aos encargos da família, às despesas de administração e às decorrentes de imposição legal** (art. 1.664). Assim, nossos bens comuns respondem pelas dívidas comuns, como contribuição condominial, energia elétrica etc.

Ao contrário, **a administração e a disposição dos bens constitutivos do patrimônio particular competem ao cônjuge proprietário**, salvo convenção diversa em pacto antenupcial (art. 1.665). Por isso, as dívidas contraídas por quaisquer dos cônjuges na administração de seus bens particulares e em benefício destes não obrigam os bens comuns (art. 1.666).

**Por fim, o regime da comunhão parcial de bens é por força do art. 1.725 o regime aplicável às uniões estáveis, salvo prévio pacto escrito.** Assim, todas as regras supramencionadas funcionam exatamente do mesmo modo da união estável, com a peculiaridade de se ter que fixar a data de início da união, se não houver contrato escrito.

## TEMAS ESSENCIAIS DIREITO DO CONSUMIDOR<sup>30</sup>

### RESPONSABILIDADE DOS FORNECEDORES POR SEUS PRODUTOS E SERVIÇOS

- **RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO:**

A responsabilidade pelo fato do produto está regulada no CDC pelo artigo 12:

---

<sup>30</sup> Material retirado do ECJ do Prof. Igor Maciel.

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador **respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados** aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus **produtos**, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação;

II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi colocado em circulação.

Assim, a violação do dever de informar qualificado está prevista no CDC como uma hipótese de defeito do produto, ensejando a responsabilidade objetiva do fornecedor.

Nesse sentido, fixou o STJ (EDIÇÃO N. 163: DIREITO DO CONSUMIDOR - VII):

**9) A ausência de informação qualificada quanto aos possíveis efeitos colaterais e reações adversas de medicação configura defeito do produto, conforme disposto no art. 12, § 1º, II, do CDC, ocasionando responsabilidade objetiva do fabricante/fornecedor.**

Percebam, meus amigos, que o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador irão responder pela reparação do acidente de consumo ocorrido com seus produtos **independente da existência de culpa.**

Esta é a diferença entre a Responsabilidade Civil Objetiva e a Responsabilidade Civil Subjetiva. Na responsabilidade civil objetiva, o Autor quando propõe uma demanda em juízo deve demonstrar nos autos a conduta praticada pelo Réu (comissiva ou omissiva), o dano que sofrera e que merece ser reparado e o nexo causal entre a conduta e o dano sofrido. O elemento subjetivo dolo ou culpa do agente que praticou o dano não precisa ser demonstrado pelo Autor. Esta a regra do Código de Defesa do Consumidor. Já na Responsabilidade Civil Subjetiva, o Autor da ação deverá demonstrar em juízo, além da conduta do réu, do dano ocasionado e do nexo causal entre ambos, a existência de dolo ou culpa na ação ou omissão do agente. Trata-se, assim, de uma forma de responsabilização muito mais trabalhosa para o Autor da ação.

O CDC adota, regra geral, a responsabilidade civil objetiva.

O próprio código prevê hipóteses de excludente de responsabilidade onde o fabricante, o construtor ou importador não irão ser responsabilizados quando conseguirem **provar nos autos** (parágrafo 3º):

- Que não colocaram o produto no mercado;
- Que, embora tenham colocado o produto no mercado, o defeito não existe;
- Que a culpa pelo defeito fora exclusiva do consumidor ou de terceiro;

Percebam, portanto, que o ônus de provar as excludentes de responsabilidade é todo do fabricante, construtor ou importador, jamais do consumidor. Como o caput do artigo 12 não dispõe sobre o **fornecedor**, mas elenca aquelas pessoas que seriam responsáveis pelo fato do produto, a doutrina se consolidou no sentido de que o comerciante não deve ser incluído neste rol. A responsabilidade civil do comerciante é regulada especificamente pelo artigo 13, do CDC, que assim estabelece:

Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;

II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;

III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.

Ou seja, **o comerciante apenas responderá pelo fato do produto nestas hipóteses e de forma subsidiária.**

Percebam que a responsabilidade do comerciante tem vez quando não é possível identificar o fabricante, produtor, importador ou construtor ou quando o comerciante, por sua culpa, não conservar os produtos perecíveis.

Além disso, o parágrafo único do referido dispositivo estabelece que aquele que efetivar o pagamento do débito poderá exercer o seu direito de regresso contra os demais responsável pelo dano. É dizer: acaso o comerciante venha a pagar o débito para o consumidor, poderá exercer o seu direito de regresso contra o fabricante, por exemplo.

Certo é que no curso do processo não poderá qualquer fornecedor denunciar outro à lide, sendo necessário o ajuizamento de uma outra ação autônoma.

Em resumo, para se beneficiar o consumidor e não trazer novo elemento para os autos (a responsabilidade entre fornecedores opera-se de forma subjetiva, enquanto na relação consumidor x fornecedor, trata-se de responsabilidade objetiva), o CDC vedou a denúncia a denúncia lide, permitindo que os fornecedores discutam entre si o responsável pelo dano em um novo processo autônomo, conforme inteligência do artigo 88:

*Art. 88. Na hipótese do art. 13, parágrafo único deste código, a ação de regresso poderá ser ajuizada em processo autônomo, facultada a possibilidade de prosseguir-se nos mesmos autos, **vedada a denúncia da lide.***

Além disso, o simples fato de uma nova tecnologia de melhor qualidade ter surgido no mercado não transforma o produto originalmente adquirido em defeituoso. Esta a disposição do parágrafo 2º, do artigo 12, do CDC:



*§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.*

Este exemplo é bastante comum no mercado de telefones celulares: o consumidor adquire um modelo (o mais caro do mercado naquele momento) e poucos dias depois surge um novo modelo com tecnologia mais avançada.

Não poderá o consumidor alegar defeito no produto tão somente por esta circunstância.

- **RESPONSABILIDADE PELO FATO DO SERVIÇO:**

Já quanto à Responsabilidade pelo fato dos serviços, o CDC aplicou a regra geral da solidariedade para todos os fornecedores, não excluindo o comerciante. No artigo 14, o CDC utiliza a palavra **fornecedor**.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

Aqui também o CDC estabelece não ser o serviço defeituoso pela simples adoção de novas técnicas.

O parágrafo 3º estabelece que quando o fornecedor de serviços provar que o defeito inexistiu ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, não terá cabimento sua responsabilização.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistiu;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Já no tocante aos profissionais liberais (aqueles prestadores de serviço que em geral não possuem uma organização empresarial, como os médicos, advogados, dentistas, arquitetos e outros profissionais que prestam serviço de natureza técnica e pessoal), segundo o CDC, a responsabilidade destes profissionais deve ocorrer de forma diferenciada, excepcionando a regra da responsabilidade objetiva e imputando-lhe a regra da responsabilidade subjetiva.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Assim, quando demandar um profissional liberal em juízo, deverá o Autor (consumidor) demonstrar o ato cometido, o dano causado, o nexu causal entre ambos e, ainda, que o agente praticou o dano com dolo ou culpa. Isto porque ao contratar os serviços destes profissionais, ao consumidor não é oferecido o resultado esperado, mas tão somente uma garantia de que o serviço será prestado da melhor forma possível. Explica-se. A obrigação dos profissionais liberais é uma obrigação de **meio** e não de resultado. O advogado, ao ser contratado, deve defender a causa com a maior dedicação possível, fazendo o seu melhor para que o resultado seja atingido. Contudo, não pode o profissional garantir que o cliente irá ganhar a demanda.

Neste sentido, a jurisprudência do STJ é trilhada também aos profissionais médicos:

3. Portanto, como se trata de obrigação de meio, o resultado final insatisfatório alcançado não configura, por si só, o inadimplemento contratual, pois a finalidade do contrato é a atividade profissional médica, prestada com prudência, técnica e diligência necessárias, devendo, para que exsurja obrigação de indenizar, ser demonstrada a ocorrência de ato, comissivo ou omissivo, caracterizado por erro culpável do médico, assim como do nexu de causalidade entre o dano experimentado pelo paciente e o ato tido por causador do dano. (REsp 992.821/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 27/08/2012)



A obrigação do profissional liberal (médico, advogado) é de meio e não de resultado. No STJ encontramos decisões excepcionando a regra da responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais. São hipóteses onde o Tribunal entendeu que os profissionais devem sim entregar o resultado esperado e, exatamente por isto, a responsabilidade civil destes profissionais deve ser objetiva. O melhor e mais comum exemplo é a cirurgia plástica meramente embelezadora. Deve o profissional médico contratado exclusivamente para realizar uma cirurgia plástica estética entregar o resultado prometido para a consumidora. Neste sentido:

"(...) 2. Possuindo a cirurgia estética a natureza de obrigação de resultado cuja responsabilidade do médico é presumida, cabe a este demonstrar existir alguma excludente de sua responsabilização apta a afastar o direito ao ressarcimento do paciente. 3. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1468756/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 24/05/2016)

Ainda, o STJ diferencia o erro médico cometido por empregado do hospital daquele erro médico cometido por profissional que apenas está utilizando dos serviços de hotelaria fornecidos pela instituição. Basicamente, o hospital responde por erro cometido por profissional médico que seja seu empregado ou possua algum vínculo de subordinação com a instituição e que tenha ocorrido em suas dependências. Por outro lado, acaso o paciente tenha contratado de forma independente um médico que não seja

empregado do hospital para realizar um procedimento utilizando-se apenas de sua estrutura, não cabe a responsabilização do hospital por eventual erro cometido pelo profissional.

Já os planos de saúde devem responder por erros médicos de profissionais a ele conveniados ou que sejam seus empregados, conforme vem decidindo o STJ:

"(...) 1. "Se o contrato é fundado na prestação de serviços médicos e hospitalares próprios e/ou credenciados, no qual a operadora de plano de saúde mantém hospitais e emprega médicos ou indica um rol de conveniados, não há como afastar sua responsabilidade solidária pela má prestação do serviço" (REsp n. 866.371/RS, Relator Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 27/3/2012, DJe 20/8/2012). 2. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 747.455/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 16/11/2015)

- **RESPONSABILIDADE PELO VÍCIO DO PRODUTO:**

Já os vícios do produto são regulados pelo artigo 18, do CDC. Percebam que o dispositivo legal fala que todos os **fornecedores** (inclusive os comerciantes) devem responder solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que tornem os produtos impróprios para consumo ou lhes diminuam o valor.

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem **solidariamente** pelos vícios de **qualidade ou quantidade** que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, **podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.**

Assim, se o consumidor adquire um produto com um vício de qualidade (uma televisão que o controle remoto não funciona, por exemplo) deverá ele dirigir-se até o fornecedor e solicitar que o vício seja sanado, inclusive com a substituição das partes viciadas.

Em primeiro lugar, devemos destacar que o consumidor terá o prazo de 30 (trinta) dias para solucionar o problema. Contudo, acaso o vício não seja sanado, após o prazo de trinta dias poderá o consumidor escolher entre as alternativas previstas no parágrafo 1º, do artigo 18:

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo **máximo de trinta dias**, pode o consumidor exigir, alternativamente e **à sua escolha**:

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II - **a restituição imediata da quantia paga**, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

Além disso, o consumidor poderá sempre fazer uso destas alternativas quando o vício for tão extenso que a substituição das partes viciadas possa comprometer a qualidade, as características do produto ou diminuir-lhe o valor, ou ainda, acaso se trate de produto essencial (parágrafo 3º).

Saliente-se que entende o STJ (EDIÇÃO N. 165: DIREITO DO CONSUMIDOR - IX):

**11) Em ação redibitória, o consumidor que teve restituição do valor pago pelo fornecedor deve devolver o bem considerado inadequado ao uso.**

Assim, acolhida a pretensão redibitória do consumidor, rescinde-se o contrato de compra e venda, retornando as partes à situação anterior à sua celebração (status quo ante), sendo uma das consequências automáticas da sentença a sua eficácia restitutória, com a restituição atualizada do preço pelo vendedor e devolução da coisa adquirida pelo comprador.

Assim, identificado o vício de qualidade, surgem 3 opções, a critério do consumidor:

1. Restituição do valor;
2. Abatimento do preço; ou
3. Substituição do produto.

§ 4º Tendo o consumidor optado pela alternativa do inciso I do § 1º deste artigo, e não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, **mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço**, sem prejuízo do disposto nos incisos II e III do § 1º deste artigo.

Além disso, o CDC estabelece que no caso de produtos *in natura*, será responsável perante o consumidor o fornecedor imediato, a não ser quando o produtor seja claramente identificado (parágrafo 5º). Trata-se, assim, de situação um pouco diferente da regra geral para os produtos, onde todos os fornecedores (fabricante, importador, comerciante) irão responder de forma solidária pelo vício do produto. Transcreve-se o dispositivo para análise:

§ 5º No caso de fornecimento de produtos in natura, será responsável perante o consumidor o fornecedor imediato, exceto quando identificado claramente seu produtor.

O CDC regula também o vício de quantidade do produto especificamente no artigo 19 e estabelece que todos os fornecedores respondem **solidariamente** por tais vícios. E, diferentemente do vício quanto à qualidade, o consumidor não precisa esperar prazo algum para escolher entre o abatimento proporcional do preço, a complementação do peso ou medida, a substituição do produto ou a restituição do seu dinheiro.

Art. 19. Os fornecedores respondem **solidariamente** pelos vícios de **quantidade** do produto sempre que, **respeitadas as variações decorrentes de sua natureza**, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - o abatimento proporcional do preço;

II - complementação do peso ou medida;

III - a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios;

IV - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

Destaque-se que acaso o comerciante esteja com a sua balança com defeito, será ele o responsável pelo vício no produto, conforme se extrai do parágrafo segundo do referido artigo:

§ 2º O fornecedor imediato será responsável quando fizer a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais.

- **RESPONSABILIDADE PELO VÍCIO DO SERVIÇO:**

Quanto o vício na qualidade dos serviços, o CDC estabelece que poderá o consumidor exigir de imediato:

I - a reexecução dos serviços sem qualquer custo para o consumidor e quando esta for cabível. Poderá ser feita, inclusive por terceiros, desde que devidamente pagos pelo fornecedor;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

Trata-se do disposto no artigo 20 do CDC que ainda dispõe quanto à definição do serviço impróprio:

§ 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

De acordo com o artigo 21, do CDC, quando o serviço for prestado com o intuito de reparar qualquer produto, considera-se implícita a obrigação de o fornecedor empregar apenas componentes de reposição originais adequados e novos. É dizer: o fornecedor precisa utilizar peças originais e novas quando for reparar produtos com defeito. Por outro lado, os produtos devem obedecer às especificações técnicas do fabricante. **Contudo, poderá o consumidor autorizar expressamente a substituição de peças por outras usadas, desde que esta seja a sua vontade.**

Art. 21. No fornecimento de serviços que tenham por objetivo a reparação de qualquer produto considerar-se-á implícita a obrigação do fornecedor de empregar componentes de reposição originais adequados e novos, ou que mantenham as especificações técnicas do fabricante, salvo, quanto a estes últimos, autorização em contrário do consumidor.

## DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Princípio básico do direito societário é aquele que estabelece a independência entre o patrimônio da pessoa jurídica com o de seus sócios: o princípio da autonomia patrimonial da empresa. Assim, o patrimônio da pessoa jurídica (o patrimônio da empresa) não se confunde com o patrimônio dos sócios que integram esta sociedade.

Contudo, exatamente por conta desta independência patrimonial, por vezes o instituto da personalidade jurídica é utilizado para a lesão de interesses de terceiros, em verdadeira perpetração de fraudes.

Com o intuito de coibir os abusos ao direito societário, surgira a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica. Nesta, verificados os requisitos legais, poderá o julgador afastar a independência patrimonial da sociedade e atingir diretamente os bens de seus sócios com o intuito de satisfazer o crédito porventura executado contra a empresa.

Percebam que esta desconsideração é pontual. Afasta-se naquele momento a barreira imposta pela personalidade independente da sociedade para se atingir quanto àquele determinado débito o patrimônio dos sócios.

Após tal ato, para todos os efeitos, a sociedade continua o desempenho normal de suas atividades, inclusive com a independência patrimonial que lhe é característica.

Diferentemente, a dissolução da sociedade envolve o encerramento definitivo da personalidade jurídica com a liquidação total ou parcial da sociedade e a distribuição de eventuais haveres entre os sócios.

De acordo com a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, apenas terá cabimento ser afastada a autonomia patrimonial da empresa, acaso seja demonstrado nos autos o abuso da personalidade perpetrado pelo uso fraudulento do instituto.

Trata-se do disposto no caput do artigo 28 do CDC que, em princípio leva-nos a crer ter sido esta a teoria adotada para a desconsideração da personalidade jurídica no CDC:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. (...)

Contudo, o parágrafo 5º, do artigo 28, mostra-nos uma realidade completamente diferente do caput. Acaso a personalidade jurídica seja, de qualquer modo e independente de qualquer fraude, óbice à satisfação do crédito dos consumidores, poderá o juiz desconsiderar a personalidade da empresa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Trata-se da teoria **menor** da desconsideração da personalidade jurídica, segundo a qual, independente de fraude, mesmo que o empresário tenha adotado todas as cautelas legais, mas, por questões econômicas, não possua condições de arcar com o crédito do consumidor, poderá a personalidade jurídica ser desconsiderada e o patrimônio dos sócios atingido.

Sugerimos ao aluno a leitura de todos os parágrafos do artigo 28 do CDC que estão abaixo transcritos quanto a sociedades controladas, coligadas e consorciadas:

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades **controladas**, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades **consorciadas** são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades **coligadas** só responderão por culpa.

## DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Representando uma mitigação à força vinculatória dos contratos, o artigo 51, do CDC estabelece um rol meramente exemplificativo de cláusulas consideradas abusivas pelo ordenamento pátrio em contratos de consumo. Para Leandro Lages (2014, pg. 337):

Cláusulas abusivas são aquelas desfavoráveis à parte mais fraca na relação contratual, no caso, o consumidor. Implica na quebra do equilíbrio entre as partes, pois confere várias vantagens indevidas ao fornecedor ou ônus excessivos ao consumidor. Estão presentes não apenas em contratos de adesão, mas em todo e qualquer contrato, escrito ou verbal, no qual o fornecedor se prevalece da vulnerabilidade do consumidor.

De acordo com o artigo 51, do CDC as cláusulas abusivas em contratos de consumo serão nulas de pleno direito. Destaque-se, contudo, que, conforme inteligência do parágrafo 2º, do referido artigo, **a nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida por completo o contrato.**

A exceção, contudo, ocorre quando inexistir contrato e, apesar dos esforços de integração da cláusula invalidada, decorrer ônus excessivo para qualquer das partes.

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

Além disso, o parágrafo 4º, do artigo 51 privilegia a defesa coletiva dos interesses dos consumidores, ao estabelecer que:

§ 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

Além disso, há doutrinadores que possuem entendimento no sentido de que as cláusulas abusivas poderiam ser reconhecidas inclusive de ofício pelo Poder Judiciário, por envolver matéria de ordem pública. Contudo, em que pese forte crítica doutrinária, **o Superior Tribunal de Justiça exclusivamente quanto aos contratos bancários concluiu que não é dado ao Poder Judiciário conhecer de ofício a abusividade de cláusulas:**

**Súmula 381/STJ:** Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.

Cabe-nos, neste momento, comentar cada um dos incisos do artigo 51, do CDC.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

São nulas, portanto, de pleno direito as cláusulas que pretendam reduzir os direitos do consumidor ou a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza nos produtos ou serviços. Exemplo clássico desta limitação diz com os danos causados a veículos no interior de estacionamentos, onde é comum empresas afixarem a seguinte placa:



Ocorre que, ainda que gratuito o estacionamento ofertado pelo fornecedor, este deve responder por danos causados aos veículos, até porque trata-se de cláusula inerente ao próprio serviço ofertado – guarda do veículo.

Exatamente por isto, o STJ ficou o entendimento segundo o qual:



**Súmula 130/STJ:** A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento.

Ainda no mesmo sentido, entendeu o STJ ser abusiva a cláusula de plano de saúde que limita o tempo de internação hospitalar de segurado:

**Súmula 302/STJ:** É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.

Igualmente, a Súmula 597 do STJ:

**Súmula 597/STJ:** *A cláusula contratual de plano de saúde que prevê carência para utilização dos serviços de assistência médica nas situações de emergência ou de urgência é considerada abusiva se ultrapassado o prazo máximo de 24 horas contado da data da contratação.*

Por sua vez, o Tribunal Superior afirma em sua Jurisprudência em teses, EDIÇÃO N. 163: DIREITO DO CONSUMIDOR VII:

**7) É abusiva a negativa de cobertura para tratamento de emergência ou urgência do segurado mesmo sob o argumento de necessidade de cumprimento do período de carência, sendo devida a reparação por danos morais.**

A norma em análise, todavia, admite a limitação da indenização em situações justificáveis quando o consumidor for pessoa **jurídica**.

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

São nulas, portanto, as cláusulas que não permitam ao consumidor receber os valores pagos em caso de desistência do contrato nas hipóteses previstas no CDC (por exemplo o direito de arrependimento para compras fora do estabelecimento).

Destaque-se que o STJ com fundamento neste dispositivo estabeleceu ser nula cláusula que previa a retenção integral em caso de desistência de pacote turístico adquirido pelo consumidor:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSO CIVIL (CPC/1973). NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA.CONSUMIDOR. RESCISÃO CONTRATUAL. PACOTE TURÍSTICO. PAGAMENTO ANTECIPADO. PERDA INTEGRAL DOS VALORES. CLÁUSULA PENAL. ABUSIVIDADE. CDC. REDUÇÃO DO VALOR. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO PROBATÓRIO E DE INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULAS 5 E 7/STJ. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA Nº 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. (AgInt no AREsp 896.022/SE, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 17/11/2016)

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

O CDC estabelece, ainda, a nulidade de cláusula que exonere a responsabilidade do fornecedor transferindo-a a terceiros, como bem ressalta Flávio Tartuce (2016, pg. 359): *Desse modo, é nula a cláusula que transfere a responsabilidade para uma seguradora, pois, na verdade, o consumidor tem, em regra, a livre escolha em optar contra quem demandar.*

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

Este dispositivo é considerado por Flávio Tartuce (2016, pg. 359) como o item mais festejado do CDC, por trazer um sistema aberto que poderá englobar diversas situações protetivas ao consumidor.

O dispositivo traz a nulidade de cláusulas consideradas iníquas que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada. Ao mesmo tempo, o parágrafo 1º demonstra hipóteses em que a vantagem exagerada é presumível:

Por fim, o inciso XV estabelece a nulidade de cláusulas que estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor.

Com base neles, o STJ estabeleceu (EDIÇÃO N. 165: DIREITO DO CONSUMIDOR - IX):

***13) Nos contratos de telecomunicação com previsão de permanência mínima, é abusiva a cobrança integral da multa rescisória de fidelização, que deve ser calculada de forma proporcional ao período de carência remanescente.***

Contudo, estabeleceu a Corte na EDIÇÃO N. 163: DIREITO DO CONSUMIDOR VII da sua Jurisprudência em teses:

***4) Não é abusiva a cláusula de tolerância nos contratos de promessa de compra e venda de imóvel em construção que prevê prorrogação do prazo inicial para a entrega da obra pelo lapso máximo de 180 (cento e oitenta) dias, desde que observado o direito de informação ao consumidor.***

Também, a Quarta Turma do STJ, inclusive, ao refletir sobre estes dispositivos, trouxe interessante julgado quando da análise de necessidade da seguradora indenizar ou não pelo sinistro causado por motorista alcoolizado.

Para o Tribunal, a condução do veículo por segurado alcoolizado representa agravamento exagerado do risco que isenta a seguradora do dever de cobrir eventual sinistro.

Contudo, a indenização securitária deverá ser paga se o segurado demonstrar que o infortúnio ocorreria independentemente do estado de embriaguez (como culpado outro motorista, falha do próprio automóvel, imperfeições na pista, animal na estrada, entre outros). Eis a decisão para análise:

(...) 4. A direção do veículo por um condutor alcoolizado já representa agravamento essencial do risco avençado, sendo lícita a cláusula do contrato de seguro de automóvel que preveja, nessa situação, a exclusão da cobertura securitária. A bebida alcoólica é capaz de alterar as condições físicas e psíquicas do motorista, que, combalido por sua influência, acaba por aumentar a probabilidade de produção de acidentes e danos no trânsito. Comprovação científica e estatística. 5. O seguro de automóvel não pode servir de estímulo para a assunção de riscos imoderados que, muitas vezes, beiram o abuso de direito, a exemplo da embriaguez ao volante. A função social desse tipo contratual torna-o instrumento de valorização da segurança viária, colocando-o em posição de harmonia com as leis penais e administrativas que criaram ilícitos justamente para proteger a incolumidade pública no trânsito. 6. O segurado deve se portar como se não houvesse seguro em relação ao interesse segurado (princípio do absentismo), isto é, deve abster-se de tudo que possa incrementar, de forma desarrazoada, o risco contratual, sobretudo se confiar o automóvel a outrem, sob pena de haver, no Direito Securitário, salvo-conduto para terceiros que queiram dirigir embriagados, o que feriria a função social do contrato de seguro, por estimular comportamentos danosos à sociedade. 7. Sob o prisma da boa-fé, é possível concluir que o segurado, quando ingere bebida alcoólica e assume a direção do veículo ou empresta-o a alguém desidioso, que irá, por exemplo, embriagar-se (culpa in eligendo ou in vigilando), frustra a justa expectativa das partes contratantes na execução do seguro, pois rompe-se com os deveres anexos do contrato, como os de fidelidade e de cooperação. 8. **Constatado que o condutor do veículo estava sob influência do álcool (causa direta ou indireta) quando se envolveu em acidente de trânsito - fato esse que compete à seguradora comprovar -, há presunção relativa de que o risco da sinistralidade foi agravado, a ensejar a aplicação da pena do art. 768 do CC. Por outro lado, a indenização securitária deverá ser paga se o segurado demonstrar que o infortúnio ocorreria independentemente do estado de embriaguez (como culpa do outro motorista, falha do próprio automóvel, imperfeições na pista, animal na estrada, entre outros).** 9. Recurso especial não provido.” (REsp 1485717/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 14/12/2016)

Outro exemplo apreciado pelo STJ fora a alegação dos planos de saúde no sentido de que não poderá o segurado ocultar doença preexistente. Esta conduta estaria eivada de má-fé o que impediria a cobertura pela operadora. Contudo, segundo pacificado pelo STJ:

**Súmula 609/STJ:** A recusa de cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente, é ilícita se não houve a exigência de exames médicos prévios à contratação ou a demonstração de má-fé do segurado.

O que é importante saber sobre os bancos e os contratos de empréstimo?

Anatocismo: quando o superendividamento é legal?

Inicialmente, explica-se de forma simplificada o que é anatocismo: é a prática comercial que calcula “juros sobre juros”, resultando em um saldo devedor maior. Ou seja, aplicar “juros sobre juros” é, por exemplo, acrescentar a um saldo devedor juros moratórios em um montante sobre o qual já havia sido calculado outros juros moratórios.

A vedação legal à prática do anatocismo foi inicialmente disposta no art. 4º do Decreto nº 22.626/33 (observa-se o quanto antigo é):

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

Há, porém, exceção para essa regra. A medida Provisória nº 2.170-36/2001 determinou em seu art. 5º o seguinte:

Art. 5º Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, **é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.**

Parágrafo único. Sempre que necessário ou quando solicitado pelo devedor, a apuração do valor exato da obrigação, ou de seu saldo devedor, será feita pelo credor por meio de planilha de cálculo que evidencie de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais.

Para esclarecer a questão, **o que o art. 5º da MP 2.170-36 proíbe é, por exemplo, a capitalização de juros em período anual.** Para reafirmar a explicação, o Superior Tribunal de Justiça aprovou a súmula nº 539, que dispõe:

**Súmula 539/STJ:** É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/3/2000 (MP n. 1.963-17/2000, reeditada como MP n. 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada.

Prezados, **essa súmula é muito importante!**

O debate sobre o anatocismo é um dos mais recorrentes nas ações que tenham por objeto uma atividade financeira. Portanto, o conhecimento da Súmula 539-STJ e sua correta aplicação é de fundamental importância para o presente estudo. Percebam que o STJ exige também que é necessária a expressa pactuação do anatocismo para que o contrato possa ter validade.

No mesmo sentido de todo o já explicado, segue importante julgado:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA - ARTIGO 1036 E SEQUENTES DO CPC/2015 - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATOS BANCÁRIOS - PROCEDÊNCIA DA DEMANDA ANTE A ABUSIVIDADE DE COBRANÇA DE ENCARGOS - INSURGÊNCIA DA CASA BANCÁRIA VOLTADA À

PRETENSÃO DE COBRANÇA DA CAPITALIZAÇÃO DE JUROS 1. Para fins dos arts. 1036 e seguintes do CPC/2015. 1.1 A cobrança de juros capitalizados nos contratos de mútuo é permitida quando houver expressa pactuação. 2. Caso concreto: 2.1 Quanto aos contratos exibidos, a inversão da premissa firmada no acórdão atacado acerca da ausência de pactuação do encargo capitalização de juros em qualquer periodicidade demandaria a reanálise de matéria fática e dos termos dos contratos, providências vedadas nesta esfera recursal extraordinária, em virtude dos óbices contidos nos Enunciados 5 e 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. 2.2 Relativamente aos pactos não exibidos, verifica-se ter o Tribunal a quo determinado a sua apresentação, tendo o banco-réu, ora insurgente, deixado de colacionar aos autos os contratos, motivo pelo qual lhe foi aplicada a penalidade constante do artigo 359 do CPC/73 (atual 400 do NCPC), sendo tido como verdadeiros os fatos que a autora pretendia provar com a referida documentação, qual seja, não pactuação dos encargos cobrados. 2.3 Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é possível tanto a compensação de créditos quanto a devolução da quantia paga indevidamente, independentemente de comprovação de erro no pagamento, em obediência ao princípio que veda o enriquecimento ilícito. Inteligência da Súmula 322/STJ. 2.4 Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório. Inteligência da súmula 98/STJ. 2.5 Recurso especial parcialmente provido apenas ara afastar a multa imposta pelo Tribunal a quo. (REsp 1388972/SC, Rel. Ministro MARCO BUZZI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/02/2017, DJe 13/03/2017)

A remuneração dos bancos é, portanto, legalmente possível mesmo que com capitalização de juros, desde que seja observada a súmula 539 do STJ.

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

A inversão do ônus da prova é um benefício dado pelo ordenamento ao consumidor. Assim, as cláusulas que prejudiquem tal benefício serão nulas de pleno direito.

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

O legislador entendeu que a arbitragem deve ser utilizada como acordo de vontade entre as partes e não deforma compulsória já prevista em contrato, quando das relações de consumo.

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

O STJ, inclusive, sumulou entendimento segundo o qual seria nula a auto contratação realizada dentro dos contratos de mútuo:

**Súmula 60/STJ:** É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste.

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

Trata-se de cláusula que deixa apenas o fornecedor ao seu livre arbítrio se irá ou não cumprir o contrato, sendo certo que o consumidor permanecerá com suas obrigações na íntegra – em regra obrigações pecuniárias.

Nula tal cláusula, por ferir expressamente o disposto no inciso IX, do artigo 51, do CDC.

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

As alterações realizadas no contrato após sua celebração devem ser acordadas por ambas as partes, dependendo de concordância recíproca. Assim, alterações relativas ao preço, juros, correção e encargos devem ser acordadas tanto pelo fornecedor quanto pelo consumidor.

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

A ideia desta cláusula é que os custos com cobrança de débitos do consumidor já estão embutidos no preço do produto ou serviço, não podendo o contrato prever o ressarcimento de tais custos pelo consumidor, sem que obrigação idêntica esteja prevista contra o fornecedor.

XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

Corroborando com o disposto no inciso I que reputa nulas as cláusulas que limitam direitos dos consumidores, o inciso XIV prevê que são nulas as cláusulas que possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

## TEORIA GERAL DA PROVA NO PROCESSO PENAL

A palavra *prova*, não apenas no Direito ou no processo, mas também em outras ciências, pode assumir diferentes e variadas concepções.

Pode significar os **instrumentos** de que se serve o magistrado para o conhecimento dos fatos submetidos à sua análise, quando se pode falar em prova documental, prova pericial etc. Também pode representar o **procedimento** por meio do qual tais instrumentos de cognição se formam e são recepcionados pelo juízo – esse é o espaço em que se alude à produção da prova. De outra parte, prova também pode dar a ideia da **atividade lógica**, celebrada pelo juiz, para o conhecimento dos fatos (percepção e dedução, na mente de PROTO PISANI). E, finalmente, tem-se como prova ainda o **resultado** da atividade lógica do conhecimento (Marinoni, et al., 2015).

A definição do que seja ‘prova’ normalmente vem relacionada à ideia de reconstrução (pesquisa) de um fato, que é demonstrado ao magistrado, capacitando-o a ter convicção sobre os eventos ocorridos e permitindo-lhe exercer a sua função.

[...] manifesta-se LESSONA, dizendo que “**provar**, nesse sentido, significa **fazer conhecidos** para o juiz os fatos controvertidos e duvidosos, e **dar-lhe a certeza** do seu modo preciso de ser”. Nessa mesma linha, LIEBMAN define prova como sendo “os meios que servem para dar o conhecimento de um fato e por isso para fornecer a demonstração e para formar a convicção da verdade de um fato específico”. Em interessante construção, SATTI e PUNZI distinguem a ideia de prova em duas situações específicas. Segundo esses autores, a prova pode ser enxergada sob dois aspectos: o **estático** e o **dinâmico**. Na primeira ótica (**estática**), a prova pode ser vista como o “ente ou meio decisivo ou relevante para a certeza de um fato”; constitui, nesse espaço, figura diretamente vinculada ao direito material, que tende à formalização das relações jurídicas. Já no sentido **dinâmico**, a prova é vista em relação à efetiva verificação de um fato, a qual ocorre, normalmente, no processo. [...] A respeito do conceito ora estudado, também merece alusão a ideia de GIOVANNI VERDE. Segundo ele, o conceito de prova, para a ciência jurídica, não pode ser buscado nas mesmas origens em que é encontrado para as ciências empíricas. É que a ampla liberdade de convencimento que rege a atividade judicial e a fixação de disciplina específica para o aporte de provas ao processo tornam essa noção diversa (e mesmo impensável) para outros ramos da ciência, que também têm sua

---

<sup>31</sup> Material retirado do ECJ do Prof. Leonardo Tavares.

atividade baseada na reconstrução de fatos. Partindo dessa premissa, VERDE conceitua prova como sendo “**todos aqueles instrumentos na base dos quais se pode fixar a hipótese à qual a norma torna possível implicar os efeitos jurídicos pretendidos**”. Seriam provas, nesta visão, todos os elementos que a lei autoriza possam restabelecer a verdade dos fatos (fixar) da hipótese aventada pela parte para suportar certa consequência jurídica pretendida. (Marinoni, et al., 2015)

MARINONI & ARENHART, na excelente obra *Prova e Convicção*, sintetizam da seguinte forma: seja como for, “em todas essas construções observa-se a nítida vinculação à ideia de que a prova se destina ao passado, à reconstrução de um fato pretérito ou, enfim, à verificação desse fato, gerando no juiz a convicção de certeza sobre sua efetiva ocorrência”. Essa ideia, todavia, na visão dos mestres, está superada e sepultada em outros ramos do conhecimento, “não se justificando a sua manutenção na ciência jurídica”.

[...] **é impossível o restabelecimento dos fatos pretéritos**, já que jamais se logrará extirpar toda a dúvida possivelmente existente sobre a efetiva acuidade do juízo de certeza a que se chegou. Vale dizer: a verdade, enquanto essência de um objeto, jamais pode ser atingida se esse objeto está no passado, porque não se pode mais recuperar o que já passou; de outra banda, também a ideia de certeza somente pode ser concebida no nível subjetivo específico, sendo que esse conceito pode variar de pessoa para pessoa – o que demonstra a relatividade da noção. O juiz não é um historiador; se fosse, não deveria ser recrutado dentre bacharéis em direito, mas sim entre graduados em história (certamente muito mais preparados para a pesquisa do passado) (Marinoni, et al., 2015).

Reconhece-se que o fenômeno probatório assume, atualmente, um caráter multifacetário, “capaz de imprimir à figura, conforme o prisma através do qual se a observa, diferentes nuances”. De qualquer modo, “a prova, em direito processual, é **todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo**”.

**a)** Trata-se de meio retórico porque – antes de se destinar à reconstrução de fatos (componente ideal inatingível) – destina-se a estabelecer o diálogo entre as partes e o Estado-juiz, necessário para a “fixação dos fatos controvertidos”. Como lembra CHAÏM PERELMAN, as provas sempre se referem a alguma proposição ou, como prefere denominar, a uma tese. [...] **b)** Esse meio deve se enquadrar nas prescrições legais atinentes à matéria (ainda que a lei autorize a liberdade plena dessas vias), sendo que esses comandos representam os critérios prévios, determinantes da possibilidade do “diálogo”; assim é que essas determinações de lei podem regular tanto o modo de formação da prova como sua produção dentro do processo, como, ainda, podem condicionar a sua força probante no limite do convencimento do Estado-jurisdição (prova legal). **c)** E, enfim, a função assumida por esses meios é a de convencer o juiz da validade (ou verossimilhança) das proposições fáticas formuladas inicialmente (tanto como afirmações, pretensões e exceções) que tenham sido objeto de questionamento (Marinoni, et al., 2015).

TORNAGHI adverte que a palavra *prova* “é usada em vários sentidos, todos correlacionados entre si. Ela designa, em primeiro lugar, a atividade probatória, isto é, o conjunto de atos praticados pelas partes, por terceiros (testemunhas, peritos etc.) e até pelo juiz, para averiguar a verdade e formar a convicção desse



último (jugador)” – ela estaria empregada no art. 156 do CPP nesse sentido. Em outra acepção, “a palavra *prova* significa o resultado dessa atividade”. Num terceiro sentido, “refere-se aos meios de prova” (Tornaghi, 1977).

**1) Prova como atividade probatória:** consiste no conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para o julgamento. Nesse sentido, identifica-se o conceito de prova com a produção dos meios e atos praticados no processo visando ao convencimento do juiz sobre a veracidade (ou não) de uma alegação, sobre um fato que interesse à solução da causa. Sob esse prisma, pode se dizer que há, para as partes, um direito à prova. Esse direito à prova (*right to evidence*, em inglês) funciona como desdobramento natural do direito de ação, não se reduzindo ao direito de propor ou ver produzidos os meios de prova, mas, efetivamente, na possibilidade de influir no convencimento do juiz. Com efeito, de nada adianta o Estado assegurar à parte o direito de ação, legitimando a propositura da demanda, sem o correspondente reconhecimento do direito de provar, ou seja, do direito de se utilizar dos meios de prova necessários a comprovar, perante o órgão julgador, as alegações feitas ao longo do processo. Há de se assegurar às partes, portanto, todos os recursos para o oferecimento da matéria probatória, sob pena de cerceamento de defesa ou de acusação. Esse direito à prova, conquanto constitucionalmente assegurado, por estar inserido nas garantias da ação e da defesa e do contraditório, não é absoluto. Em um Estado Democrático de Direito, o processo penal é regido pelo respeito aos direitos fundamentais e plantado sob a égide de princípios éticos que não admitem a produção de provas mediante agressão a regras de proteção. A legitimação do exercício da função jurisdicional está condicionada, portanto, à validade da prova produzida em juízo, em fiel observância aos princípios do devido processo legal e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, LIV e LVI).

**2) Prova como resultado:** caracteriza-se pela formação da convicção do órgão julgador, no curso do processo quanto à existência (ou não) de determinada situação fática. É a convicção sobre os fatos alegados em juízo pelas partes. Por mais que não seja possível se atingir uma verdade irrefutável acerca dos acontecimentos ocorridos no passado, é possível atingir um conhecimento processualmente verdadeiro acerca dos fatos controversos inseridos no processo sempre que, por meio da atividade probatória desenvolvida, sejam obtidos elementos capazes de autorizar um determinado grau de certeza acerca da ocorrência daqueles mesmos fatos.

**3) Prova como meio:** são os instrumentos idôneos à formação da convicção do órgão julgador acerca da existência (ou não) de determinada situação fática [...] (Lima, 2021).

Sobre os três sentidos do termo *prova*, GUILHERME DE SOUZA NUCCI assim consigna:

**a) ato de provar:** é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); **b) meio:** trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); **c) resultado da ação de provar:** é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. Neste último senso, pode dizer o juiz, ao chegar à sentença: “Fez-se prova de que o réu é autor do crime”. Portanto, é o clímax do processo. Segundo ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES

FILHO, os dois primeiros sentidos dizem respeito à ótica objetiva, enquanto o terceiro refere-se à ótica subjetiva, decorrente da atividade probatória desenvolvida (Nucci, 2018).

Essa distinção entre os três sentidos da palavra *prova* é comum na doutrina. GUSTAVO BADARÓ também refere:

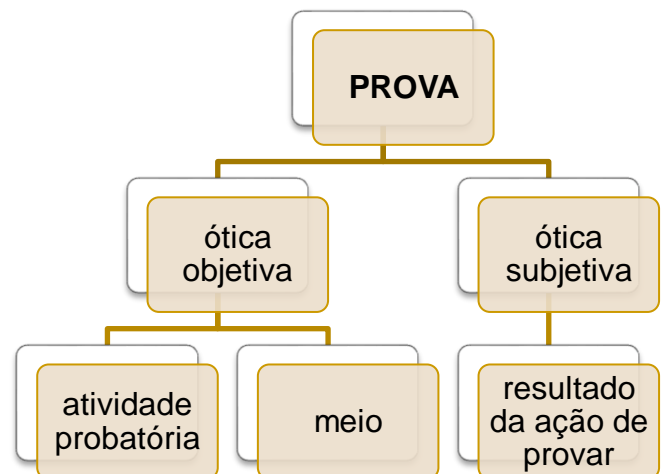
A palavra prova é polissêmica e seu estudo transcende ao Direito, envolvendo a Epistemologia, a Semiótica, a Psicologia e outras ciências afins. Em uma primeira aproximação, prova é tudo o que é apto a levar o conhecimento de alguma coisa a alguém. No entanto, esta é apenas uma das acepções do vocábulo prova. Tanto na linguagem comum quanto no campo do direito, a palavra prova possui outros significados. É comum indicar pelo menos três deles: (1) atividade probatória; (2) meio de prova; (3) resultado probatório. Prova como **atividade probatória** significa o conjunto de atos praticados para a verificação de um fato. É a atividade desenvolvida pelas partes e, subsidiariamente, pelo juiz, na reconstrução história dos fatos (por exemplo, a prova da alegação incumbe a quem a fizer – CPP, art. 156). A prova também pode ser considerada o **meio de prova**. Isto é, o instrumento por meio do qual se introduzem no processo os elementos de probatórias. É nesse sentido que se fala em prova testemunhal, prova pericial etc. Finalmente, a prova pode ser identificada com o **resultado probatório**, isto é, o convencimento que os meios de prova geram no juiz e nas partes. Nesse sentido, por exemplo, o art. 312 do CPP se refere à “prova da existência do crime” (Badaró, 2020).

MALATESTA, em obra de referência sobre o tema (*A Lógica das Provas em Matéria Criminal*), afirma que a prova pode ser considerada sob um duplo aspecto: 1) quanto à sua **natureza e produção**: tomada em geral e também na especialidade derivada do sujeito, objeto e forma que pode ter a prova; 2) quanto ao **efeito que produz no espírito daquele perante quem é produzida**: resolve-se na certeza, probabilidade e credibilidade (Malatesta, 2004).

Na lição de FREDERICO MARQUES, a prova é constituída na “demonstração dos fatos em que assenta a acusação e daquilo que o réu alega em sua defesa”.

Fazendo referência a ENRICO TULLIO LIEBMAN, o mesmo autor diz que toda a afirmação feita pelas partes em juízo “consiste, em última análise, em deduzir determinadas consequências jurídicas de alguns fatos acontecidos no passado”, de que o juiz não tem conhecimento direto. Necessário, portanto, é que se dê ao magistrado “a possibilidade de formar uma opinião” sobre esses fatos; e nisto, precisamente, consiste o objetivo das provas. MARQUES define que a prova é “**elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz e o meio de que este se serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações**”. Na visão de MOACIR AMARAL SANTOS, “**é a soma dos fatos produtores da convicção dentro do processo**” (Marques, 1997).

Conforme DE PLÁCIDO E SILVA, prova vem do “latim, *proba*, de *probare* (demonstrar reconhecer, formar juízo de), entende-se, assim, no sentido jurídico”:



[...] a *denominação*, que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude do qual se conclui por sua existência do fato ou do ato demonstrado. **A prova consiste, pois, na demonstração de existência ou da veracidade daquilo que se alega como fundamento do direito que se defende ou que se contesta. E, nesta razão, no sentido processual, designa também os meios, indicados em lei, para realização dessa demonstração**, isto é, a *soma de meios* para constituição da própria prova, ou seja, para conclusão ou *produção da certeza*. [...] A prova, por isso, constitui, em matéria processual, a própria alma do processo ou a *luz*, que vem esclarecer a dúvida a respeito dos direitos disputados. [...] juridicamente compreendida, a prova é a própria convicção acerca da existência dos fatos alegados, nos quais se fundam os próprios direitos, objetos da discussão ou do litígio. Em consequência, só há *prova* quando, pela demonstração, se produz uma *luz* suficiente para achar a verdade ou quando os elementos componentes da demonstração estabeleceram uma *força suficiente* para produzir a certeza ou convicção (Silva, 2005).

GUILHERME DE SOUZA NUCCI, fazendo remissão às palavras de BENTHAM, diz que a prova, “no sentido mais amplo da palavra, entende-se como um fato supostamente verdadeiro que se presume deva servir de motivo de credibilidade sobre a existência de outro fato”. Acrescenta que ela (a prova) tem “um valor *sempre* relativo. Quando se busca *provar* um fato juridicamente relevante, na investigação ou no processo, deve-se ter a noção de que a busca findará em torno de algo *supostamente* verdadeiro (que tenha ocorrido na realidade), levando à presunção de credibilidade em outro fato, juridicamente importante para o feito”.

Ilustrando, mesmo quando o acusado confessa a prática do crime, podendo-se apurar tanto a materialidade quanto a autoria, trata-se apenas de uma **suposta verdade**, leia-se, a suposição do que realmente ocorreu. É preciso muito mais para uma condenação, de forma que o conjunto probatório é o panorama mais seguro para se ter uma *noção* do que se passou no plano da realidade. Prova entrelaça-se, sutilmente, com convencimento. Se a *prova* é *convincente*, o fato *deve* ter acontecido daquela forma, como retratado pela mencionada *prova* (Nucci, 2018).

RENATO BRASILEIRO, PACELLI e FISCHER, tomando por base as alterações promovidas pela Lei 11.690/2008, especialmente no artigo 155 do Código de Processo Penal, fazem uma distinção entre provas e elementos de informação, conforme sejam produzidas em fase de processo ou de investigação, com ou sem contraditório.

Com as alterações produzidas pela Lei nº 11.690/08, passou a constar expressamente do art. 155 do CPP a distinção entre prova e elementos informativos. A palavra **prova** só pode ser usada para se referir aos elementos de convicção produzidos, em regra, no curso do processo judicial, e, por conseguinte, com a necessária participação dialética das partes, sob o manto do contraditório (ainda que diferido) e da ampla defesa. O contraditório funciona, pois, como verdadeira condição de existência e validade das provas, de modo que, caso não sejam produzidas em contraditório, exigência impostergável em todos os momentos da atividade instrutória, não lhe caberá a designação de *prova*.

Por outro lado, **elementos de informação** são aqueles colhidos na fase investigatória, sem a necessária participação dialética das partes. Dito de outro modo, em relação a eles, não se impõe a obrigatoria observância do contraditório e da ampla defesa, vez que, nesse momento,

ainda não há falar em acusados em geral, na dicção do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. Não obstante, tais elementos informativos são de vital importância para a persecução penal, pois podem subsidiar a decretação de medidas cautelares pelo magistrado, bem como auxiliar na formação da *opinio delicti* do órgão da acusação. Se esses elementos de informação são produzidos sem a obrigatória observância do contraditório e da ampla defesa, questiona-se acerca da possibilidade de sua utilização para fundamentar uma sentença condenatória. Ao longo dos anos, sempre prevaleceu nos Tribunais o entendimento de que, de modo isolado, elementos produzidos na fase investigatória não podem servir de fundamento para um decreto condenatório, sob pena de violação ao preceito constitucional do art. 5º, inciso LV, que assegura aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. De fato, pudesse um decreto condenatório estar lastreado única e exclusivamente em elementos informativos colhidos na fase investigatória, sem a necessária observância do contraditório e da ampla defesa, haveria flagrante desrespeito ao preceito do art. 5º, LV, da Carta Magna. No entanto, tais elementos podem ser usados de maneira subsidiária, complementando a prova produzida em juízo sob o crivo do contraditório. Como já se pronunciou a 2ª Turma do STF, os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo. A Lei nº 11.690/08, ao inserir o advérbio exclusivamente no corpo do art. 155 do CPP, acaba por confirmar a posição jurisprudencial que vinha prevalecendo. Destarte, pode-se dizer que, isoladamente considerados, elementos informativos não são idôneos para fundamentar uma condenação. Todavia, não devem ser completamente desprezados, podendo se somar à prova produzida em juízo e, assim, servir como mais um elemento na formação da convicção do órgão julgador (Lima, 2021).

**Elementos informativos e elementos probatórios:** Rigorosamente falando, o material produzido na fase de investigação não pode ser considerado prova. Ao menos, em princípio. A fase de investigação, como se sabe, é destinada à formação do convencimento do órgão da acusação e não do magistrado. Na aludida fase, não há preocupação com o contraditório, até mesmo porque sequer se exerce a defesa do acusado. Não há ali, à evidência, ampla defesa. A partir de uma *notitia criminis*, avança-se para uma apuração sumária de seus elementos comprobatórios, sempre voltada para o convencimento do órgão responsável pelo juízo acusatório. Esse, o juízo acusatório, pode ser positivo, em que há o oferecimento da denúncia ou queixa, ou negativo, hipótese em que se requer o arquivamento da investigação, quaisquer que sejam os seus fundamentos. Apenas o material produzido em Juízo é que, a rigor, constituiria prova, abrindo-se necessariamente ao contraditório e à ampla defesa, com efetiva participação da defesa. Em princípio, portanto, apenas a prova se prestaria ao convencimento judicial, não cumprindo essa missão os chamados elementos informativos da fase investigatória (Pacelli, et al., 2021).

Talvez a noção do que seja *prova* pertença mais aos domínios da filosofia, na medida em que diz respeito ao intelecto na busca do conhecimento verdadeiro. Há uma diferença muito grande entre a concepção de *prova* para o Direito e para as ciências experimentais. Nestas, o pesquisador pode ter um contato direto com os fenômenos da natureza ou, quando menos, pode reproduzi-los em laboratórios a fim de atestar a veracidade das suas teorias. Ao contrário, a investigação ou a instrução criminal são representadas pela impossibilidade de observação direta dos fatos que serão levados em conta na decisão – refletem

acontecimentos passados que terão de ser ‘reconstruídos’ por meios indiretos, sempre com algum grau de imperfeição.

Se a ação penal é o meio que possibilita o exercício da jurisdição, sendo o processo o caminho pelo qual a ação se desloca para chegar ao seu destino, que é a prestação jurisdicional, com a finalidade, sempre presente, de construir ou recompor a paz social, as provas são os componentes deste caminho, que darão aos sujeitos processuais a máxima clareza possível da verdade por meio delas alcançada, para que se possa chegar a uma sentença justa. Por conseguinte, na esteira do ensinamento de MIGUEL FENECH, provar é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo. [...] a finalidade do Direito Processual Penal, em particular, é reconhecer e estabelecer uma verdade jurídica que se alcança por meio das provas. Provar um fato, como enfatizou DELLEPIANE, é estabelecer no processo a sua existência (Pedroso, 2005).

## CADEIA DE CUSTÓDIA

Ao se falar em ‘cadeia de custódia’, relacione a locução a um **conjunto de atos, sucessivos e entrelaçados, tendentes a manter, do início ao fim, a integridade das evidências materiais do crime**. Ou, nas palavras de Norberto Avena, é o “caminho percorrido pela prova desde o conhecimento da prática de uma infração pelas autoridades encarregadas da persecução criminal até o momento em que, constatada a ocorrência de vestígios e realizados os exames necessários, for produzido o laudo pericial e descartado o material que serviu de base para a perícia” (Avena, 2020).

BRASILEIRO fala sobre o tema. Segundo ele a cadeia de custódia de provas consiste, em linhas gerais, “em um mecanismo garantidor da autenticidade das evidências coletadas e examinadas, assegurando que correspondem ao caso investigado, sem que haja lugar para qualquer tipo de adulteração. Funciona, pois, como a documentação formal de um procedimento destinado a manter e documentar a história cronológica de uma evidência, evitando-se, assim, eventuais interferências internas e externas capazes de colocar em dúvida o resultado da atividade probatória”.

Agora, o *Pacote Anticrime* conceituou e disciplinou, detalhadamente, a cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro. O conceito está no *caput* do art. 158-A do CPP, introduzido pela Lei 13.964/2019:

Art. 158-A. Considera-se **cadeia de custódia** o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

NOVIDADE!



Como pontua MADEIRA, a “cadeia de custódia cuida, essencialmente, da identificação da cronologia das evidências, ou seja, da identificação de quem manuseou a prova e quando. Assim, fica minimizada a possibilidade de manipulação indevida da prova” (Dezem, 2020).

É a sistematização de procedimentos, o detalhamento e a regulação de diligências que objetivam a preservação do conteúdo da prova técnica, sua autenticidade, seu rastreamento

(do começo ao fim), evitando-se interferências e contaminações, documentando-se e registrando-se, cronologicamente, a coleta, o transporte, o processamento, o armazenamento, dentre outros, dos vestígios.

Aliás, o CPP passou a conceituar esse elemento:

§ 3º **Vestígio** é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal.

A inovação busca “o aprimoramento dos procedimentos de preservação das evidências atreladas a um delito, fortalecendo a natureza científica e técnica do sistema probatório” (Cunha, 2020).

Podemos compreender a cadeia de custódia como uma espécie de proteção às evidências do crime; como um rastreamento e registro cronológico de todo o caminho percorrido pelo vestígio para efeito de constituir prova técnica no processo penal.

Imagine-se, por exemplo, que tenha sido acostado, no âmbito de um processo criminal por crime homicídio, laudo pericial de exame em arma de fogo apreendida no local do fato, instrumento este supostamente pertencente ao réu e apontado no laudo como aquele de onde partiu o projétil que atingiu a vítima e causou-lhe a morte. Ora, a confiabilidade desta prova pericial está condicionada a que seja possível ao juiz e às partes, diante dos elementos acostados ao processo, a identificação – leia-se: o rastreamento – de cada das fases que antecederam a produção do laudo, verificando, por exemplo, se a arma do crime onde apreendido o revólver citado havia sido preservada pela autoridade policial, como ocorreu a apreensão, quais as providências adotadas desde então até o recebimento daquela arma no setor competente e quem foram os responsáveis pela sua manipulação até a elaboração do laudo. E esta sequência de atos e fatos é, pois o que se denomina de cadeia de custódia. Se, porventura, devido a irregularidades cometidas nesse trajeto da prova, não for possível apurar a legitimidade das fases que o compõem, ter-se-á hipótese de quebra da cadeia de custódia, com implicações na validade dos elementos de convicção produzidos e materializados no laudo pericial. (Avena, 2020)

A título de exemplo, se imaginarmos que alguém foi flagrado vendendo determinado entorpecente, incumbe às autoridades responsáveis pela persecução penal comprovar que, desde o momento inicial em que a droga veio para a custódia dos órgãos persecutórios, não houve a perda da evidência, nenhum tipo de adulteração, nem tampouco qualquer forma de contaminação, seja por outros elementos, seja pelo próprio recipiente no qual a substância foi armazenada. Daí por que a droga é embalada, etiquetada, lacrada, documentando-se todos os procedimentos dessa custódia ao longo da persecução penal. Aplicável a todo e qualquer elemento probatório (v.g., drogas, res furtiva, mídias digitais, etc.), a cadeia de custódia tem início no exato momento em que a evidência é apreendida e se encerra tão somente com o fim do processo penal. Visa assegurar a idoneidade dos objetos e bens apreendidos, de modo a evitar qualquer tipo de dúvida quanto à sua origem e caminho percorrido durante a investigação criminal e o subsequente processo criminal. Em outras palavras, se a acusação pretende apresentar evidências físicas em juízo (v.g., arma do crime), deve estar disposta a

mostrar que o objeto apresentado é o mesmo que foi apreendido na data dos fatos. (Lima, 2021)

A prova técnica, ninguém questiona, tem singular importância dentro do processo penal. Embora nosso sistema seja de livre apreciação da prova (não existem valores predeterminados pela lei), não se nega a credibilidade que a ela se confere, com constatações objetivas e fidedignas trazidas pela análise dos vestígios. Não só isso, a importância é reforçada pelo fato de que essas provas, ordinariamente, são produzidas de modo antecipado e não repetíveis na instrução criminal – a ponto de o CPP dispensar a sua reprodução em fase de processo. Nesse sentido, veja a redação do art. 155 do CPP:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, **ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.**

Por essa forma de pensar, a prova pericial assume, na grande maioria dos casos, “caráter ímpar, senão definitivo, diante da impossibilidade de reprodução em juízo sob o crivo do contraditório. Daí a preocupação dos operadores do direito, no sentido da preservação de todos os vestígios desde a coleta, bem como à padronização dos procedimentos e ao aperfeiçoamento dos atos profissionais vinculados aos órgãos de criminalística” (Cunha, 2020).

Foi muito rigorosa a lei ao tratar do acesso e da remoção dos vestígios, inclusive erigindo a crime algumas condutas:

Art. 158-C. § 2º É proibida a entrada em locais isolados bem como a remoção de quaisquer vestígios de locais de crime antes da liberação por parte do perito responsável, sendo tipificada como **fraude processual** a sua realização.

A fraude processual (que, claro, para se configurar vai exigir o elemento subjetivo do tipo) é prevista no art. 347 do Código Penal, com pena em dobro no processo penal:

Art. 347 - Inovar artificialmente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito:

Pena - detenção, de três meses a dois anos, e multa.

Parágrafo único - Se a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado, as penas aplicam-se em dobro.

Importante perceber que **a prova técnica não pode servir somente aos interesses da acusação** como, inclusive, já reconheceu o STJ (em relação à interceptação telefônica).

[...] XI. A prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa, tendo em vista a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova.

XII. Mostra-se lesiva ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório - constitucionalmente garantidos -, a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, repercutindo no próprio dever de garantia da paridade de armas das partes adversas.

XIII. É certo que todo o material obtido por meio da interceptação telefônica deve ser dirigido à autoridade judiciária, a qual, juntamente com a acusação e a defesa, deve selecionar tudo o que interesse à prova, descartando-se, mediante o procedimento previsto no art. 9º, parágrafo único, da Lei 9.296/96, o que se mostrar impertinente ao objeto da interceptação, pelo que constitui constrangimento ilegal a seleção do material produzido nas interceptações autorizadas, realizada pela Polícia Judiciária, tal como ocorreu, subtraindo-se, do Juízo e das partes, o exame da pertinência das provas colhidas. Precedente do STF.

XIV. Decorre da garantia da ampla defesa o direito do acusado à disponibilização da integralidade de mídia, contendo o inteiro teor dos áudios e diálogos interceptados. (HC 160.662/RJ, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2014)

Busca-se garantir a **sindicabilidade da prova técnica**; busca-se assegurar a ampla defesa, então, também mediante a possibilidade de rastreamento, desde a reconhecimento até o descarte, de todo o vestígio que serviu de suporte para o exame pericial. É imprescindível a manutenção da sua unidade, autenticidade e registro cronológico, de modo que se avalie a pertinência e a correção das conclusões dos expertos na análise do material.

O cuidado com a preservação da prova técnica não é algo exatamente novo no CPP e algumas disposições deixam isso muito claro:

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

Art. 169. Para o efeito de exame do local onde houver sido praticada a infração, a autoridade providenciará imediatamente para que não se altere o estado das coisas até a chegada dos peritos, que poderão instruir seus laudos com fotografias, desenhos ou esquemas elucidativos.

Parágrafo único. Os peritos registrarão, no laudo, as alterações do estado das coisas e discutirão, no relatório, as consequências dessas alterações na dinâmica dos fatos.

Art. 170. Nas perícias de laboratório, os peritos guardarão material suficiente para a eventualidade de nova perícia. Sempre que conveniente, os laudos serão ilustrados com provas fotográficas, ou microfotográficas, desenhos ou esquemas.

O Pacote Anticrime elevou exponencialmente esse cuidado, sistematizou, padronizou e disciplinou (de forma minudente) os procedimentos operacionais em relação à prova técnica. A disciplina legal tomou por



base aquilo que já estabelecia a *Portaria nº 82, de 16/07/2014, da Secretaria Nacional de Segurança Pública*, normativo que apontava a cadeia de custódia como *fundamental para garantir a idoneidade e a rastreabilidade dos vestígios, com vistas a preservar a confiabilidade e a transparência da produção da prova pericial até a conclusão do processo judicial*; conferindo aos vestígios *certificação de origem e destinação e, conseqüentemente, atribui à prova pericial resultante de sua análise, credibilidade e robustez suficientes para propiciar sua admissão e permanência no elenco probatório*.

Todo esse cuidado é importante até para que se garanta a **contraprova** ou a **contraperícia**, esta definida na Portaria 82 como *nova perícia realizada em material depositado em local seguro e isento que já teve parte anteriormente examinada, originando prova que está sendo contestada*. Ou seja: um novo exame em relação ao mesmo material (ou parte dele), para confirmar ou infirmar a conclusão técnica outrora obtida.

## QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA

Ponderamos que, agora, a cadeia de custódia da prova penal tem uma vasta regulamentação legal. Por vezes muito exigente e detalhada. Percebemos, também, que uma das finalidades disso é a preservação da autenticidade da prova.

**Autenticidade** consiste na certeza de que o objeto em análise provém das fontes anunciadas e que não foi alvo de mutações ao longo de um processo, assegurando-se a identificação e a segurança da origem da informação (Cunha, 2020).

Ok, mas o que deve ocorrer com a prova caso essa cadeia seja violada? O que deve ocorrer caso essas prescrições todas do CPP não sejam observadas? A prova deverá ser tida como contaminada/ilícita? Poderá ser a prova valorada pelo julgador? Enfim...

Essencialmente temos duas correntes:

1. os que entendem que a quebra da cadeia de custódia, em qualquer medida, implica **ilicitude da prova** (e desentranhamento), inclusive ao largo da boa ou má-fé dos agentes que manusearam os vestígios. O que interessa é se, objetivamente, o procedimento previsto em lei foi adotado ou não, ao largo do elemento subjetivo do agente;
2. o material de prova **não é ilícito**, não houve obtenção ilegal, caso contrário não seria colocado em custódia. A prova permanece lícita, podendo ser questionada sua autenticidade. “Seu valor será maior ou menor quanto mais ou menos se respeitou o procedimento da cadeia de custódia. Não pode ser descartada pelo juiz, mas valorada” (Cunha, 2020).

Adepto, mais recentemente, da segunda corrente, assim pondera BRASILEIRO:

Ao fim e ao cabo, resta analisarmos as conseqüências decorrentes da quebra da cadeia de custódia. De um lado, há quem entenda que a quebra inviabiliza o efetivo exercício do contraditório pela parte que não tem acesso à prova integral. Sob a ótica da teoria dos frutos da árvore envenenada, os elementos remanescentes serão contaminados, logo, ilícitos, em virtude da lacuna decorrente da supressão de outros elementos que poderiam configurar argumentos persuasivos em sentido contrário à tese deduzida no processo. Houve, portanto,

violação ao contraditório, como condição de validade constitucional, daí porque há de se reconhecer a ilicitude da prova remanescente, nos termos do art. 157 do CPP. Em sentido diverso, com a introdução do regramento atinente à cadeia de custódia pela Lei n. 13.964/2019, parte da doutrina prefere afirmar que eventual violação à nova sistemática adotada pelos arts. 158-A a 158-F do CPP poderá acarretar a ilegitimidade da prova, haja vista a violação a regras de direito processual, com a conseqüente aplicação da teoria das nulidades (nossa posição) (Lima, 2021).

A segunda corrente tem respaldo no fato de que todas as provas têm valor relativo (livre convencimento motivado) e o juiz não está vinculado, em suas decisões, aos exames realizados (que pode mandar repetir por outros peritos), nem à conclusão dos laudos periciais (que pode rejeitar, no todo ou em parte), nos termos do CPP:

Art. 181. No caso de inobservância de formalidades, ou no caso de omissões, obscuridades ou contradições, a autoridade judiciária mandará suprir a formalidade, complementar ou esclarecer o laudo.

Parágrafo único. A autoridade poderá também ordenar que se proceda a novo exame, por outros peritos, se julgar conveniente.

Art. 182. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.

Interessa observar, para a análise sobre a validade da prova e seu grau de autenticidade, o nível de (in)observância das regras da cadeia de custódia. Tudo bem, sabemos que “todos vestígios coletados no decurso do inquérito ou processo devem ser tratados como descrito” na lei (art. 158-C, § 1º, CPP), mas não parece proporcional ou razoável, por exemplo, compreender como totalmente ilícita e proceder ao desentranhamento de uma prova somente porque o seu vestígio (após o exame regularmente feito) foi descartado fora dos padrões previstos; ou, ainda, porque não se anotou a matrícula do responsável por rompimento de um lacre, embora se tenha todos os outros dados dessa pessoa (art. 158-D, § 4º, CPP).

Claro, quando a quebra da cadeia de custódia impedir, por completo, a rastreabilidade ou a contraprova, ou implicar sérias dúvidas quanto à autenticidade, parece inevitável concluir pela imprestabilidade da prova. Essa segunda corrente é consentânea em relação ao entendimento dos tribunais no sentido de que mesmo nas nulidades absolutas o prejuízo tem de ser demonstrado (não é presumido). Essa, sem dúvida, é mais uma questão que a nossa jurisprudência terá de definir.

## ETAPAS E PROCEDIMENTOS

Como já pontuado, passamos a ter uma vasta disciplina para a cadeia de custódia trazida pela Lei 13.964/2019, mediante acréscimos no CPP.

O início da cadeia de custódia ocorre já com a descoberta do fato, com a preservação do local do crime e percepção sobre a possível existência de vestígios; portanto, numa etapa muito inicial, muitas vezes antes da própria persecução penal.

§ 1º O início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio.

Compreende uma série de etapas que, nos ditames da *Portaria 82/SNSP-MJ*, se distribuem em fases externa e interna.

2.2. A **fase externa** compreende todos os passos entre a preservação do local de crime ou apreensões dos elementos de prova e a chegada do vestígio ao órgão pericial encarregado de processá-lo, compreendendo, portanto: a) preservação do local de crime; b) busca do vestígio; c) reconhecimento do vestígio; d) fixação do vestígio; e) coleta do vestígio; f) acondicionamento do vestígio; g) transporte do vestígio; h) recebimento do vestígio.

2.3. A **fase interna** compreende todas as etapas entre a entrada do vestígio no órgão pericial até sua devolução juntamente com o laudo pericial, ao órgão requisitante da perícia, compreendendo, portanto: a) recepção e conferência do vestígio; b) classificação, guarda e/ou distribuição do vestígio; c) análise pericial propriamente dita; d) guarda e devolução do vestígio de prova; e) guarda de vestígios para contraperícia; f) registro da cadeia de custódia.

Fácil perceber que isso tem relação com o que acontece dentro ou fora do órgão oficial. Na fase externa, inclusive, a lei estabelece responsabilidade de preservação para qualquer agente público que se deparar com um elemento de potencial interesse para prova. O policial, por exemplo, quando diligencia na cena do crime.

§ 2º O agente público<sup>32</sup> que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação.

O legislador, neste parágrafo, enfatiza a importância do momento inicial de reconhecimento da evidência probatória e o comprometimento do agente público com a sua tutela, impondo um discernimento responsável quando da identificação da prova apta a integrar a cadeia de custódia. O policial militar que é acionado para o atendimento de uma ocorrência de feminicídio, por exemplo, reconhecendo ser aquele o local da ação criminosa, deverá imediatamente adotar todas as medidas para isolar e preservar a área sensível, até que seja devidamente periciada e liberada pelos técnicos (Cunha, 2020).

O CPP passou a prever, inclusive com as definições, todas as etapas para rastreamento dos vestígios:

Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas:

---

<sup>32</sup> A Portaria 82/SNSP-MJ, define, no glossário - “Agente Público: todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função pública”.

**I - reconhecimento:** ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial;

**II - isolamento:** ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime;

**III - fixação:** descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento;

**IV - coleta:** ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza;

**V - acondicionamento:** procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento;

**VI - transporte:** ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse;

**VII - recebimento:** ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu;

**VIII - processamento:** exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito;

**IX - armazenamento:** procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contraperícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente;

**X - descarte:** procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial.

São dez (10) etapas, todas bem definidas e delimitadas, demonstrando uma preocupação do legislador com o rastreamento registrado e formal de todo o caminho percorrido pelo material. Não obstante, ainda prevê a lei que o órgão central de perícia fique responsável por *detalhar* a forma de cumprimento de todas essas etapas.

Dois apontamentos:

- ✓ a coleta dos vestígios deve ser feita preferencialmente por perito oficial, mas não exclusivamente; isso viabiliza que, na falta do experto, um policial, por exemplo, possa recolher o material (tomando, claro, as cautelas necessárias);
- ✓ é proibida a entrada de pessoas em locais isolados, assim como a remoção de vestígios.

Art. 158-C. A coleta dos vestígios deverá ser realizada preferencialmente por perito oficial, que dará o encaminhamento necessário para a central de custódia, mesmo quando for necessária a realização de exames complementares.

§ 1º Todos vestígios coletados no decurso do inquérito ou processo devem ser tratados como descrito nesta Lei, ficando órgão central de perícia oficial de natureza criminal responsável por detalhar a forma do seu cumprimento.

§ 2º É proibida a entrada em locais isolados bem como a remoção de quaisquer vestígios de locais de crime antes da liberação por parte do perito responsável, sendo tipificada como fraude processual a sua realização.

A lei ainda exige que todos os Institutos de Criminalística tenham uma **central de custódia**, onde deverão permanecer guardados e controlados todos os vestígios, além de detalhar o procedimento e os recipientes de guarda. Eis as disposições, autoexplicativas:

Art. 158-D. O recipiente para acondicionamento do vestígio será determinado pela natureza do material.

§ 1º Todos os recipientes deverão ser selados com lacres, com numeração individualizada, de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio durante o transporte.

§ 2º O recipiente deverá individualizar o vestígio, preservar suas características, impedir contaminação e vazamento, ter grau de resistência adequado e espaço para registro de informações sobre seu conteúdo.

§ 3º O recipiente só poderá ser aberto pelo perito que vai proceder à análise e, motivadamente, por pessoa autorizada.

§ 4º Após cada rompimento de lacre, deve se fazer constar na ficha de acompanhamento de vestígio o nome e a matrícula do responsável, a data, o local, a finalidade, bem como as informações referentes ao novo lacre utilizado.

§ 5º O lacre rompido deverá ser acondicionado no interior do novo recipiente.

Art. 158-E. Todos os Institutos de Criminalística deverão ter uma central de custódia destinada à guarda e controle dos vestígios, e sua gestão deve ser vinculada diretamente ao órgão central de perícia oficial de natureza criminal.

§ 1º Toda central de custódia deve possuir os serviços de protocolo, com local para conferência, recepção, devolução de materiais e documentos, possibilitando a seleção, a classificação e a

distribuição de materiais, devendo ser um espaço seguro e apresentar condições ambientais que não interfiram nas características do vestígio.

§ 2º Na central de custódia, a entrada e a saída de vestígio deverão ser protocoladas, consignando-se informações sobre a ocorrência no inquérito que a eles se relacionam.

§ 3º Todas as pessoas que tiverem acesso ao vestígio armazenado deverão ser identificadas e deverão ser registradas a data e a hora do acesso.

§ 4º Por ocasião da tramitação do vestígio armazenado, todas as ações deverão ser registradas, consignando-se a identificação do responsável pela tramitação, a destinação, a data e horário da ação.

Art. 158-F. Após a realização da perícia, o material deverá ser devolvido à central de custódia, devendo nela permanecer.

Parágrafo único. Caso a central de custódia não possua espaço ou condições de armazenar determinado material, deverá a autoridade policial ou judiciária determinar as condições de depósito do referido material em local diverso, mediante requerimento do diretor do órgão central de perícia oficial de natureza criminal.

Finalmente, a Portaria 82/SNSP-MJ, além de consignar que *a busca por vestígios em local de crime se dará em toda área imediata, mediata e relacionada*, define:

- ✓ **Área Imediata:** área onde ocorreu o evento alvo da investigação. É a área em que se presume encontrar a maior concentração de vestígios relacionados ao fato.
- ✓ **Área Mediata:** compreende as adjacências do local do crime. A área intermediária entre o local onde ocorreu o fato e o grande ambiente exterior que pode conter vestígios relacionados ao fato sob investigação. Entre o local imediato e o mediato existe uma continuidade geográfica.
- ✓ **Área Relacionada:** é todo e qualquer lugar sem ligação geográfica direta com o local do crime e que possa conter algum vestígio ou informação que propicie ser relacionado ou venha a auxiliar no contexto do exame pericial.

## LIMITES DO DIREITO À PROVA

Começemos por uma indagação: **por que se vedar a utilização da prova ilícita no processo?** “Aos olhos do leigo, soa desarrazoado permitir-se a absolvição de um culpado pelo fato de a prova contra ele produzida ter sido obtida por meios ilícitos. Para ele [o leigo], os fins justificam os meios” (Lima, 2018). Eis o que estabelece nossa Constituição Federal, artigo 5º:

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

Poderíamos indagar, ainda, sobre o fundamento e o significado dessa norma constitucional. MARINONI & ARENHART bem explicam:

A razão de ser da proibição inserida no art. 5º, LVI, da CF está na insuficiência de sancionar a prova ilícita apenas no plano do direito material. Para uma maior proteção dos direitos, é preciso negar eficácia a tais provas no processo. Essa constatação, embora simples, é extremamente importante para a compreensão do tema das provas ilícitas. O art. 5º, LVI, da CF não vedou a violação do direito material para a obtenção de prova – pois isso já está proibido por outras normas, mas proibiu que tais provas tenham eficácia no processo. Por outro lado, não é correto imaginar que a proibição da prova ilícita surgiu da necessidade de se garantir a descoberta da verdade no processo, pois não se pode ignorar que alguém pode se ver tentado a obter uma prova de forma ilícita justamente para demonstrar a verdade. Na realidade, se tais provas não implicassem na violação de direitos, a busca da verdade deveria impor a sua utilização no processo. O art. 5º, LVI, da CF não nega o direito à prova, mas apenas limita a busca da verdade, que deixa de ser possível através de provas obtidas de forma ilícita. O interesse no encontro da verdade cede diante de exigências superiores de proteção dos direitos materiais que podem ser violados. Com efeito, dita limitação não encontra fundamento no processo, mas sim na efetividade da proteção do direito material. Ou seja, tal norma constitucional proibiu a prova ilícita para dar maior tutela ao direito material, negando a possibilidade de se alcançar a verdade a qualquer custo. Diante disso, é inegável que houve uma opção pelo direito material em detrimento do direito à descoberta da verdade. A questão, porém, é saber se essa opção exclui uma posterior ponderação – agora pelo juiz – entre o direito que se pretende fazer através da prova ilícita e o direito material violado. Frise-se que tal norma apenas afirmou, em princípio e como valor abstrato, que a proteção do direito material deve se colocar acima da busca da verdade. Mas não considerou – e nem poderia – o fato de que essa relação ocorre em processos de diversas espécies – penal, civil, trabalhista – e diante de diferentes valores e direitos.

Os mesmos autores discorrem, ainda, sobre a ‘opção’ que o processo penal fez e a ausência de opção no processo civil:

A influência do processo penal sobre a ideia de proibição de prova ilícita é muito grande. Como nesse setor a obtenção da prova é deferida à polícia, em uma fase anterior ao processo, é visível a necessidade de se colocar freios na atividade policial, com o objetivo de impedir a obtenção de provas mediante a violação de direitos fundamentais materiais. Para dissuadir o agente público de obter prova em desrespeito aos direitos, nada mais eficaz do que **proibir a sua utilização no processo**. Nessa situação há um processo em que se enfrentam o Estado – titular da pretensão punitiva – e o particular – titular do direito de liberdade. Nesse caso, porém, há nítida preferência pelo direito de liberdade, que se coloca em posição de supremacia em relação à pretensão punitiva estatal. A diferença entre os processos penal e civil se torna nítida quando se constata, por exemplo, que as partes têm o dever de dizer a verdade no processo civil, enquanto que o réu, no processo penal, deve ser informado do seu direito de permanecer calado. Como se vê, a busca da verdade é tratada de modo totalmente diverso em tais processos. [...]

Além do mais, não se pode esquecer que o processo penal é marcado pela chamada *presunção de inocência*, ou pela proibição de o juiz condenar o réu quando não está convencido da verdade – o que não ocorre no processo civil. Essa diferença reflete a distinção entre os bens próprios a cada um desses processos. Enquanto no processo penal o direito de permanecer

calado e a presunção de inocência derivam da proeminência do direito de liberdade, no processo civil – não havendo como definir, em abstrato, o bem de maior relevo – ambas as partes têm o dever de dizer a verdade e, em alguns casos, o juiz pode dar tutela ao direito do autor com base em convicção de verossimilhança. De modo que as diferentes realidades, situadas em cada um desses processos, não podem deixar de ser levadas em consideração, quando se pensa na prova obtida de modo ilícito. Ao se tentar uniformizar a maneira de compreender o processo penal e o processo civil, é possível cair no engano de pensar a prova ilícita como algo que não tem qualquer relação com as diversas situações postas nesses diferentes processos. Contudo, como dito, o processo penal dá maior relevo ao direito de liberdade, ao passo que o processo civil não faz opção por nenhum dos direitos que podem colidir (pois ela não pode ser feita em abstrato), deixando essa opção para o juiz, diante do caso concreto. Isso quer dizer que a norma do art. 5º, LVI, da CF pode ser conjugada com a opção do processo penal, mas, quando pensada em face do processo civil, apenas pode se ligar a uma falta de opção, ou melhor, à necessidade de que essa opção seja feita diante do caso concreto (Marinoni, et al., 2015).

ESCLARECENDO!



Ainda tentando explicar as razões de se vedar a prova ilícita, poderíamos cogitar: **não seria melhor aceitar uma prova ilícita, na pretensão de descobrir a verdade, e apenas punir aquele que a produziu de forma ilícita?** Concordemos ou não, sem dúvida NÃO foi essa a escolha feita pelo nosso ordenamento jurídico; ao contrário, reagimos duramente contra essa possibilidade. Quem bem explica é GUILHERME MADEIRA:

Trata-se de reação ao “*male captum bene retentum*” (em tradução livre, “**mal colhida, bem conservada**”). Esta expressão tem o sentido de que deveria ser utilizada a prova colhida ilicitamente e apenas deveria ser punido aquele que a produziu de maneira ilícita. Quando se analisa a história, contudo, verifica-se que não foi isso que aconteceu. A complacência do Estado com os agentes de estado que produziam a prova ilícita fazia com que, invariavelmente, não fossem eles punidos. Esta quase certeza de não punição também acabava por estimular o Estado a praticar atos violadores de direitos fundamentais na produção probatória. Diante deste quadro é que se desenvolve a teoria da prova ilícita e seus efeitos. Ela visa sancionar o Estado por más práticas na produção probatória. [...] nunca podemos nos esquecer, mesmo quando do estudo da admissibilidade da prova ilícita, que a regra é a inadmissibilidade da prova ilícita. Apenas de maneira excepcional é que poderá ser utilizada a prova ilícita sob pena de, com o uso das teorias [...] transformar a exceção em regra (Dezem, 2018).

BRASILEIRO também pondera sobre essa opção constitucional – por vezes, incompreendida – num Estado Democrático de Direito:

[...] em um Estado Democrático de Direito, a descoberta da verdade não pode ser feita a qualquer preço. Mesmo que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, não se pode admitir a utilização em um processo de provas obtidas por meios ilícitos. A eficiência processual, compreendida como a funcionalidade dos mecanismos processuais tendentes a alcançar a finalidade do processo, que é a apuração dos fatos e das responsabilidades, não pode prescindir do respeito aos direitos e garantias fundamentais, sob



pena de deslegitimação do sistema punitivo. Deveras, seria de todo contraditório que, em um processo criminal, destinado à apuração da prática de um ilícito penal, o próprio Estado se valesse de métodos violadores de direitos, comprometendo a legitimidade de todo o sistema punitivo, pois ele mesmo estaria se utilizando do ilícito penal. Além da proteção aos direitos e garantias fundamentais, a vedação das provas ilícitas também funciona como uma forma de controle da regularidade da persecução penal, atuando como fator de inibição e dissuasão à adoção de práticas probatórias ilegais. Cumpre, assim, eminente função pedagógica, ao mesmo tempo em que tutela direitos e garantias assegurados pela ordem jurídica (Lima, 2018).

Num primeiro momento da história do direito processual a opção não foi essa (a de exclusão da prova). A prova ilícita era considerada válida como elemento de convicção no processo a que se referia; apenas quem fosse o responsável pela ilicitude poderia ser responsabilizado. Era o predomínio da máxima *male captum bene retentum* – mal colhida (a prova) era bem retida no processo. Segundo ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO:

No Brasil, durante muito tempo vigorou nessa matéria o que RICARDO CINTRA TORRES DE CARVALHO denominou “**princípio da veracidade da prova**”, segundo o qual a prova era analisada pela carga de convencimento que continha, abstraída a forma de sua obtenção; eventual irregularidade era vista como matéria de ilícito administrativo ou penal, a ser apurada em órbita própria, sem repercussão em sua admissibilidade (Moura, 2008).

Na atualidade, todavia, a Lei Maior (art. 5º, LVI) seguiu caminho diverso e não admitiu as provas obtidas por meios ilícitos. Negou validade à conhecida máxima de que *os fins justificam os meios*. “Entre a busca desenfreada e sem limites da verdade dos fatos se interpõe um *limite ético*, que é justamente o respeito aos direitos e garantias individuais” (Campos, 2018).

Mais que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, as aludidas normas, constitucional e legal, cumprem uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: **a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória**, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente pedagógica, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica. A norma assecuratória da inadmissibilidade das provas obtidas com violação de direito, com efeito, presta-se, a um só tempo, a tutelar direitos e garantias individuais, bem como a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo (Pacelli, 2018).

Eis precedente com a visão do decano do Supremo Tribunal Federal, Ministro CELSO DE MELLO:

[...] A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do “due process of law”, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer

prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum" (RHC 90376, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/04/2007).

## PROVA ILÍCITA

É o tema mais relevante e talvez o mais cobrado em concursos públicos, no que se refere à *teoria geral da prova*. A noção de prova ilícita foi concebida, em sua essência, pela jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana.

**A ideia da inadmissibilidade da prova ilícita é criação da jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana**, baseada principalmente na análise das Emendas IV, V, VI e XIV. Contudo, pode ser encontrada na 4ª Emenda à Constituição Norte Americana o fundamento principal da inadmissibilidade das provas ilícitas, que dispõem *The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized. [...]*

Em tradução livre do autor: O direito do povo de estar protegido em sua inviolabilidade pessoal, em casas, papéis e bens móveis, contra buscas e apreensões, não será violado e nenhuma ordem será emitida, salvo se houver causa provável, amparada por juramento ou afirmação, especificamente descrevendo o local a ser procurado e as pessoas ou coisas a serem apreendidas (Dezem, 2018).

Nesse contexto, consoante pondera DENILSON FEITOZA, fazendo remissão a JEROLD H. ISRAEL e WAYNE R. LAFAVE, "a proibição contra a admissão, no processo, de prova obtida inconstitucionalmente tem sido conhecida como **princípio da exclusão** ou, conforme denominação mais empregada em português, **regra de exclusão (exclusionary rule)**, que equivale, em terminologia brasileira, ao *princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos* ou *princípio da licitude*". Pela semelhança das concepções inaugurais, vale a pena conhecer, em breve apanhado, a evolução do tema no processo penal dos Estados Unidos da América:

Em 1914, no caso *Weeks versus United States*, a Suprema Corte americana estabeleceu que o "princípio da exclusão" ("exclusionary rule") era aplicável aos processos federais. Nesse caso, a Suprema Corte decidiu que prova obtida com violação à 4ª Emenda por "policiais federais" seria banida de um processo federal. Entretanto, as cortes estaduais americanas resistiram à adoção do "princípio da exclusão", chegando ao ponto de, em 1949, trinta cortes estaduais o rejeitarem. Em 1961, no caso *Mapp v. Ohio*, a Suprema Corte americana estendeu o "princípio da exclusão" aos processos estaduais, afirmando que toda prova obtida por meio de buscas e apreensões (e prisões) com violação da Constituição é inadmissível numa corte estadual. Até o caso *Mapp v. Ohio*, cinco fundamentos surgiram para a exclusão de provas ilícitas: 1) as implicações da 5ª Emenda; 2) a necessidade de impedir uma violação continuada à privacidade

individual por meio da introdução da prova ilícita; 3) as implicações naturais do direito de recurso; 4) o imperativo da integridade judicial; 5) a necessidade de dissuadir (prevenir) futuras violações. Desde o caso *Mapp v. Ohio*, os três primeiros foram completamente rejeitados pela Suprema Corte, o quarto passou a ter uma importância claramente secundária e o quinto emergiu como a razão crucial. A justificação primária para o “princípio da exclusão”, no caso *Weeks v. U.S.*, foi a necessidade de evitar a confirmação judicial de ações inconstitucionais da polícia. As cortes não poderiam tornar-se cúmplices da desobediência intencional da Constituição, a qual eles tinham jurado preservar (caso *Elkins v. U.S.*, 1960). A exclusão da prova ilícita assegura às pessoas – todas potenciais vítimas de conduta estatal ilícita – que o governo não terá proveito de sua conduta ilícita, minimizando-se, assim, o risco de seriamente minar a confiança popular no governo (caso *U.S. v. Calandra*, 1974). O entendimento majoritário posterior, contudo, deu menor peso ao fundamento da “integridade judicial”. Como vimos, o fundamento que se tornou prevalente foi o da dissuasão ou prevenção de futuras violações. **O propósito do “princípio da exclusão” é dissuadir, intimidar, prevenir – compelir ao respeito pelas garantias constitucionais da única maneira válida efetivamente – pela remoção do incentivo ao seu desrespeito (caso *Elkins v. U.S.*, 1960). A finalidade primordial do “princípio da exclusão”, se não a única, é prevenir a conduta policial ilícita (caso *U.S. v. Janis*, 1976). Mais do que um direito individual da parte lesada, é um “remédio jurídico” criado judicialmente com a destinação de proteger as normas constitucionais da 4ª Emenda Constitucional, geralmente por meio do seu efeito preventivo ou dissuasivo (caso *U.S. v. Calandra*, 1974), o que vem sendo repetido pela maioria da Suprema Corte em quase todas as principais discussões posteriores sobre o “princípio da exclusão”.**

Se um policial obtém uma prova mediante uma busca e apreensão feitas com violação ilegal de domicílio e tal prova não é admitida no processo em razão do “princípio da exclusão” (ou princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos), isso dissuadirá o policial de continuar, em casos futuros, a agir assim, pois seu esforço de nada valerá. No caso do Brasil, por exemplo, o número de condenações de policiais por crime de abuso de autoridade ou por crime de tortura é baixíssimo, apesar das notícias constantes de tais práticas na obtenção de provas. O raciocínio de que uma prova obtida ilicitamente por um policial poderia ser admitida, mas punindo-se criminalmente o policial pela ilicitude, é um incentivo a que policiais continuem a obter provas ilicitamente, tendo em vista esse baixo índice de condenações. Portanto, o escopo principal do princípio da ilicitude, nos moldes em que vem sendo entendido nos Estados Unidos, aplica-se adequadamente ao contexto brasileiro, a saber, o de prevenir futuras violações das normas constitucionais. De que valerá um policial obter uma confissão mediante tortura, se tal confissão não for admitida no processo? Que vantagem terá o policial em apreender um objeto com violação ilegal de domicílio, se tal prova não for admitida? Entretanto, no Brasil, tem havido grande dificuldade de se inadmitir prova obtida por meio ilícito quando se acredita na sua veracidade. Como se ignorar um objeto que foi visto e se sabe que existe? Isso decorre da quase milenar cultura inquisitiva na qual estamos imersos [...]. Essa cultura inquisitiva atribuiu a uma “verdade processual” um caráter absoluto e quase divino, que não poderia ser ignorada, seja qual fosse seu custo, pois uma verdade possibilitaria a ilusão de uma “justiça absoluta”, a transcendência de uma justiça quase divina, aquela que tudo sabe e tudo conhece (Feitoza, 2008).

## CONCEITO DA PROVA ILÍCITA E DISTINÇÃO DA PROVA ILEGÍTIMA

Segundo observamos, a Constituição Federal, embora estabeleça a inadmissibilidade (exclusão) das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI), não define o que seja *prova ilícita*. A conceituação ficou, inicialmente, para a doutrina e para a jurisprudência, considerando que não havia uma definição legal – esta que só passou a existir após a reforma do CPP operada no ano de 2008.

Antes da Lei 11.690/2008 era basicamente a doutrina que se preocupava com a definição do que se compreendia por *prova ilícita*; doutrina que se baseava muito nas lições de PIETRO NUVOLONE. Nessa concepção, fazia-se uma distinção entre *provas ilícitas* e *provas ilegítimas*, ambas fazendo parte do gênero *prova vedada* (também chamada de prova ilegal).

**Prova ilícita:** “as que violam norma de direito material. As provas ilícitas dizem respeito à *obtenção* ou *coleta* da prova. Por exemplo, as declarações do indiciado ou réu colhidas sob tortura. No caso, há violação de uma norma material, a saber, a norma penal incriminadora que prevê a conduta como crime de tortura (Lei 9.455/1997)”;

**Prova ilegítima:** “as que violam norma de direito processual. As provas ilegítimas dizem respeito à *produção* da prova. Por exemplo, a elaboração do laudo pericial com apenas um perito quando a lei exigia dois peritos (art. 159, *caput*, do CPP, na redação revogada que era dada pela Lei 8.862/1994)” (Feitoza, 2008). Outro exemplo dado pela doutrina é aquele de ser lido, em plenário do júri, documento que não tenha sido juntado com três dias de antecedência - haverá nulidade da prova e não ilicitude (violação do art. 479 do CPP).

“*Legítimo*, etimologicamente, é que o que está de acordo com a lei (*lex, legis*). É o que tem fundamento em lei; tem forma e conteúdo conformes à lei. Em sentido translato, legítimo também significa genuíno, autêntico, puro, verdadeiro” (Tornaghi, 1977).

É importante que se observe que o direito material a ensejar o reconhecimento da ilicitude da prova deve ser direito fundamental constitucionalmente protegido. Neste sentido era a posição de THIAGO ANDRÉ PIEROBOM DE ÁVILA: “O direito cuja violação ensejará a ilicitude da prova há de ser um direito fundamental. A garantia fundamental da inadmissibilidade das provas ilícitas está estrategicamente localizada sob o título dos direitos e garantias fundamentais. Sua finalidade é criar um sistema de atividade processual que respeite minimamente os direitos elencados na Constituição tidos como essenciais para a convivência em sociedade. O problema perante o caso concreto é delimitar a linha que separa o plano da constitucionalidade e o da legalidade, haja vista o caráter analítico de nossa Constituição”. Outra distinção que havia entre as provas ilícitas e as provas ilegítimas refere-se ao momento de sua ocorrência. Há relativo consenso na doutrina acerca do momento de ocorrência da prova ilícita e da prova ilegítima: entende a doutrina majoritária que a prova ilícita ocorrerá quando for produzida em ato anterior ou não coincidente com o produzido em juízo. Ou seja, a **prova ilícita** é obtida fora do processo com violação de norma de direito material; já a **prova ilegítima** é a obtida no processo com violação de norma de direito processual. [...] Contudo, se é verdade que tal critério pode ser identificado como regra, também se pode imaginar situação em que este critério não acabe

por se aplicar. Assim, é possível imaginar situação em que a prova ilícita seja produzida em juízo. Imagine-se, por exemplo, a hipótese de magistrado que obtenha confissão do acusado violando o privilégio da não autoincriminação ou coagindo o acusado. Nessa situação é possível entender a ocorrência de prova ilícita no curso do processo (Dezem, 2018).

RENATO BRASILEIRO também comenta sobre a distinção doutrinária, no seguinte sentido:

Diante do silêncio da Constituição Federal, a doutrina nacional sempre se baseou na lição do italiano PIETRO NUVOLONE para conceituar prova ilegal, e também para distinguir as provas obtidas por meios ilícitos daquelas obtidas por meios ilegítimos. Nesse prisma, a prova será considerada **ilegal** sempre que sua obtenção se der por meio de violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza material ou processual. Prova obtida por meios ilegais deve funcionar como o gênero, do qual são espécies as *provas obtidas por meios ilícitos* e as *provas obtidas por meios ilegítimos*. A prova será considerada **ilícita** quando for obtida através da violação de regra de direito material (penal ou constitucional). Portanto, quando houver a obtenção de prova em detrimento de direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo, a prova será considerada ilícita. São várias as inviolabilidades previstas na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional para resguardo dos direitos fundamentais da pessoa: inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem (CF, art. 5º, X), inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral e dos dados (CF, art. 5º, XII), vedação ao emprego da tortura ou de tratamento desumano ou degradante (CF, art. 5º, III), respeito à integridade física e moral do preso (CF, art. 5º, XLIX), etc. Exemplificando, se determinado indivíduo for constrangido a confessar a prática do delito mediante tortura ou maus-tratos, tem-se que a prova aí obtida será considerada ilícita, pois violado o disposto no art. 5º, inciso III, da Constituição Federal. Outra característica da prova ilícita é que esta, em regra, pressupõe uma violação no momento da colheita da prova, geralmente em momento anterior ou concomitante ao processo, mas sempre externamente a este. Daí se dizer que a prova ilícita é aquela obtida fora do processo com violação de norma de direito material. Apesar de, em regra, a prova ilícita ser produzida externamente ao processo, nada impede que sua produção ocorra em juízo. Basta imaginar, v.g., que o magistrado obtenha a confissão do acusado em seu interrogatório judicial, sem prévia e formal advertência quanto ao seu direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII). Nesse caso, é possível concluir-se pela presença de prova ilícita produzida no curso do próprio processo.

De seu turno, a prova será considerada **ilegítima** quando obtida mediante violação à norma de direito processual. A título de exemplo, suponha-se que, ao ouvir determinada testemunha, o magistrado se esqueça de compromissá-la. Assim o fazendo, incorreu em violação à regra do art. 203 do CPP, dispositivo este que obriga o juiz a compromissar a testemunha. Em outro exemplo, no curso de audiência una de instrução e julgamento, o magistrado pede à vítima que realize o reconhecimento do acusado. A vítima, então, olhando para trás, aponta o acusado como o suposto autor do delito, o que fica registrado na ata da audiência. Como se vê, tal reconhecimento foi feito ao arrepio do art. 226 do CPP, que traça o procedimento a ser observado na hipótese de reconhecimento de pessoas e coisas. Em ambas as situações, temos exemplos de provas obtidas por meios ilegítimos, porquanto colhidas com violação à regra de direito processual. [...] Outro traço peculiar das provas obtidas por meios ilegítimos diz respeito ao momento de sua produção: em regra, no curso do processo. A prova ilegítima, como se vê, é

sempre intraprocessual (ou endoprocessual). [...] Acerca da distinção entre provas obtidas por meios ilícitos e provas obtidas por meios ilegítimos, expressivas são as súmulas 48, 49 e 50 das Mesas de Processo Penal, dirigidas por ADA PELLEGRINI GRINOVER, e vinculadas ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Dispõe a súmula 48: “denominam-se ilícitas as provas colhidas com infringência a normas e princípios de direito material”; súmula 49: “são processualmente inadmissíveis as provas ilícitas que infringem normas e princípios constitucionais, ainda quando forem relevantes e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressa”; súmula 50: “podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa” (Lima, 2018).

Alguns autores apontam a existência de provas obtidas, simultaneamente, por meios ilícitos e ilegítimos:

Nessa hipótese, a prova é obtida mediante violação simultânea à norma de direito material e processual. É o que ocorre, a título de exemplo, com uma busca e apreensão domiciliar cumprida por uma autoridade policial, independentemente de prévia autorização judicial, nem tampouco situação de flagrante delito. Em tal situação, haverá violação de norma legal, na medida em que a conduta é prevista como crime de abuso de autoridade (Lei nº 4.898/65, art. 3º, ‘b’ [hoje revogada]), assim como de norma processual que prevê os requisitos para a realização de busca e apreensão domiciliares (CPP, art. 240 a 250, c/c art. 5º, XI, da Constituição Federal) (Lima, 2018).

**Por que, afinal de contas, se faz essa distinção?** As distinções construídas pela doutrina sempre tiveram a sua justificação, considerando o regime jurídico a elas aplicado, como bem sintetizam DENILSON FEITOZA e GUILHERME MADEIRA:



As provas ilegítimas já teriam seu regime jurídico resolvido pela teoria das nulidades. Havendo violação de norma processual, estariam sujeitas ao reconhecimento de sua nulidade e decretação de sua ineficácia no processo. O mesmo poderia ocorrer com as provas simultaneamente ilícitas e ilegítimas. As provas ilícitas, como entendidas acima, é que necessitam da previsão constitucional, estabelecendo sua inadmissibilidade no processo, pois, do contrário, poderiam ter eficácia, em virtude de nem sempre violarem norma processual. A sua inadmissibilidade no processo significa que devem ser desentranhadas do processo, para que não sirvam de base a uma decisão ou sentença judicial (Feitoza, 2008) p. 190.

**A consequência da prova ilegítima é a nulidade.** Colhida prova em detrimento de regras de direito processual, somente restará a anulação do ato para que seja refeito. A depender do grau de violação, têm-se hipóteses de inexistência, nulidade absoluta, relativa ou mera irregularidade. [...] Problema mais delicado refere-se à **consequência do reconhecimento da ilicitude da prova**. Nesta situação, é importante que se observe que a Constituição Federal, ao tratar do tema em seu art. 5º, LVI, estabeleceu que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. **Inadmissível** significa que a prova não poderá ser juntada aos autos, não poderá fazer parte do conjunto probatório. Tal ideia é compartilhada por GRINOVER, SCARANCE e MAGALHÃES. Assim, visto que inadmissível a prova ilícita, ela não produzirá efeitos nos autos (Dezem, 2018).

ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO<sup>33</sup> esclarece que a vedação processual da admissibilidade da prova ilícita trata-se, em resumo, “de uma forma especial de tutela destinada a assegurar a efetividade” dos direitos e garantias fundamentais, “que não devem ceder nem mesmo diante do interesse estatal na obtenção de provas”. Resume muito bem, o autor, a distinção entre as modalidades.

Daí a distinção, proposta por NUVOLONE e acolhida na doutrina, entre *provas ilícitas* e *provas ilegítimas*: as primeiras constituem o resultado de uma violação do direito material, enquanto nas segundas o vício decorre da infringência de normas processuais. Outra diferença entre elas decorre do momento em que se configura a ilegalidade: nas ilícitas, ela ocorre quando de sua obtenção; nas ilegítimas, na fase de produção. Também é diversa a consequência dos respectivos vícios: as ilícitas são *inadmissíveis* no processo (não podem ingressar e, se isso ocorrer, devem ser desentranhadas); as *ilegítimas* são nulas e, por isso, a sua produção pode ser renovada, atendendo-se então às regras processuais pertinentes (Moura, 2008).

Consolidando, temos então uma classificação geral (doutrinária) de PROVAS VEDADAS ou PROVAS ILEGAIS. Essa classificação geral comporta divisão:

---

<sup>33</sup> Autor de referência no tema.



Falando sobre o tratamento diferenciado (regime jurídico) que é conferido para as provas ilícitas e ilegítimas, BRASILEIRO esclarece que para as primeiras a Constituição Federal reservou sanção processual de *inadmissibilidade*. “Não se trata de nulidade da prova, mas de sua não aceitação nos autos do processo. Nessa linha, aliás, consoante a nova redação dada ao art. 157, § 3º, do CPP”, haverá inutilização:

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

O mesmo autor ainda aprofunda e exemplifica o tratamento diferenciado em situações concretas:

Portanto, pode-se dizer que, no ordenamento pátrio, por mais relevantes que sejam os fatos apurados por meio de provas obtidas por meios ilícitos, estas não podem ser admitidas no processo. Se, mesmo assim, uma prova ilícita for juntada ao processo, surge o direito de exclusão, a ser materializado através do desentranhamento da referida prova dos autos. Caso a



ilicitude da prova seja reconhecida em grau de recurso, tendo favorecido a defesa, a matéria só poderá ser examinada em apelação da acusação. Caso contrário, ocorreria *reformatio in pejus*. Se a prova ilícita favoreceu a acusação, não haverá necessidade de decretar a nulidade da sentença, desde que, suprimida a prova ilícita, decorra a absolvição do acusado. Nesse caso, o Tribunal deverá determinar o desentranhamento da prova ilícita e julgar, desconsiderando-a. No entanto, se, mesmo com a supressão da prova ilícita, houver elementos que permitam a condenação, a melhor solução será a decretação de nulidade da sentença pelo Tribunal, para que outra seja proferida. Caso tenha havido o trânsito em julgado de sentença condenatória ou absolutória imprópria lastreada em provas obtidas por meios ilícitos, dois caminhos são possíveis: a primeira possibilidade é o ajuizamento de revisão criminal; a segunda é a impetração de *habeas corpus*, mas desde que haja risco concreto à liberdade de locomoção, e desde que não haja necessidade de dilação probatória a fim de se comprovar a ilicitude da prova. Por outro lado, em se tratando de **provas ilegítimas**, como sua obtenção ocorreu mediante violação a regras de direito processual, tudo se resolve dentro do próprio processo, de acordo com as regras processuais que determinam as formas e as modalidades de produção da prova, com a sanção correspondente a cada transgressão, que pode ser o reconhecimento de mera irregularidade, ou até mesmo uma nulidade, absoluta ou relativa (Lima, 2018).

## TRATAMENTO LEGISLATIVO DA PROVA ILÍCITA

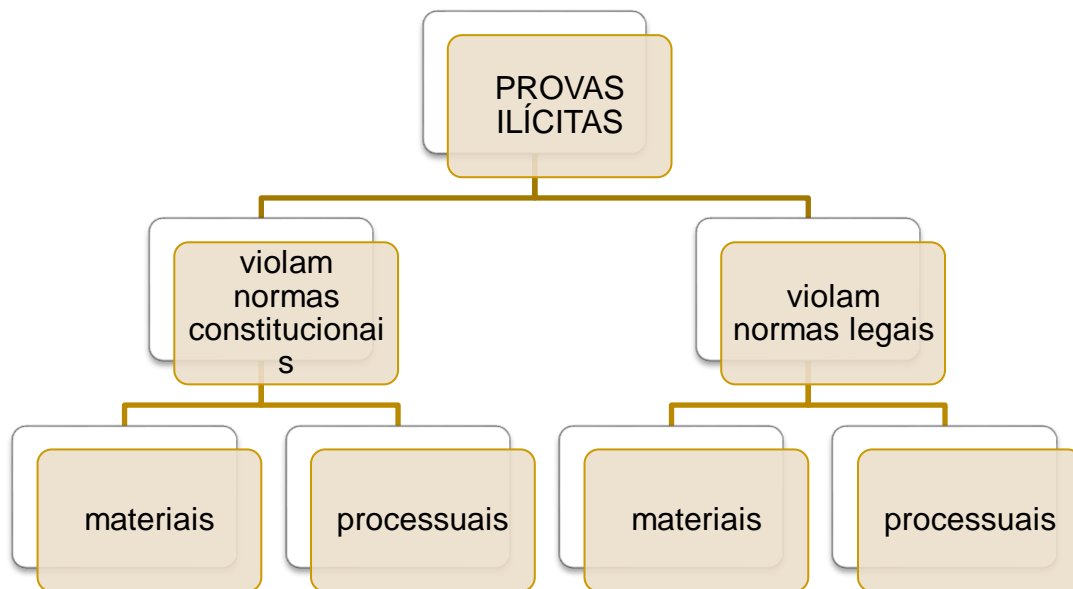
Não obstante essa classificação ou distinção doutrinária, ocorre que, em 2008, com a edição da Lei 11.690 (que alterou o Código de Processo Penal), optou-se pelo tratamento legislativo do tema. Dessa forma, assim se verifica no art. 157:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as **provas ilícitas**, assim entendidas as **obtidas em violação a normas constitucionais ou legais**.

O tratamento legislativo recebe críticas, as mais variadas, da doutrina:

Não parece ter sido a melhor, assim, a opção do legislador nacional por uma definição legal de prova ilícita, que, longe de esclarecer o sentido da previsão constitucional, pode levar a equívoco e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo. O descumprimento da lei processual leva à *nulidade* do ato de formação da prova e impõe a necessidade de sua renovação, nos termos do que determina o art. 573, *caput*, do CPP (Moura, 2008).

Como se percebe da leitura do art. 157, agora a lei deixou de mencionar sobre a natureza das normas violadas – se de direito *processual/material* – para definir o que seja prova ilícita. Na dicção da lei, a violação de um ou outro (tanto faz) gera uma prova entendida como ilícita.



Pela lei, então, esquematizando, teríamos o seguinte:

A expressão ‘provas ilícitas’, agora, tornou-se gênero (e não espécie) que se subdividiria em: obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. “Naturalmente, constituem provas ilegais as que afrontam qualquer norma da legislação ordinária, por isso, envolvem tanto as penais quanto as processuais penais. Uma prova conseguida por infração à norma penal (ex.: confissão obtida por tortura) ou alcançada violando-se norma processual penal (ex.: laudo produzido por um só perito oficial [quando se exigiam dois]) constitui prova ilícita e deve ser desentranhada dos autos” (Pacelli, 2018).

NUCCI, concordando com a inovação legislativa (por muitos criticada), pondera:

A reforma de 2008 acolheu, claramente, a ideia de que as provas produzidas ao arpejo da lei processual penal também geram ilicitudes, aptas a acarretar o desentranhamento da respectiva prova. Esse é o quadro ideal para a lisura e ética na produção de provas, consentâneo ao Estado Democrático de Direito. O cenário das nulidades deve ser reservado a outros vícios, longe do âmbito das provas (Nucci, 2018).

NORBERTO AVENA discorda do posicionamento de NUCCI, e pondera:

Discordamos dessa orientação, compreendendo que o mencionado art. 157 do CPP não pode ser interpretado literalmente, sob pena de ocorrerem verdadeiros paradoxos processuais. Imagine-se, pois, que, ao inquirir uma testemunha isenta, esqueça-se o magistrado de compromissá-la. Ao assim proceder, terá ele violado o disposto no art. 203 do CPP, que o obriga a tal providência. Ora, tal circunstância caracteriza uma mera irregularidade, ou, na pior das hipóteses, uma nulidade relativa sujeita à demonstração do prejuízo pela parte interessada. Se, contudo, entendermos que a violação a qualquer lei infraconstitucional conduz à ilicitude da prova, resultará que o depoimento assim prestado deverá ser considerado ilícito e, via de

consequência, desentranhado dos autos e inutilizado, *ex vi* do que estabelece o art. 157, *caput* e seu § 3º do CPP, procedimento este que nos parece inconcebível diante da ausência absoluta de gravidade da omissão judicial. Outro exemplo: considere-se que, no curso de audiência de instrução, o magistrado determine à testemunha que realize o reconhecimento do réu e que esta testemunha, a partir do simples gesto de olhar para o réu, reconheça-o como o autor do crime descrito na denúncia. Ora, o reconhecimento realizado desta forma infringe as formalidades do art. 226 do CPP. Todavia, tal circunstância não parece suficiente para que se proceda à retirada dos autos desse reconhecimento, procedendo o juiz à sua completa invalidação e posterior destruição. Pelo contrário. Na esteira do entendimento dominante, também isto implica mera irregularidade, não invalidando o ato, tampouco afetando seu poder de convencimento. Por tudo isso, não temos a menor dúvida de que persiste a definição clássica de prova ilícita como aquela obtida em violação direta ou indireta a garantias ou preceitos de índole constitucional. Quanto à referência inserta ao art. 157 no sentido de que ilícitas são as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, não está incorreta, apenas se devendo entender este último caso (“ou legais”) como hipótese de violação indireta



à Magna Carta, vale dizer, ofensa a dispositivo de lei cujo conteúdo reflita em garantia constitucional. Trilhando-se essa linha de raciocínio, são exemplos de **provas ilícitas decorrentes de afrontamento direto do texto constitucional** em vigor:

- a) *Interceptação telefônica realizada sem ordem judicial*, o que implica violação direta da garantia constitucional inserida no art. 5.º, XII, da CF.
- b) *Prova obtida mediante violação de correspondência lacrada*, importando em violação direta da garantia constitucional inserida no art. 5.º, XII, da CF.
- c) Busca e apreensão domiciliar sem ordem judicial, abstraídas as hipóteses de flagrante, desastre, socorro ou consentimento do morador, daí ocorrendo violação direta do art. 5.º, X, da Carta Magna.

Por outro lado, são exemplos de **provas ilícitas decorrentes do afrontamento indireto da Constituição Federal**, ou seja, de dispositivos infraconstitucionais com conteúdo material, ainda que inseridos em diplomas processuais:

- a) *Interrogatório judicial do réu sem a presença de advogado*, violando-se, diretamente, o art. 185 do CPP e indiretamente o art. 5.º, LV, da CF.
- b) *Interrogatório judicial do réu sob coação*, violando-se, com isso, diretamente, o direito ao silêncio estatuído no art. 186 do CPP e, indiretamente, o privilégio constitucional da não autoincriminação, que decorre, entre outros princípios, do art. 5.º, LXIII, da Carta Magna.

Observe-se que, nestes dois últimos casos, ainda que tenha ocorrido malferimento direto a texto integrante de legislação processual (arts. 185 e 186 do CPP), tratava-se os dispositivos violados de regras que não possuíam um fim em si mesmas, mas, ao contrário, visavam ao cumprimento de garantia constitucional (contraditório, ampla defesa e direito ao silêncio).

Diante disto, conclui-se que a detecção do conteúdo da norma violada para fins de caracterização da ilicitude pode ser feita a partir do questionamento:

A norma violada no ato de obtenção da prova poderia conter disposição diversa, ou seja, oposta ao seu comando, sem, com isto, tornar-se inconstitucional?

**Positiva** a resposta, não se estará diante de prova ilícita, e sim de prova ilegítima [...]. Contudo, se **negativa**, vale dizer, se a disposição contrária ao que reza o texto da norma violada importar em ofensa à Constituição, neste caso estaremos diante de norma de conteúdo material tutelada pela Carta Magna, acarretando sua desconsideração em ilicitude da prova. É o caso, por exemplo, do citado art. 186 do CPP, que confere o direito de silêncio aos investigados e acusados. Poderia este artigo conter disposição oposta, aduzindo, por exemplo, que o silêncio do réu importa em presunção de culpa? Não, pois tal acarretaria ofensa ao princípio *nemo tenetur se detegere* (ninguém é obrigado a produzir prova contra si próprio), que decorre do texto constitucional, em especial do art. 5º, LXIII, da CF. Por isso, é que o interrogatório sob coação constitui prova ilícita. E, também, é o que acontece com o art. 185 do CPP, dispondo sobre a necessidade de ser o réu interrogado em juízo na presença de advogado. Poderia este dispositivo sustentar regra inversa, ou seja, de que é desnecessária a presença de advogado no interrogatório do réu? Não, pois se o fizesse daria margem à arguição de sua inconstitucionalidade em face da ofensa às garantias do contraditório e da ampla defesa. Portanto, interrogado o réu sem defensor, tal ato constitui-se em prova ilícita.

Verificados os ensinamentos desses dois autores, questão que se coloca, portanto, é a seguinte: **a mudança do CPP aboliu a distinção até então havida entre prova ilícita e prova ilegítima?** Como bem pondera MADEIRA, surgiram duas posições/correntes:

A **primeira posição** entende que ainda deva ser mantida a distinção feita por NUVOLONE de forma que o art. 157 do CPP deve ser lido à luz da definição apresentada anteriormente. Nesse sentido é a posição de ANTONIO SCARANCA FERNANDES e de PAULO RANGEL e é a posição que defendemos. Para **outra posição** a redação dada pelo art. 157 do CPP superou a antiga distinção entre prova ilícita e prova ilegítima, de forma que deve ser abandonada a distinção anteriormente feita. Neste sentido é a posição de GUSTAVO BADARÓ, que passou a definir prova ilícita como “as provas obtidas, admitidas ou produzidas com violação das garantias constitucionais, sejam as que asseguram as liberdades públicas, sejam as que estabelecem garantias processuais”. De nossa parte entendemos que são razoáveis as justificativas que autorizam interpretação no sentido de que o art. 157 do CPP deve ser lido à luz da definição de NUVOLONE. Os institutos em direito devem ser diferenciados quando seus efeitos ou formas de convalidação são distintos e é exatamente o caso em se tratando de prova ilícita e de prova ilegítima. A prova ilícita é inadmissível, deve ser desentranhada e inutilizada. A prova ilegítima é causa de nulidade, de forma que o ato simplesmente deve ser refeito, permanecendo o ato nulo no processo. Além disso, é importante observar que outra cautela se impõe na manutenção desta distinção. Os critérios de convalidação da prova ilícita e da prova nula são distintos e, ao aproximar ambos os institutos, esta interpolação acaba gerando indesejáveis consequências. A título de exemplo cito o difícil tema do prejuízo, previsto no art. 563 do CPP. Prejuízo é critério utilizado para se anular ou não a prova e nenhuma relação possui com a

validação da prova ilícita. O risco da interpolação dos conceitos é que prejuízo passe a ser critério de validação da prova ilícita, o que não pode ser admitido.

Da ideia de inadmissibilidade extraem-se duas importantes consequências: a prova ilícita não pode entrar no processo, mas, uma vez tendo entrado, ao ser retirada não poderá jamais ser refeita. Esta consequência da inadmissibilidade não é muito bem estudada ou compreendida entre nós. Uma das consequências estudadas pelos norte-americanos e que é decorrência da inadmissibilidade é a irrepetibilidade das provas ilícitas. Vale dizer, ocorrida a prova ilícita, então aqueles dados tornam-se de impossível acesso para as partes. Obtida a prova de maneira ilícita, não será possível a sua repetição. Trata-se de mecanismo que serve para desestimular a produção de prova ilícita pelos agentes de Estado. Não se pode esquecer que a teoria da prova ilícita está baseada na reação ao princípio do *male captum bene retentum*, ou seja, “mal colhida, bem conservada”. Durante muito tempo justificou-se a produção da prova ilícita com o discurso de que deveria apenas ser punido quem produziu a ilicitude, mas mantendo-se a prova nos autos. Ora, a história mostrou que esta ideia nunca vingou. Os agentes de Estado nunca foram adequadamente punidos e o Estado também não se sentiu desestimulado a produzir a prova ilícita. Decorre da inadmissibilidade a impossibilidade de repetição desta prova ilícita. Esta sanção é efetivamente grave, daí porque não se pode pretender aplicá-la para as hipóteses de violação de direito processual. Daí porque esta primeira distinção em termos de efeitos já torna diferente a prova ilícita da prova ilegítima. Lido em plenário documento em desrespeito ao prazo do art. 479 do CPP (3 dias úteis), haverá nulidade do plenário e o ato deverá ser refeito, sem exclusão do documento. Já no que se refere à quebra de sigilo bancário sem autorização judicial, então haverá impossibilidade de renovação desta prova, visto que ilícita.

Segunda consequência importante refere-se aos efeitos da prova ilícita. A prova ilícita deverá ser desentranhada dos autos e inutilizada, ou seja, destruída. Deste incidente de inutilização é facultativa a presença das partes. A prova nula não é desentranhada nem destruída. Retomemos o exemplo acima dado sobre a prova documental em violação ao art. 479 do CPP. Não haverá nem desentranhamento nem destruição do documento neste caso. Como se vê, deve ser mantida a distinção entre prova ilícita e prova ilegítima, tendo em vista os efeitos distintos e severos que estes tipos de provas produzem. A jurisprudência no pós-2008 tem evitado o uso do termo *prova ilegítima*. No entanto, percebe-se claramente dos julgados do STJ e do STF que, embora não usem o termo prova ilegítima, acabam por aplicar as sanções de nulidade para os casos de prova obtida com violação a regras de direito processual (Dezem, 2018).

Ao largo da divergência doutrinária, uma coisa é certa, como vem reconhecendo a jurisprudência, em inúmeros casos, ao manter nos autos provas com vícios procedimentais: excluir completamente ou desentranhar provas que infringiram (por vezes inadvertidamente) regras processuais, sem qualquer

conotação material ou de direito ou garantia individual, não é o melhor caminho. É exagero, inconcebível com um processo que não pode abrir mão da preocupação com a justiça das suas decisões<sup>34</sup>.

## “EMENDATIO LIBELLI”

Tanto a *emendatio libelli* quanto a *mutatio libelli* são institutos jurídicos de grande importância e aplicação prática no processo penal. Precisamos entendê-los perfeitamente.

Iniciamos pela compreensão da locução: *libelli* ou libelo “é a denominação dada à peça escrita em que se veicula a acusação” (Badaró, 2000). Atribuição das partes, jamais do juiz diante do sistema acusatório.

*Emendatio libelli*, então, significa a emenda dessa peça acusatória, a correção na imputação feita sem que se altere sua essência – qual seja, o fato processual –, apenas a classificação jurídica (questão de direito). E diga-se, desde já, para não causar confusão: *classificação*, *definição* e *capitulação* jurídica significam a mesma coisa<sup>34</sup>

O Código de Processo Penal prevê a *emendatio* tanto para a sentença quanto para a decisão de pronúncia, respectivamente:

Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

Art. 418. O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da constante da acusação, embora o acusado fique sujeito a pena mais grave.

Nas palavras da lei, a *emendatio libelli* é a mudança na definição jurídica, sem a modificação do fato contido na acusação. É exatamente isso, sem meias palavras!

Com a *emendatio libelli* o juiz faz a adequação do fato ao modelo legal de conduta proibida; promove o magistrado um ajuste na classificação jurídica da infração penal, valendo-se das máximas *jura novit curia* (o juiz conhece o direito) e/ou *narra mihi factum dabo tibi jus* (narra-me o fato e te darei o direito). Repare que a atividade de subsunção do fato à norma é da essência da função jurisdicional. Ora, é exatamente isso que o instituto procura garantir, independentemente da interveniência de quem quer que seja.

---

<sup>34</sup> É o que pensamos.

[...] ao Estado interessa tanto a condenação do culpado quanto a absolvição do inocente, o que efetivamente deve ser buscado é a correta aplicação da lei penal ao caso concreto, independentemente do papel desempenhado pelas partes, no que se refere especificamente ao direito cabível. E essa, a de dizer o direito, é uma tarefa destinada com exclusividade aos órgãos do Poder Judiciário. [...] A *emendatio libelli* é a expressão mais eloquente desse compromisso com a preservação da ordem jurídica. Uma vez narrado o fato na denúncia ou queixa, a consequência jurídica que dele extrai o seu autor, Ministério Público ou querelante, não vincula, nem poderia vincular, o juiz da causa. *Narra-me o fato que te darei o direito*, como dizia o antigo brocardo latino. Obviamente, a pena a ser aplicada não resulta da escolha do autor da ação, mas de imposição legal. Assim, a *emendatio* não é outra coisa senão a correção da inicial (libelo, nessa acepção), para o fim de adequar o fato narrado e efetivamente provado (ou não provado, se a sentença não for condenatória, caso em que seria dispensável a *emendatio*) ao tipo penal previsto na lei (Pacelli, 2018).

Note que isso pode acontecer, segundo a parte final dos dois artigos citados, mesmo que o juiz acabe por aplicar uma sanção mais grave do que aquela cominada ao tipo penal desconsiderado.

Não haveria nenhum problema, justamente porque vige no processo penal, como vimos, o princípio da consubstanciação (o réu se defende dos fatos, não da definição jurídica); por outro lado, a correlação deve ser observada apenas quanto ao *fato processual*, não propriamente em relação à tipicidade. Desde que os fatos considerados sejam os mesmos, o instituto teria plena aplicação.

A validade da correção da capitulação do crime na sentença tem, pois, um pressuposto: a completa adequação (subsunção) do tipo penal então aplicado pelo juiz **aos fatos narrados na acusação**. Se o novo tipo penal, isto é, se a nova definição jurídica dos fatos contiver elementos não descritos na denúncia, além daqueles outros nela incluídos, não se poderá fazer a *emendatio* (Pacelli, et al., 2018).

Os exemplos são importantes para compreensão da matéria:

Por exemplo, a denúncia narra um furto, mas o promotor o qualifica no art. 157 do CP. Na sentença, o juiz poderá corrigir a qualificação para o art. 155 do CP (Badaró, 2017).

Exemplificando, suponha-se que, em denúncia oferecida pelo Ministério Público, seja imputado ao acusado a prática do crime de furto qualificado pela fraude, cuja pena é de reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos e multa, constando da peça acusatória que o agente teria se valido de fraude para burlar a vigilância da vítima, afastando seu cuidado com a *res*, posteriormente subtraída. Porém, por ocasião do juízo de subsunção, o órgão Ministerial, equivocadamente,

classifica esse fato delituoso como um crime de estelionato, previsto no art. 171, *caput*, do CP, com pena de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, deixando de oferecer a proposta de suspensão condicional do processo pelo fato de o acusado estar sendo processado por outro crime. Ao sentenciar o feito, é evidente que a autoridade judiciária não está vinculada à classificação formulada pela acusação. [...] Portanto, independentemente do aditamento da peça acusatória e da adoção de quaisquer providências instrutórias, é plenamente possível que o juiz profira a sentença condenatória com a capitulação jurídica que lhe parecer mais adequada, ainda que dessa nova definição jurídica resulte pena mais grave. Logo, no exemplo acima citado, caberia ao juiz condenar o acusado pela prática do crime de furto qualificado (CP, art. 155, § 4º, II), aplicando o *quantum* de pena cominado ao referido delito: reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa (Lima, 2018).

Pela *emendatio libelli*, mantêm-se os fatos narrados, mas se conclui que esses fatos – que constituem a *causa petendi* da demanda – correspondem a um tipo penal diverso daquele atribuído pela acusação na peça inicial. Portanto, se o juiz prolatar sentença apenas corrigindo a definição jurídica, e não oferecendo uma nova, temos a figura aqui estudada. Exemplos: a desclassificação de crime de extorsão mediante sequestro para extorsão simples; a desclassificação do estelionato para apropriação indébita etc (Bonfim, 2015).

Por exemplo: a denúncia narra que fulano empurrou a vítima e arrebatou-lhe a corrente do pescoço, qualificando como furto tal episódio. Nada impede seja proferida sentença condenatória por roubo, sem ofensa ao contraditório, já que o acusado não se defendia de uma imputação por furto, mas da acusação de ter empurrado a vítima e arrebatado sua corrente. Nesse caso, diz-se que houve uma simples emenda na acusação (*emendatio libelli*), consistente em mera alteração na sua classificação legal. Trata-se de aplicação pura do brocardo *jura novit curia*, pois, se o juiz conhece o direito, basta narrar-lhe os fatos (*narra mihi factum dabo tibi jus*) (Capez, 2018).

Um exemplo retirado de precedente do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: "HABEAS-CORPUS". "EMENDATIO LIBELLI": RÉU DENUNCIADO PELOS CRIMES DE ESTELIONATO E DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA E CONDENADO PELO CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. FALTA DE INTIMAÇÃO DO ACUSADO EM FACE DA DESCLASSIFICAÇÃO: CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. 1. Ocorre "**emendatio libelli**" (CPP, art. 383) e não "**mutatio libelli**" (CPP, art. 384) quando o réu é denunciado pelos crimes de estelionato e de apropriação indébita, porém resulta condenado por falsidade ideológica, uma vez que a denúncia descreve perfeitamente o fato delituoso mas nela consta qualificação penal diversa. 2. A nova tipificação emprestada pelo juízo, em face da instrução processual, não constitui cerceamento de defesa ou oblição ao devido processo legal, porquanto o acusado se defende dos fatos narrados na denúncia e não do delito nela qualificado. 3. Hipótese em que a falta de intimação do acusado, em face da desclassificação do delito, não configura cerceamento de defesa. 4. "Habeas-corpus " indeferido. (HC 73389, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA,



Segunda Turma, julgado em 30/04/1996, DJ 06-09-1996 PP-31851 EMENT VOL-01840-02 PP-00292).

Todos esses exemplos tem uma coisa em comum: os fatos da acusação foram aproveitados na íntegra, sem nenhuma alteração ou acréscimo na narrativa. A modificação, pelo juiz, deu-se exclusivamente em relação à definição jurídica (ou classificação, ou capitulação, ou qualificação jurídica – como queiram). Não poderia ser diferente, considerando que a alteração da acusação o juiz, por si, jamais pode fazer – em razão do *sistema acusatório*.

Sem muitos efeitos práticos, afinal tudo se refere (ao final) à mudança da definição jurídica, parte da doutrina destaca 3 formas de *emendatio libelli*:

**1) *Emendatio libelli* por defeito de capitulação:** situação na qual o juiz profere sentença condenatória ou decisão de pronúncia em conformidade exata com o fato descrito na denúncia ou na queixa. Sem embargo, reconhece que tal fato amolda-se ao dispositivo penal distinto daquele que constou na inicial. Exemplo: denunciado o acusado por roubo, mas, por equívoco, capitulada esta infração na denúncia como o art. 147 do CP (crime de ameaça). Na sentença, o juiz poderá condenar o réu pelo crime descrito (roubo), esclarecendo, porém, que se trata de conduta que tem enquadramento no art. 157 do Estatuto Repressivo, cuja pena, evidentemente, é maior do que a relativa ao artigo equivocadamente atribuído na denúncia.

**2) *Emendatio libelli* por interpretação diferente:** examinando a descrição do fato constante da denúncia ou da queixa, realiza o juiz interpretação diferente da que o fez o Ministério Público ou o querelante quanto ao enquadramento da conduta narrada. Exemplo: Considere-se que tenha sido denunciado o agente por homicídio qualificado por meio cruel, por ter cortado a garganta de colega de cela enquanto este dormia, causando-lhe morte instantânea. Entendendo o magistrado que esse fato, tal como narrado, não configura a qualificadora do meio cruel (art. 121, § 2.º, III, CP), mas sim a qualificadora do uso de recurso que impossibilitou a defesa do ofendido (art. 121, § 2.º, IV, CP), poderá reconhecer essa última circunstância independente de qualquer aditamento da inicial pelo Ministério Público. É que, nesse caso, a nova definição jurídica atribuída não terá sido decorrência de qualquer inovação ao fato descrito, mas sim de interpretação diversa quanto ao enquadramento desse mesmo fato.

**3) *Emendatio libelli* por supressão de circunstância:** neste caso, o magistrado atribui nova capitulação ao fato imputado em razão da não constatação, pelas provas angariadas na fase instrutória, de elemento ou circunstância que estejam contidos na inicial. Em suma, há, aqui, modificação fática, mas não para acrescentar, e sim para subtrair circunstâncias do fato descrito, importando esta simples supressão na mudança de classificação jurídica (artigo). Exemplo: denunciado o acusado por crime de roubo capitulado no art. 157 do CP, sobrevém, no curso da instrução, a prova de que não houve violência nem grave ameaça. Diante disso, o juiz, suprimindo da inicial a referência à violência e à ameaça, condena o réu por furto simples. Há,

neste caso, *emendatio libelli*, já que o furto se encaixa na descrição do roubo. Defendendo-se de um roubo, defende-se o acusado de furto + violência/ameaça. Desta sorte, basta retirar de um roubo as circunstâncias “violência e grave ameaça” e já se tem caracterizada a subtração que tipifica o furto (Avena, 2017).

Muitos, hoje, como NORBERTO AVENA no último exemplo, tratam a *emendatio libelli* como se fosse uma desclassificação, não fazendo distinções entre uma coisa e outra; afinal, ‘desclassificar’ nada mais é do que deslocar de uma classe (jurídica/típica) para outra. Estritamente falando haveria distinção, mas também sem muitos efeitos práticos; na desclassificação o juiz rejeitaria parte da imputação, rejeitaria algum elemento ou circunstância fática para, em consequência, mudar a classificação jurídica. PACELLI & FISCHER esclarecem:

**Desclassificação:** Já o contrário pode ocorrer. Pode ser que a denúncia narre fatos que ultrapassam os elementos contidos no tipo penal resultante da *emendatio*: No exemplo anterior, suponha-se que a denúncia narre a subtração violenta da coisa, capitulando-a, porém, como hipótese de furto (art. 155, CP). Suponha-se, mais, que o juiz, entendendo não comprovada a violência, resolva aplicar aos fatos a sanção do crime de furto, tal como descrito, equivocadamente, na denúncia. Aqui, teria havido um erro na classificação (deveria ter sido capitulado o art. 157 e não o art. 155, relativo ao furto), já que efetivamente imputada a prática de subtração violenta da coisa (roubo e não furto). No entanto, não se trataria, a rigor, de *emendatio libelli*. Nesta, o juiz não pode modificar a descrição do fato contido na denúncia, nos termos do art. 383, CPP. A decisão de condenação significaria, então, hipótese de **desclassificação**, mediante a qual o juiz rejeita a existência de uma situação de fato, e, aí sim e só por isso, faz capitulação diversa daquela que deveria constar (mas não constou) da peça acusatória (Pacelli, et al., 2018).

Finalmente, há se considerar que não existe restrição quanto à aplicação da *emendatio libelli* em qualquer espécie de ação penal, mesmo que condicionada ou privada. Seja denúncia, seja queixa-crime, não concordando com a qualificação jurídica o juiz poderá aplicar o instituto.

## OPORTUNIDADE PARA EMENDATIO LIBELLI

O entendimento corrente, inclusive pela jurisprudência, é de que o momento adequado para o juiz aplicar a *emendatio libelli* é quando da sentença, não antes ou em outra oportunidade do procedimento criminal. “A uma porque o dispositivo que trata da *emendatio libelli* no CPP - art. 383 - está inserido no Título que trata da “sentença”. Em segundo lugar, ainda prevalece o entendimento de que, no processo penal, o acusado defende-se dos fatos que lhe são imputados, pouco importando a classificação que lhes seja atribuída” (Lima, 2018) – de maneira que não haveria razão para se antecipar essa análise que diz respeito somente à qualificação jurídica.

Destarte, o recebimento da peça acusatória não é o momento adequado para a apreciação do verdadeiro dispositivo legal violado, até mesmo porque o magistrado não fica vinculado à classificação do crime feita na denúncia (*narra mihi factum dabo tibi jus*). Exatamente por isso, segundo a doutrina majoritária, por ocasião do recebimento da peça acusatória, não deve o juiz alterar a definição jurídica do fato, pois há momentos e formas específicos para se corrigir a classificação legal incorreta (Lima, 2018).

Nesse sentido, precedente do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA. IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DA CAPITULAÇÃO NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. CONCESSÃO DE SURSIS PROCESSUAL: IMPOSSIBILIDADE. NÃO- APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 168-A, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. **Não é lícito ao Juiz, no ato de recebimento da denúncia, quando faz apenas juízo de admissibilidade da acusação, conferir definição jurídica aos fatos narrados na peça acusatória. Poderá fazê-lo adequadamente no momento da prolação da sentença**, ocasião em que poderá haver a *emendatio libelli* ou a *mutatio libelli*, se a instrução criminal assim o indicar. [...] (HC 87324, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 10/04/2007, DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007 DJ 18-05-2007 PP-00082 EMENT VOL-02276-02 PP-00217 RJSP v. 55, n. 356, 2007, p. 177-186)



A propósito: conforme o momento/etapa da persecução penal vai preponderar a capitulação jurídica dada por uma ou outra autoridade. Assim, tanto na lavratura do flagrante quanto no indiciamento, por exemplo, prevalece a capitulação da autoridade policial; se for o caso de oferecimento da denúncia e para efeito de acusação formalizada respeita-se a *opinio delicti* do Ministério Público; quando da sentença (se for o caso, usando da *emendatio libelli*), predomina o entendimento da autoridade judicial, que pode mudar a definição jurídica. O próprio tribunal ou as instâncias superiores podem proceder a uma nova classificação jurídica do fato. Se no começo da ação penal prevalece a opinião do Ministério Público, no final predomina o entendimento do Poder Judiciário, que dá a última palavra em relação a isso.

O Superior Tribunal de Justiça, a seu turno, tem precedente no sentido de que não é possível que o magistrado, ao receber a denúncia, altere a capitulação jurídica dos fatos a fim de justificar a inoccorrência de prescrição da pretensão punitiva e, conseqüentemente, viabilizar o prosseguimento da ação penal. No informativo 509, de 05/12/2012, consta a seguinte notícia:

**A verificação da existência de justa causa para a ação penal, vale dizer, da possibilidade jurídica do pedido, do interesse de agir e da legitimidade para agir, é feita a partir do que contido na peça inaugural**, que não pode ser corrigida ou modificada pelo magistrado quando do seu recebimento. Com efeito, ainda que se trate de mera retificação da capitulação jurídica dos fatos descritos na vestibular, tal procedimento apenas é cabível quando da prolação da sentença, nos termos do art. 383 do CPP (*emendatio libelli*). Quanto ao ponto, é imperioso destacar que, ainda que o acusado se defenda dos fatos narrados na denúncia, e não da definição jurídica a eles dada pelo MP, **não se pode admitir que, no ato em que é analisada a**

**própria viabilidade da persecução criminal, o magistrado se manifeste sobre a adequação típica da conduta imputada ao réu, o que, evidentemente, configura indevida antecipação de juízo de valor acerca do mérito da ação penal.** Dessa forma, havendo erro na correta tipificação dos fatos descritos pelo órgão ministerial, ou dúvida quanto ao exato enquadramento jurídico a eles dado, cumpre ao magistrado receber a denúncia tal como proposta, para que, no momento em que for prolatar a sentença, proceda às correções necessárias. Ressalte-se que a doutrina e a jurisprudência têm admitido em determinados casos a correção do enquadramento típico logo no ato de recebimento da exordial acusatória, mas somente para beneficiar o réu ou para permitir a correta fixação da competência ou do procedimento a ser adotado. Por outro lado, **não se pode admitir que o magistrado, em prejuízo ao réu e sem que exista erro grosseiro por parte do membro do *Parquet*, atue de modo a alterar os parâmetros da denúncia formulada, o que configura violação ao princípio dispositivo, desrespeito à titularidade da ação penal e antecipação do julgamento do mérito do processo.** Portanto, já transcorrido o lapso prescricional previsto para o crime imputado na denúncia quando do juízo de admissibilidade da acusação, é imperiosa a extinção da punibilidade do agente pela prescrição da pretensão punitiva estatal. Precedentes citados do STF: HC 89.686-SP, DJ 17/8/2007; do STJ: HC 103.763-MG, DJe 16/3/2009. RHC 27.628-GO, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 13/11/2012.

Temos de considerar que a classificação jurídica inicial operada pelo Ministério Público tem relevantes consequências dentro de um processo: define o procedimento a ser adotado (art. 394, CPP); traduz requisito objetivo para a concessão de benefícios penais, como transação e suspensão condicional do processo (arts. 76 e 89 da Lei 9.099/1995); demarca o prazo prescricional (art. 109 do Código Penal); estabelece sobre a admissibilidade de prisão preventiva e outras medidas cautelares (arts. 313, I e 283, § 1º do CPP) e ainda elege o juízo competente (se for uma infração penal de menor potencial ofensivo, por exemplo, deverá ser apurada no Juizado). Tudo isso sem falar de eventuais repercussões da *gravidade* abstrata do crime (art. 282, II, CPP), prevista como parâmetro de adequação das medidas cautelares.

Em outras palavras: dentro de um processo, o réu está submetido, dadas as várias consequências legais, à sorte do crime que lhe é imputado; isso tem tudo a ver com a gravidade da infração penal, que decorre da pena; esta, por sua vez, resulta da tipificação, da classificação jurídica.

Dito isso, é fácil perceber que eventual equívoco na definição jurídica da acusação pode implicar em sérios erros de ordem processual, além de prejuízos ao réu, em detrimento de seus direitos e garantias (legais e constitucionais). Um desacerto na denúncia, por exemplo, pode fazer com que o processo tramite por um juízo incompetente; pode fazer com que ao réu não seja proposta transação ou suspensão condicional do processo; enfim e sem esgotar as possibilidades, pode fazer com que seja preso indevidamente e o procedimento adotado não seja o previsto em lei.

Daí a razão de a jurisprudência permitir que o juiz, mesmo antes da sentença e de forma **excepcional** (quando a conclusão é evidente e independe de instrução probatória), proceda à *correta adequação típica dos fatos narrados na denúncia para viabilizar, desde logo, o reconhecimento de direitos do réu caracterizados como temas de ordem pública decorrentes da reclassificação do crime*. Nesse sentido, o Informativo 553:

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

*Emendatio libelli*, portanto é regra geral, somente quando da sentença. Deliberação judicial para mudar classificação jurídica antes disso, só muito excepcionalmente, “quando não depender de nenhuma dilação probatória, bastando, para tanto, a análise dos fatos na denúncia, *in status assertiones*, para verificar o erro na imputação. Ao contrário, se depender de revolver as provas existentes nos autos, não deverá o magistrado fazê-lo neste momento procedimental, sob pena de prematura análise, com riscos à efetividade do processo, em razão dos incidentes que gerará” (Lima, 2018).

É nessa linha a lição de ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES, que aponta a presença de 3 (três) vícios principais que podem macular a classificação e eventualmente exigir a sua correção:

**a) classificação atípica:** quando não há o tipo penal nela indicado. É muito difícil que o promotor ou o querelante crie um tipo novo, antes inexistente no ordenamento, como oferecer acusação por crime previsto em projeto não sancionado ou em medida provisória não convertida em lei. O que pode suceder é a classificação por crime banido do sistema normativo por lei posterior, sem ser possível enquadrar o fato em outro tipo remanescente. Nesses casos, o fato descrito é atípico e, por isso, o juiz deve rejeitar a denúncia ou queixa (CPP, art. 43, I) e, se não o fizer, o tribunal pode trancar o processo por falta de justa causa em processo de *habeas corpus*;

**b) classificação errônea:** ocorre erro quando falta correspondência entre o artigo de lei indicado na denúncia ou queixa e o fato narrado;

**c) classificação excessiva:** há abuso quando o promotor ou o querelante classifica o fato descrito em um tipo rigoroso em vez de situá-lo em outro menos grave e mais apropriado (Lima, 2018).

## JURISPRUDÊNCIA PERTINENTE

### Supremo Tribunal de Federal - STF

[...] 1. O acusado defende-se dos fatos descritos na denúncia e não de sua classificação jurídica. Precedente [...]. 2. Não configuram ilegalidade ou abuso de poder as hipóteses em que o juiz sentenciante, a partir de elementos decorrentes da instrução probatória, dá aos fatos nova definição jurídica, nos termos do artigo 383 do CPP (*emendatio libelli*). (STF – HC 134686 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO AG.REG. NO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. ROSA WEBER Julgamento: 05/10/2018).

[...] 2. O Supremo Tribunal Federal possui entendimento quanto à possibilidade de realização de *emendatio libelli* em segunda instância mediante recurso exclusivo da defesa, contanto que não gere *reformatio in pejus*, nos termos do art. 617 do Código de Processo Penal [...] (STF – HC 134872 / PR – PARANÁ HABEAS CORPUS Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 27/03/2018).

### Superior Tribunal de Justiça - STJ

[...] 2. Esta Corte, acompanhando entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, não admite *emendatio libelli* em momento anterior ao da prolação da sentença, exceto em situações excepcionais, quando a inadequada subsunção típica causar prejuízos ao réu, refletindo nos campos da competência absoluta, do procedimento a ser adotado ou, ainda, quando houver restrição a benefícios penais em razão de eventual excesso da acusação. 3. No

caso destes autos, fica esvaziada a discussão acerca de eventual nulidade decorrente da realização da *emendatio libelli* em momento inoportuno, uma vez que a sentença condenatória, após análise vertical e exauriente, submetida ao crivo do contraditório e da ampla defesa, proporcionou às partes o exercício das garantias constitucionais que definem o devido processo legal e oportunizou o debate acerca da correta capitulação jurídica da conduta imputada ao ora paciente, não se verificando, assim, a ocorrência de prejuízo que justifique a anulação do feito. 4. Habeas corpus não conhecido. (STJ - HC: 407295 AL 2017/0165452-1, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 03/09/2019, T5 - QUINTA TURMA).

[...] 3. Ainda que assim não fosse, nos termos do art. 418 do CPP, a *emendatio libelli* consiste na atribuição de definição jurídica diversa ao arcabouço fático descrito na inicial acusatória, ainda que isso implique agravamento da situação jurídica do réu, mantendo-se, contudo, intocada a correlação fática entre acusação e sentença, afinal, o réu defende-se dos fatos no processo penal. O momento adequado à realização da *emendatio libelli* pelo órgão jurisdicional é o momento de proferir sentença, haja vista que o Parquet é o titular da ação penal, a quem se atribui o poder-dever da capitulação jurídica do fato imputado. 4. Segundo a Corte local, o magistrado sentenciante não acrescentou fato novo a imputação penal, o que implicaria em *mutatio libelli*. Em verdade, "o Ministério Público, no sumário de culpa, em seu memorial, apercebendo-se que a qualificadora do inciso IV do § 2º do artigo 121 do Código Penal encontrava-se devidamente descrita na denúncia, apesar de nela não indicada, requereu fosse reconhecida por ocasião da pronúncia". 5. Desse modo, não há falar em nenhuma ilegalidade perpetrada contra o réu, muito menos em necessidade de abrir vistas à defesa, especificamente, para se pronunciar sobre a referida qualificadora, como se tratasse de *mutatio libelli*. 6. Habeas corpus não conhecido. (STJ - HC: 442758 SP 2018/0070307-6, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 19/03/2019, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/03/2019).

[...] 1. O momento adequado para se aplicar a *emendatio libelli* é ao tempo da prolação da sentença, porque o acusado se defende dos fatos narrados na denúncia, e não da capitulação legal nela contida, dotada de caráter provisório. 2. Em situações assemelhadas à dos autos e em caráter excepcional, a "jurisprudência e doutrina apontam no sentido da anuência com a antecipação da *emendatio libelli*, nas hipóteses em que a inadequada subsunção típica macular a competência absoluta, o adequado procedimento ou restringir benefícios penais por excesso de acusação" (HC n. 258.581/RS, de minha relatoria, 5ª T., julgado em 18/2/2016, DJe 25/2/2016). 3. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp: 1396890 RN 2013/0287639-7, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 02/10/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/10/2018).

[...] O órgão jurisdicional não tem competência para substituir-se ao Ministério Público, titular da ação penal pública, para o fim de retificar a classificação jurídica proposta. Nesse passo, dominante o entendimento que, em regra, o momento adequado para a *emendatio libelli* é o da prolação da sentença, não o recebimento da denúncia, em razão da topografia do art. 383 no CPP e do entendimento que o acusado defende-se dos fatos imputados, e não da classificação que lhes atribuem. Entrementes, jurisprudência e doutrina apontam no sentido da anuência com a antecipação da *emendatio libelli*, nas hipóteses em que a inadequada

subsunção típica macular a competência absoluta, o adequado procedimento ou restringir benefícios penais por excesso de acusação. [...] (HC 258.581/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2016).

## PROCEDIMENTO

Diferente da *mutatio libelli*, a *emendatio* não prevê uma forma de atuação do juiz na aplicação do instituto ou mesmo a necessidade de intimação ou oitiva prévia das partes. Basta olhar o art. 383 para perceber a lei não estabeleceu nenhum tipo de providência anterior à mudança da definição jurídica; simplesmente deve acontecer, de forma fundamentada, na sentença.

É majoritário o entendimento no sentido de que, na *emendatio libelli*, não há necessidade de se abrir vista às partes para que possam se manifestar acerca da nova classificação do fato delituoso. A justificativa para tanto é a de que, em sede processual penal, o acusado defende-se dos fatos que lhe são imputados e não da capitulação (princípio da consubstanciação). Assim, como não há alteração da imputação na *emendatio libelli*, mas mera correção de classificação mal formulada, acusado e defensor já teriam tido a oportunidade de oferecer resistência quanto à pretensão acusatória. A propósito, ao ser apresentado ao Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 4.207/2001, que deu origem à Lei nº 11.719/08, estabelecia a necessidade de oitiva das partes na proposta de nova redação do art. 383, § 1º, do CPP: "As partes, todavia, deverão ser intimadas da nova definição jurídica do fato antes de prolatada a sentença". Todavia, esse projeto foi modificado e, quando aprovado, a redação final dada ao art. 383 do CPP não previu a intimação das partes (Lima, 2018).

Não obstante, alguns autores, em posição minoritária na doutrina, defendem a necessidade de oitiva das partes antes da aplicação da *emendatio libelli*.

A permissão dada ao juiz para mudar a qualificação jurídica do fato não significa que possa fazê-lo, diretamente, sem qualquer comunicação às partes. Os princípios *iura novit curia* e *narra mihi factum, dabo tibi jus* apenas asseguram que o juiz pode alterar a capitulação dos fatos constantes da denúncia. Porém, outro princípio, o do contraditório, impõe-lhe a comunicação prévia às partes, antes de tomar uma decisão, ainda que se trate daquelas que podem ser tomadas de ofício. O respeito ao contraditório visa, também, a evitar surpresas às partes. O contraditório não se aplica apenas à matéria fática, principalmente aos dados probatórios, mas também diz respeito às questões de direito. [...] Embora o réu se defenda dos fatos imputados e não da classificação legal dos fatos, o certo é que o tipo penal exerce influência decisiva na condução da defesa, de forma que sua alteração poderia surpreendê-la (Badaró, 2000).



Afinal, o contraditório não é aplicável apenas às questões fáticas, notadamente quanto à produção da prova, mas também guarda relação com as questões de direito debatidas no curso do processo. Perfeitamente aplicável, nessa hipótese, o quanto disposto no art. 10 do novo CPC, que prevê que o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em *fundamento* a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Como o dispositivo não faz qualquer ressalva quanto à natureza desse *fundamento*, não se pode interpretá-lo de maneira restritiva. Logo, independentemente de sua natureza - questão de fato ou de direito -, ambas as partes devem ter a oportunidade de se manifestar quanto a ele (Lima, 2018).

Esse posicionamento minoritário, inclusive sugerindo a aplicação de dispositivo do Código de Processo Civil, acaba por 'fazer tábula rasa' das diferenças e peculiaridades do processo penal (de que falamos antes), colocando em segundo plano o *princípio da consubstanciação*. A jurisprudência do STJ permanece firme no entendimento majoritário:

PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL. MODIFICAÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU, A FIM DE ADEQUAR AS CONDUTAS IMPOSTAS AO PACIENTE A DELITO PREVISTO EM LEGISLAÇÃO ESPECIAL. EMENDATIO LIBELLI (ART. 383 DO CPP). **OPORTUNIZAÇÃO DO CONTRADITÓRIO. DESNECESSIDADE.** RÉU SE DEFENDE DOS FATOS. [...] 1. Nos termos do que dispõe o art. 383 do Código de Processo Penal, o Juiz pode alterar a classificação jurídica dos fatos descritos na inicial acusatória, desde que não os modifique, ainda que, em consequência, deva aplicar pena mais grave, **inexistindo cerceamento de defesa** em tal procedimento. 2. No caso, o Juízo de primeiro grau, baseado apenas nos fatos narrados na denúncia oferecida pelo Ministério Público, procedeu à adequação da legislação específica relacionada ao caso, configurando nítido caso de *emendatio libelli*, razão pela qual não há falar em ofensa ao princípio da correlação entre a acusação e a sentença. (HC 155.193/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 29/08/2012)

[...] Segundo o art. 383 do Código de Processo Penal, o juiz pode dar aos eventos delituosos descritos na inicial acusatória a classificação legal que entender mais adequada, procedendo à emenda na acusação (*emendatio libelli*), **sem que isso gere surpresa para a defesa**. (HC 411574, Rel. Min. Felix Fischer, publ. 13/10/2017)

Sustentando o pensamento contrário à oitiva das partes, vejamos as lições de PACELLI & FISCHER:

A sentença não é ato processual fracionado e nem fracionável, implicando, na verdade, a elaboração do pensamento e a articulação do raciocínio que se desenvolve a partir de uma imputação, de sua impugnação, das provas produzidas em juízo e da correta aplicação do direito cabível à espécie. Não se quebra, em etapas, o convencimento judicial. Com efeito, o juiz somente poderá sentenciar o processo quando já – e inteiramente – convencido acerca de suas conclusões. Do ponto de vista intelectual, a operação já se teria realizado antes de sua

formalização oficial nos autos. Há, portanto, incompatibilidade lógica na interpretação trazida pela citada doutrina. Para que houvesse o fracionamento da sentença, não poderia o juiz já estar convencido de sua decisão. E, de outro lado, se já convencido mentalmente, por que razão reabrir-se às argumentações? Não bastasse, pensamos que, tal como ocorre com a própria fixação da pena na sentença (na qual o juiz não antecipa às partes a dosimetria que irá utilizar!!), deve a defesa, a partir da precisa delimitação dos fatos, operar com todas as possibilidades de sua definição jurídica, não havendo razão alguma para limitar-se à capitulação feita na inicial. O exercício da ampla defesa impõe ao defensor técnico o dever das cogitações possíveis acerca do juízo de subsunção (adequação do tipo ao fato) a ser feito em relação à conduta imputada, até como questionamento essencial à questão de direito. Não pode ele se limitar à impugnação dos fatos; impõe-se-lhe, também, especular sobre o direito cabível (Pacelli, et al., 2018).

Para finalizar o tópico, os dois parágrafos do art. 383 do Código de Processo Penal merecem ser explicados, começando ‘de trás para a frente’ por razões didáticas:

§ 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos.

Simple, caso o juiz altere a classificação jurídica do fato na sentença e perceba, com isso, que a nova infração não é da sua alçada, deverá declinar da competência, encaminhando o processo para o juízo competente – nada mais lógico!

Eventualmente, a desclassificação provocada pela *emendatio libelli* pode importar em modificação de competência do juízo. Constatando tal hipótese, caberá ao juiz, fundamentadamente, realizar a desclassificação que caracteriza a *emendatio libelli*, sem, contudo, proceder ao juízo de condenação ou de absolvição. Essa decisão deverá ter sua fundamentação restrita à tipificação do crime, sem externar qualquer outro juízo de mérito tampouco pronunciar-se acerca da condenação ou absolvição. Não havendo juízo de condenação ou de absolvição, esse pronunciamento não pode, obviamente, ser caracterizado como uma sentença *stricto sensu*, mas sim como uma decisão interlocutória, ensejando, assim, impugnação por meio de recurso em sentido estrito previsto no art. 581, II, do CPP. Transitada em julgado essa manifestação, deverá o juiz ordenar a remessa do processo ao juízo agora considerado competente, para que lá tenha prosseguimento (art. 383, § 2.º, do CPP). É o caso, por exemplo, da desclassificação do crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006) para a forma privilegiada de oferecimento eventual e gratuito (art. 33, § 3.º, da Lei 11.343/2006). Sendo este último de competência do Juizado Especial Criminal, após efetuar

a desclassificação, caberá ao magistrado remeter o processo ao JECRIM, onde será realizada proposta de transação penal ou, não sendo esta viável, prolatada a sentença (Avena, 2017).

§ 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei.

Essa norma é no mesmo sentido de anterior Súmula do Superior Tribunal de Justiça (nº 337), que assim estabelece:

### **É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva.**

Em suma: seja porque o juiz não acolheu alguma imputação tal como proposta pela acusação, seja porque modificou a definição jurídica, antes de apreciar os fatos (julgando o mérito propriamente dito, para condenar ou absolver), deverá oportunizar o benefício da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/1995, mediante vista para o Ministério Público. AVENA explica e exemplifica:

E se o crime para o qual foi operada a desclassificação provocada pela *emendatio libelli* tiver cominada pena mínima abstrata igual ou inferior a um ano, possibilitando, em consequência, a suspensão condicional do processo a que alude o art. 89 da Lei 9.099/1995? Nesta hipótese, preceitua o art. 383, § 1.º, do CPP, que “o juiz procederá de acordo com o disposto em lei”. Em síntese, simetricamente à situação anteriormente analisada, deverá o magistrado criminal proferir, fundamentadamente, decisão desclassificatória e, antes de manifestar-se quanto à condenação ou absolvição, facultar vista ao Ministério Público quanto à possibilidade de ser efetivado ao acusado o *sursis* processual. Entendendo o *Parquet* não ser o caso de efetuar essa proposta (*v.g.*, pelos péssimos antecedentes do indivíduo), ou sendo ela efetuada pelo Promotor de Justiça e recusada pelo réu, retornarão os autos ao juiz para prosseguir sua decisão e decidir quanto à condenação ou absolvição do imputado. [...] Exemplo:

Considere-se que tenha sido o réu denunciado por roubo praticado mediante violência real causadora de lesões corporais graves (art. 157, § 3.º, do CP – pena: 7 a 15 anos). Suponha-se que, no curso da instrução, venha a ficar comprovado que não houve qualquer subtração ou tentativa de subtração do patrimônio da vítima pelo réu, reclamando-se a desclassificação do crime descrito de roubo para lesões corporais graves (art. 129, § 1.º, do CP – pena: 1 a 5 anos). A hipótese, evidentemente, não importa em qualquer acréscimo de circunstâncias ao fato descrito, caracterizando-se como *emendatio libelli* (roubo = subtração + lesões corporais – portanto, ao defender-se de roubo, já se defendeu o réu do crime de lesões). Ora, se tivesse atribuído a denúncia, desde o início do processo, o crime de lesões graves, teria sido possível ao Promotor de Justiça propor ao acusado a suspensão condicional do processo a que alude o art. 89 da Lei 9.099/1995, pois a pena mínima cominada a tal infração é de um ano. Considerando,

todavia, que a inicial atribuiu o delito de roubo, que tem apenamento mínimo de quatro anos, restou inviabilizada essa medida. Destarte, para não causar prejuízo ao réu, impõe-se que o magistrado, ao receber conclusos os autos para a sentença, proceda à desclassificação do crime de roubo para lesões graves, restringindo-se, contudo, ao aspecto da correta tipificação da conduta, isto é, sem qualquer juízo acerca da condenação ou absolvição. Depois de realizada essa desclassificação, deverá o juiz determinar vista do processo ao Ministério Público para que se manifeste quanto à possibilidade de propor ao acusado o *sursis* processual de que trata o art. 89 da Lei 9.099/1995 (Avena, 2017).

## EMENDATIO LIBELLI NAS INSTÂNCIAS SUPERIORES

Segundo o art. 617 do Código de Processo Penal, o instituto em referência pode ser aplicado perante os tribunais.

Art. 617. **O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.**

Este resumido artigo do CPP é bastante conhecido; não exatamente por prever a *emendatio libelli* (art. 383) para os tribunais, câmaras ou turmas, mas sim por estabelecer o princípio que veda a *reformatio in pejus*. “O princípio em tela consubstancia-se em proibição de revisão do julgamento do qual, sem haver recurso acusatório específico, resulte alteração prejudicial à situação do réu” (Pacelli, et al., 2018). É estudado, com mais propriedade, quando tratamos de recursos no processo penal. A premissa fundamental para sua possível incidência, é que o Ministério Público não tenha recorrido e impugnado a matéria passível de reforma que prejudique o réu.

De qualquer modo, a compreensão que resta, no que agora nos interessa, é que a *emendatio libelli* poderá ser aplicada pelos tribunais; afinal, eles também têm o *livre convencimento*, que não é exclusivo dos magistrados de primeira instância – desde que os acórdãos não importem em violação à *ne reformatio in pejus*.

Em outras palavras, em recurso exclusivo da defesa, ou mesmo se houver recurso da acusação sem a impugnação dessa matéria, não é permitido que o tribunal retifique a classificação constante da peça acusatória, se dessa correção puder resultar o agravamento da pena do acusado. Todavia, se, por força da *emendatio libelli*, puder resultar uma diminuição da pena do acusado, esta poderá ser feita independentemente de requerimento da defesa nesse sentido, já que vigora, no processo penal, o princípio da *reformatio in melius* (Lima, 2018).

[...] embora possível, a *emendatio libelli* em segundo grau sofre as mesmas limitações pertinentes aos efeitos devolutivos dos recursos, em geral. Vigê aqui a regra da proibição da *reformatio in pejus*, ou reforma para pior, segundo a qual o julgamento do recurso não poderá

ser mais desfavorável que a decisão de primeira instância, em relação à impugnação aviada exclusivamente pelo recorrente. Não havendo recurso do Ministério Público, o tribunal não poderá piorar a situação do acusado com base no recurso por ele interposto. Assim, ainda que o tribunal esteja autorizado a corrigir a capitulação do crime, da emenda não poderá resultar, nunca, aplicação de pena mais grave.

O STF, por meio de brilhante decisão da relatoria de Gilmar Mendes (HC 123251/PR), adotou uma interpretação bem ampla do que pode ser considerado *reformatio in pejus* no âmbito da *emendatio libelli*. Na ocasião, vedou a alteração da capitulação de furto qualificado para peculato, ainda que a pena não tivesse sido agravada. Fundamentou a decisão no fato de que o peculato é caracterizado como um crime contra a Administração Pública, e nessa espécie de delito é exigida a reparação do dano causado ou a devolução do produto do ilícito praticado para que haja progressão de regime. Mesmo que naquele caso concreto a condenação tenha determinado o regime aberto, sempre haveria a possibilidade de regressão de regime, quando, então, se concretizaria a alteração prejudicial ao réu. Em outro caso igualmente interessante, o mesmo Tribunal (e o mesmo relator) entendeu configurada a *reformatio in pejus* quando a dosimetria da pena foi agravada na primeira “fase”, ainda que a pena final tenha sido reduzida! Julgou-se que o aumento da reprovação na pena-base poderia provocar consequências negativas para o réu, por exemplo, o agravamento do regime inicial da reprimenda. Se no primeiro caso prestamos homenagens à decisão da Corte Suprema, o segundo nos parece mais problemático. Tratando-se de recurso exclusivo da defesa, não há como falar em agravamento do regime inicial já imposto na sentença, daí a impossibilidade de o réu se ver em situação pior do que já se encontrava. Contudo, a fundamentação do acórdão pode encontrar ressonância na possibilidade, ao menos em tese, de denegação da eventual suspensão condicional da pena (*sursis*) – visto que um dos requisitos que ela exige é a análise positiva de vários elementos que integram as “circunstâncias judiciais”, que por sua vez determinaram a fixação da reprimenda da pena-base. É o que se depreende do art. 77, II, do CP. Da mesma forma, é possível que a inovação na reprovação das circunstâncias mencionadas também impeça a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito, nos termos do art. 44, III, do CP (Pacelli, 2018).

Para finalizar, um exemplo de aplicação da *emendatio libelli* em 2ª instância:

[...] se o acusado for condenado em primeira instância pela prática de crimes contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/90, art. 1º, I, II e IV) e apropriação indébita previdenciária (CP, art. 168-A), dos quais tenha resultado um prejuízo equivalente a 2 milhões de reais, é perfeitamente possível que o Tribunal dê provimento à apelação interposta pelo Ministério Público para reconhecer a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 12, I, da Lei no 8.137/90,

haja vista a elevada quantia sonegada. Nesse caso, ter-se-ia hipótese de *emendatio libelli* (correção da inicial) e não de *mutatio libelli* (alteração do próprio fato imputado ao acusado), já que a denúncia mencionara explicitamente todos os fatos que deram ensejo à condenação do acusado. Logo, não haveria necessidade de aditamento da denúncia. Destarte, por ocasião do julgamento da apelação interposta pelo Ministério Público, seria perfeitamente possível que o Tribunal alterasse a definição jurídica dos fatos, ainda que isso importasse em aplicação de pena mais gravosa (Lima, 2018).

Note que, em razão da vedação à *reformatio in pejus*, no exemplo citado, caso o Ministério Público não tivesse apelado (devolvendo, então, o conhecimento dessa questão específica à instância superior), não poderia o tribunal reconhecer a causa de aumento e majorar a pena do réu.

## “MUTATIO LIBELLI”

Se a *emendatio* é a emenda na acusação (no sentido de se alterar apenas a classificação jurídica) a *mutatio libelli* é a mudança na acusação (no sentido de ser necessária a alteração dos fatos). Está prevista no art. 384 do Código de Processo Penal:

Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível **nova definição jurídica do fato**, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá **aditar** a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

Aplica-se também ao procedimento do júri, nos termos do art. 411 do CPP:

§ 3º Encerrada a instrução probatória, observar-se-á, se for o caso, o disposto no art. 384 deste Código.

Quem vai estudar a matéria somente com base na lei tem problemas! BADARÓ chama a atenção para a “absoluta imprecisão terminológica” da norma. Embora a *mutatio libelli* retrate situação em que deve ocorrer a alteração dos fatos imputados e não apenas a qualificação jurídica, o legislador utilizou o termo *definição jurídica do fato* – o que leva a equívocos e dificuldade na compreensão da matéria.

Ora, **o que é novo ou diverso é o fato e não apenas a sua classificação legal**. Alterando-se os fatos, normalmente, haverá alteração de sua definição jurídica, mas a mudança desta é apenas consequência da alteração fática. [...] sempre que haja alteração fática relevante, será necessário o aditamento da denúncia ou da queixa. Essa situação não se confunde, apesar da errônea redação da lei processual, com a hipótese em que mantendo-se inalterados os fatos, o juiz os qualifica de forma diversa. Assim, se não houve alteração fática, deverá o juiz aplicar o

art. 383. Porém, mudando os fatos imputados, o juiz terá de proceder da forma prevista no art. 384 (Badaró, 2000).

A expressão “nova definição jurídica do fato” é inadequada, pois sugere que o fato permanece inalterado, sendo apenas dada nova definição jurídica aos mesmos fatos. Esta, porém, é a hipótese prevista do art. 383 do CPP. O que o art. 384 disciplina é a situação em que há **alteração dos fatos objeto do processo**, e não de simples mudança da classificação jurídica. Por outro lado, excepcionalmente, é possível que ocorra *mutatio libelli* em razão de mudança fática, mas a qualificação jurídica permaneça inalterada. Por exemplo, quando em face de uma imputação inicial pela prática de homicídio culposo de trânsito, porque o acusado atropelou a vítima ao atravessar um cruzamento, sem olhar se havia alguém atravessando a rua, a instrução demonstra que, na verdade, o motorista, em virtude do excesso de velocidade, não conseguiu frear a tempo de evitar a colisão. Os fatos são diversos, embora ambos estejam subsumidos no mesmo tipo penal de homicídio culposo de trânsito. Ou, pode-se imaginar uma imputação de maus-tratos por sujeitar um menor a trabalho excessivo quando, na verdade, se descobre que houve abuso dos meios de correção ou disciplina. Mesmo assim, em qualquer dos exemplos, será necessária a alteração da acusação, imputando-se ao acusado os fatos diversos daqueles constantes originariamente na denúncia ou queixa (Badaró, 2017).

Em termos bem simples, o art. 384 retrata hipótese em que a acusação narra determinada situação fática e atribui uma correspondente classificação jurídica; após a instrução criminal, da análise das provas se percebe que a situação fática é outra, ou, não é bem aquela descrita. Para não violar o *princípio da correlação*, a acusação tem de ser corrigida/alterada (aditamento), o que, via de consequência, pode implicar na alteração da classificação jurídica.

Exemplo: suponha que João seja denunciado por **furto** (art. 155 do Código Penal). Isso porque, resumidamente, no dia tal, por volta de tal hora, teria clandestinamente pegado (subtraído), no calçadão do centro da cidade, a bolsa de Maria. Essa denúncia é recebida e o procedimento segue. Ao final, depois de produzidas as provas, descobre-se que, na verdade, João empunhou uma faca, ameaçou e obrigou Maria a entregar-lhe a bolsa. Evidentemente, não seria correto (*obrigatoriedade e indisponibilidade* da ação pública) o juiz julgar João pelo *furto* (afinal, não foi só uma subtração que ocorreu, houve uso de faca e grave ameaça); também não poderia o magistrado simplesmente condenar João por **roubo** (art. 157 do Código Penal), sem correção na imputação e sem dar a ele oportunidade de se defender quanto ao uso da faca e à existência de grave ameaça. Tal atitude violaria o *princípio da correlação*, o *contraditório* e a *ampla defesa*. A solução para o impasse, prevista em lei, é o dever de o Ministério Público *aditar a denúncia*, para efeito de, neste exemplo, alterar/acrescer a narrativa, atribuindo a grave ameaça e o uso da faca por parte de João. Só depois desse aditamento, após um procedimento previsto em lei (assegurando-se o *contraditório* e a *ampla defesa*), é que o juiz poderá, se for o caso, condenar João como incurso no tipo penal do art. 157 do Código Penal.

Esse instituto decorre do sistema acusatório, do princípio da inércia da jurisdição, na medida em que o juiz não deve tomar a iniciativa para apuração de fatos que não constam na imputação.

O art. 384 do CPP fala em *elemento ou circunstância*. **Elementar** é componente do tipo básico, dado essencial da conduta para caracterização da infração penal. No exemplo do furto, a subtração da coisa alheia móvel prevista no *caput* do art. 155 do Código Penal; no do roubo, além da subtração, a grave ameaça (prevista no *caput* do art. 157 do Código Penal). **Circunstância** é componente do tipo derivado, dado não essencial que se agrega ao tipo, que circunda o crime. No exemplo que demos não indicamos nenhuma circunstância, mas num furto poderia ser a prática *durante o repouso noturno*, o *rompimento de obstáculo* ou qualquer outra hipótese prevista nos parágrafos do art. 155 do Código Penal.

De destacar que a mudança fática pode se referir a elemento ou circunstância do crime. Elemento é aquilo que compõe o tipo penal. Já “circunstância” deriva de *circum stare*, estar ao redor de (do crime): está, portanto, fora do crime. Assim, há mudança de elemento do crime, quando a instrução demonstra que o ato libidinoso ocorreu não em razão de “grave ameaça” elemento do tipo do art. 213, mas “mediante fraude”, que é elemento do crime do art. 215. Por outro lado, a expressão circunstância, no art. 384, *caput*, deve ser entendida em sentido amplo, abrangendo as qualificadoras e causas de aumento de pena, por exemplo, se, no caso de um furto, descobre-se que o mesmo se deu com rompimento de obstáculo (Badaró, 2017).

Como ensina BITENCOURT, para se diferenciar uma elementar do tipo penal de uma simples circunstância, basta excluí-la, hipoteticamente: se esse raciocínio levar à descaracterização do fato como crime (atipicidade absoluta) ou fizer surgir outro tipo de crime (atipicidade relativa), estaremos diante de uma elementar. Se, todavia, a exclusão de determinado requisito não alterar a caracterização do crime, tratar-se-á de uma circunstância do delito. Exemplificando, no crime de peculato, a qualidade de funcionário público é uma elementar do delito, visto que, diante de sua ausência, haverá a desclassificação para apropriação indébita. Por outro lado, no furto, o fato de o delito ter sido praticado durante o repouso noturno autoriza a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 155, § 1º, do CP. Suprimido o repouso noturno, o tipo fundamental continuará o mesmo, ou seja, furto. Logo, trata-se de mera circunstância.

Destarte, surgindo prova de elementar ou circunstância não contida explicitamente na peça acusatória, deverá haver o aditamento, nos termos do art. 384, *caput*, do CPP. Importante frisar que a peça acusatória deve fazer menção explícita à elementar ou circunstância, já que não se admite imputação implícita. Antes da reforma processual de 2008, apesar da crítica da doutrina, o art. 384, *caput*, do CPP, sugeria a possibilidade de uma imputação implícita, já que fazia menção à circunstância elementar não contida explícita ou implicitamente na denúncia ou queixa. Com a nova redação conferida ao art. 384, *caput*, do CPP, pela Lei nº 11.719/08, foi suprimida essa previsão que admitia uma *imputação implícita*. A nova redação do dispositivo apenas menciona “elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação”. Absolutamente correta a alteração, já que a imputação deve ser clara, precisa e completa, sob pena de violação à ampla defesa.



Por fim, vale registrar que a necessidade de aditamento para fins de inclusão de elementar ou circunstância não contida explicitamente na peça acusatória não se aplica às circunstâncias agravantes em sentido estrito (CP, arts. 61 e 62) nos processos iniciados por meio de ação penal pública. Isso porque, por força do art. 385 do CPP, nos crimes de ação pública, o juiz pode reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada. A despeito da crítica de parte da doutrina quanto a esse dispositivo, tem sido admitido pelos Tribunais o reconhecimento de circunstâncias agravantes nos crimes de ação penal pública, ainda que nenhuma tenha sido arguida pela acusação. Portanto, conclui-se que, na visão dos Tribunais, a necessidade de aditamento na hipótese do surgimento de prova de circunstância não contida na peça acusatória aplica-se apenas às qualificadoras, privilégios, causas de aumento e de diminuição de pena, mas não às agravantes em sentido estrito dos arts. 61 e 62 do CP, já que tais circunstâncias sequer precisam constar da peça acusatória da ação penal pública, tal qual previsto pelo art. 385 do CPP (Lima, 2018).

Note que o art. 383 (*emendatio*) fala em *definição jurídica diversa*, ao passo em que o art. 384 (*mutatio*) refere a *nova definição jurídica do fato*. Pelo ponto de vista da lei, podemos concluir, então, que tanto a *emendatio* quanto a *mutatio* implicam em o juiz realizar uma capitulação jurídica diferente na sentença. É o ponto em comum dos institutos (mudança na *definição jurídica*) – mas, **qual a diferença entre eles?**

A diferença está em que na *mutatio libelli* a mudança da classificação jurídica tem como pressuposto a **alteração dos fatos**; A nova definição jurídica é apenas uma consequência da modificação dos fatos.

A imputação não corresponde com o que as provas mostram que efetivamente aconteceu, tendo desconformidade naquilo que lhe é mais essencial – o *fato criminoso* e suas *circunstâncias* (art. 41, CPP). O juiz não poderia julgar a ação dessa forma, sob pena de incorrer em violação à correlação ou gritante injustiça frente à realidade. O juiz, por si, não pode proceder à alteração dos fatos (em razão do *sistema acusatório*), de maneira que será necessário o aditamento da acusação, conforme reza o art. 384 do Código de Processo Penal.

	Ponto em comum	Diferença
<b><i>Emendatio libelli</i></b>	Classificação jurídica alterada pelo juiz – diferente da constante na acusação	Os fatos descritos correspondem à realidade (ao que as provas demonstraram) – <b>não precisa aditar</b>
<b><i>Mutatio libelli</i></b>	Classificação jurídica alterada pelo juiz – diferente da constante na acusação	Os fatos descritos <u>não</u> correspondem à realidade (ao que as provas demonstraram) – <b>precisa aditar</b>

Os exemplos, não obstante algumas divergências na interpretação, são importantes para a compreensão do tema. Seguem situações comuns, destacadas por AVENA, que costumam ocorrer na prática forense:

↳ **Desclassificação de estelionato para furto qualificado mediante fraude:** a hipótese é de *mutatio libelli*. Ocorre que, no estelionato, o agente emprega a fraude visando ao consentimento da vítima em aderir à conduta por ele pretendida. Já no furto qualificado mediante fraude, não há esse consentimento, sendo a fraude utilizada para distrair a vítima e possibilitar, dessa forma, que o indivíduo perpetre a subtração. Portanto, a desclassificação de estelionato para furto qualificado pela fraude importa em reconhecer o magistrado circunstância elementar pertinente ao furto, e não incorporada à descrição do estelionato – o dissenso da vítima em realizar o comportamento desejado pelo sujeito passivo. O oposto – desclassificação de furto qualificado pela fraude para estelionato – também importará em *mutatio libelli*, já que conduzirá o juiz a reconhecer o consenso da vítima com o desapossamento da res, circunstância esta não inserida na denúncia por furto.

↳ **Desclassificação de peculato para furto ou para apropriação indébita:** trata-se de *emendatio libelli*. Isso porque, atribuída a alguém a prática de peculato, em razão de crime patrimonial cometido no exercício da função pública, a simples supressão da circunstância “funcionário público” já faz surgir a figura do furto ou da apropriação. Não há, portanto, acréscimo de circunstâncias, na sentença, de que não tenha o réu se defendido, pois ao defender-se de peculato, automaticamente defendeu-se de subtração ou apropriação. A situação inversa – desclassificação de apropriação ou furto para peculato –, acarreta *mutatio*, já que exige o reconhecimento, pelo magistrado, de que a subtração ou apropriação fora praticada pelo agente na condição de funcionário público, não se encontrando esta circunstância elementar descrita na inicial acusatória.

↳ **Desclassificação de furto para receptação:** não há dúvidas de que o procedimento exige aplicação do disposto no art. 384 do CPP. Afinal, a conduta física de subtrair constante no art. 155 do CP é absolutamente diversa da conduta de adquirir, receber, ocultar e qualquer outra conduta similar do art. 180 do CP. Destarte, tal ordem de desclassificação importaria em considerar o magistrado, na sentença, fundamento da condenação, conduta diferente da descrita. Em síntese, ao defender-se de um furto, não se defendeu o réu de uma receptação. E a recíproca também seria verdadeira, fosse o caso.

↳ **Desclassificação de injúria para calúnia:** suponha-se que tenha a queixa-crime atribuído o delito de injúria ao querelado, aduzindo que este chamou o querelante de ladrão. Posteriormente, fica evidenciado pela prova dos autos que, em verdade, o acusado havia dito que o querelante *furtou seu aparelho celular*, tipificando-se, em tese, o delito de calúnia. A hipótese configura *mutatio libelli*, o que impede o magistrado de proceder à condenação por calúnia, pois, se assim o fizesse, estaria reconhecendo fato específico – *a falsa atribuição de furto do celular* –, conduta física esta da qual jamais se defendeu o réu.

↳ **Desclassificação de roubo para extorsão e vice-versa:** o roubo pressupõe o ato físico do agente de *subtrair coisa alheia móvel* mediante violência ou grave ameaça (art. 157 do CP). Já a

extorsão, ao contrário, consuma-se com a atitude do sujeito ativo que, mediante violência ou grave ameaça, *constrange a vítima à prática de um determinado comportamento*. Trata-se, como se vê, de situações distintas, não podendo o magistrado desclassificar uma conduta sem antes ter sido aplicado o regramento inserido ao art. 384 do CPP (*mutatio libelli*), com o objetivo de possibilitar ao réu defender-se das novas circunstâncias emergentes nos autos e que conduzirão ao novel entendimento do magistrado na sentença.

↳ **Desclassificação de furto qualificado para furto simples:** evidentemente, trata-se de mera *emendatio libelli*, caracterizada pelo simples afastamento da qualificadora imputada sem acréscimo, na sentença, de circunstâncias novas não descritas. O oposto – condenação por furto qualificado do acusado denunciado por furto simples – importaria em *mutatio libelli*, já que a sentença surpreenderia o acusado ao reconhecer circunstância não descrita na peça acusatória.

↳ **Desclassificação do crime do art. 33 da Lei 11.343/2006 para o tipo do art. 28 da mesma lei:** É acontecimento normal indivíduos acusados de porte de drogas para fim de tráfico defenderem-se com a alegação de que traziam a droga para consumo próprio. Nesse caso, surge a indagação: observados aspectos de competência, é possível ao Juiz condenar pelo art. 28 da Lei 11.343/2006 (porte de drogas para uso pessoal) indivíduo acusado pela prática da conduta do art. 33 da mesma lei (porte de drogas para mercancia), sem a prévia aplicação do art. 384 do Código de Processo Penal? Entendemos que nada impede a referida desclassificação quando a finalidade de uso pessoal da droga tiver sido a própria tese defensiva do réu. Caso isso não ocorra – imagine-se que a versão do acusado seja a de que a droga apreendida em seu veículo não lhe pertencia, tendo sido lá enxertada por desafetos –, reputamos indispensável a aplicação da disciplina do art. 384 do CPP, não sendo lícito ao juiz, sem isso, desclassificar a conduta do art. 33 para a conduta do art. 28 da Lei 11.343/2006, pois implicaria surpreender a defesa com o reconhecimento de um fim de agir (uso próprio da droga) diverso daquele incorporado à denúncia (comércio da droga). Independentemente, não podemos ignorar que o tema é polêmico, havendo substrato jurisprudencial para sustentar tanto a orientação no sentido de que a desclassificação em exame caracteriza *emendatio libelli* como o entendimento de que se trata de *mutatio libelli*. Para ilustrar, perceba-se que o STJ, no julgamento do Recurso Especial 1.445.469/RS (5.ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 18.08.2014), deliberou no sentido de que a hipótese envolve *emendatio libelli*. No entanto, pouco tempo antes, a mesma Turma esposou orientação diametralmente oposta no julgamento do Recurso Especial 1.435.727/RS (5.ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 16.06.2014), sustentando, na ocasião, tratar-se de situação que implica *mutatio libelli*.

↳ **Desclassificação de crime consumado para tentado:** essa situação implica *emendatio libelli*, já que tanto na hipótese de consumação quanto no caso de tentativa o agente inicia a execução da conduta descrita no verbo nuclear do tipo penal. A diferença está no fato de que, no

primeiro caso, todos os requisitos necessários à configuração típica são alcançados, ao passo que, no segundo, circunstâncias alheias à vontade do agente impedem que seja obtido o resultado desejado. Em uma linguagem simplista, é correto dizer que a conduta tentada cabe dentro da conduta consumada. Logo, a condenação por crime tentado de conduta descrita como crime consumado não acarreta qualquer prejuízo à defesa.

↳ **Desclassificação de crime tentado para consumado:** opera-se, nesse caso, hipótese inversa à referida no tópico anterior. Logo, trata-se de *mutatio libelli*. Isto porque, para condenar por crime consumado fato descrito na modalidade tentada, será necessário ao Juiz, em tese, acrescentar na sentença uma circunstância ou um elemento que não ensejou a defesa do réu, já que não estava descrito na inicial: o fato de ter sido alcançado o resultado buscado com a conduta. Logo, como dito, em regra essa situação acarreta *mutatio libelli*, exigindo-se, sob pena de nulidade, a adoção prévia das providências do art. 384 do CPP. Mas, atenção: se o novo enquadramento (de crime tentado para consumado) decorre de simples interpretação jurídica do mesmo fato descrito na inicial, o reconhecimento pelo juiz da consumação de crime atribuído sob a forma tentada caracterizará *emendatio libelli*, dispensando, portanto, aditamento da exordial e demais atos previstos no referido art. 384 do CPP. A título de exemplo, imagine-se que descreva a denúncia que, em determinado dia, horário e local, a agente, na condição de enfermeira particular da vítima, desta subtraiu um anel, escondendo-o entre seus pertences, fato este que apenas vem a ser descoberto horas depois por familiares da ofendida. Se, nesse caso, tiver o Ministério Público denunciado o delito na forma tentada, nada impede ao juiz de condenar a ré pelo crime consumado, pois, ao fazê-lo, não estará o Magistrado agregando novos elementos ou circunstâncias à descrição da denúncia, mas, simplesmente, interpretando juridicamente o mesmo fato de forma diversa da que o fez o Promotor (Avena, 2017).



Os exemplos e as situações são os mais variados e muitos deles dão margem a controvérsia; todavia, partindo da premissa de que há necessidade de modificação da capitulação jurídica, a pergunta para distinguir se é caso de *emendatio* ou *mutatio libelli* é uma só: **os fatos (elementos e circunstâncias) estão correta e integralmente descritos na acusação?** Se a resposta for positiva – *emendatio* (art. 383, CPP); negativa – *mutatio* (art. 384).

Essa mesma indagação é colocada em outros termos num exemplo de MADEIRA:

Imaginemos que Bill Wood esteja caminhando pela rua quando Diu, um famoso punquista da região, esbarra em Bill e leva sua carteira. Há dúvida doutrinária se este crime seria furto ou roubo. Imaginemos então, que o promotor denuncie Diu por furto. Poderá o juiz condená-lo por roubo sem ouvir ninguém no momento da sentença? Ou seja, sem que as partes se manifestem sobre isso? Primeiro verifiquemos como o sistema processual se apresenta na

solução deste caso e, depois, compreendamos as críticas ao sistema posto nos arts. 383 e 384 do CPP. A resposta para a questão acima passa por uma pergunta fundamental: **o que estava descrito na denúncia?** Se na denúncia constou que Diu esbarrou em Bill, isso significa que os fatos estão adequadamente descritos na denúncia. Uma vez que o acusado se defende dos fatos descritos na denúncia e não da classificação do crime, então o juiz poderá condená-lo, ainda que seja por crime mais grave, sem que ninguém precise ser ouvido ou a denúncia aditada. É a chamada *emendatio libelli* prevista no art. 383 do CPP. [...] Situação diversa ocorreria caso não constasse da denúncia o esbarrão de Diu em Bill, teríamos então a chamada *mutatio libelli*, prevista no art. 384 do CPP. Ora, como o acusado se defende dos fatos e não da classificação jurídica, então haveria necessidade de aditamento pelo Ministério Público do quanto contido na denúncia (Dezem, 2018).

## OPORTUNIDADE PARA MUTATIO LIBELLI

De acordo com o § 3º do art. 411 (relativo ao rito do júri) e conforme o art. 384 do CPP, o momento propício para aplicação do instituto é quando do encerramento da instrução probatória. Claro, é necessária a completa produção da prova para que se saiba, com alguma margem de segurança, que a descrição dos fatos na acusação está em desconformidade.

Por outro lado, a *mutatio libelli* não se aplica em segunda instância ou a nível recursal. Isso é o que se conclui pela omissão voluntária ao art. 384 na norma do art. 617 do CPP. Não bastasse, veja-se a Súmula 453 do Supremo Tribunal Federal:

**Não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa.**

A proibição serve para evitar que haja a *supressão de instância*, conforme explica BRASILEIRO:

[...] fosse possível sua aplicação em segunda instância, haveria supressão do primeiro grau de jurisdição, já que o acusado se veria impossibilitado de se defender quanto à imputação diversa perante o juiz de 1ª instância. Logo, se o art. 384 do CPP não foi aplicado no primeiro grau de jurisdição, não poderá haver o aditamento da peça acusatória em sede recursal, nem tampouco poderá o tribunal considerar fatos diversos daqueles constantes da imputação. Há, pois, uma limitação cronológica à *mutatio libelli*: não se admite a possibilidade de mudança da imputação em seu aspecto fático após o juiz proferir a sentença. [...] Na medida em que é vedada a *mutatio libelli* na segunda instância, se, no julgamento de uma apelação, o Tribunal concluir que surgiu no curso da instrução processual prova de elementar ou circunstância não contida

na peça acusatória, não tendo sido feito o aditamento, a consequência será a absolvição do acusado.

Pode-se cogitar de *mutatio libelli* nos tribunais somente em caso de foro por prerrogativa de função, justamente porque aí o réu seria julgado originariamente (não a nível recursal), não ocorrendo *supressão de instância*, como na hipótese de um Senador ser julgado perante o Supremo Tribunal Federal.

## FATO NOVO E FATO DIVERSO

Segundo a doutrina, a *mutatio libelli* só deveria ser utilizada na “situação em que, na instrução criminal, se descobre ou um aspecto diverso do fato imputado ou um dado fático desconhecido que altera o fato originário. É necessário que a alteração fática guarde relação com o fato originário. Não se enquadra em tal previsão a hipótese em que surja fato novo, totalmente diverso e divorciado do fato inicialmente imputado” (Badaró, 2000).

O **fato novo** é aquele que não se agrega àquele originariamente imputado; não tem relação com o fato inicialmente imputado, representando uma imputação autônoma, dissociada da primeira.

O **fato é novo** quando os elementos de seu núcleo essencial constituem acontecimento criminoso inteiramente diferente daquele resultante dos elementos do núcleo essencial da imputação, ou seja, o fato novo não se agrega àquele inicialmente imputado, mas o substitui por completo (v.g., furto/receptação).

De outro lado, o “**fato é diverso** quando os elementos de seu núcleo essencial correspondem parcialmente aos do fato da imputação, mas com o acréscimo de algum elemento que o modifique” (Lima, 2018). Cuida-se de uma “alteração fática provocada pela descoberta de aspectos diversos do próprio fato imputado. Deve existir uma relação, um liame, que una esses dados fáticos com o próprio fato imputado. Isso não quer dizer que, do ponto de vista do fato penalmente considerado, não possa surgir nova tipificação legal” (Badaró, 2000).

O que resulta da *mutatio*, ou o que pode dela resultar, limita-se, do ponto de vista causal e temporal, ao núcleo da conduta imputada, ou, quando nada, ao bem jurídico protegido no tipo. É dizer: o verbo ou a ação típica deve manter-se na nova definição do fato, assim como o objeto material atingido. Não se pode alterar completamente a imputação, como se o fato constante da peça acusatória não tivesse qualquer relevância. Não é disso que se trata (Pacelli, et al., 2018).

É para o fato diverso que se reserva a *mutatio libelli*, já que o art. 384 do CPP fala em *elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação*. “A referência aos elementos ou circunstâncias explicita a matéria reservada à *mutatio*, quando associada à infração penal. Trata-se de elementares ou de

circunstâncias que, embora não contidas na acusação, comporiam um novo tipo penal, normalmente mais amplo (na descrição) que aquele narrado na denúncia ou na queixa (na ação subsidiária da pública)”. “É preciso, então, que o novo elemento (ou circunstância) se agregue aos elementos básicos e essenciais narrados na peça acusatória”.

O (exemplo) clássico: (a) no furto, surge a prova de violência ou grave ameaça na subtração da coisa: impõe-se a *mutatio*, sob pena de se condenar por crime evidentemente menos grave. O problemático: (b) no furto, prova-se lícita a posse anterior da coisa, embora retida indevidamente pelo agente. Nesse caso, houve alteração radical: de uma subtração de algo que estava em poder de outro, alterou-se para a manutenção da coisa. Como se vê, são completamente distintas as ações de subtrair e de reter a coisa. No entanto, acreditamos também aqui possível a *mutatio*, em razão da identidade nuclear da coisa, objeto da retenção, de modo a permitir a alteração do furto para a apropriação indébita (Pacelli, et al., 2018).

ESCLARECENDO!



Tudo tem a sua lógica, perceba! Na *mutatio* não se estabelece um novo processo, a ideia é se aproveitar aquele já existente (inclusive com alguma economia processual) para viabilizar a correção ou o acréscimo de elementos ou circunstâncias na infração penal já imputada, mesmo que para isso a tipificação seja completamente alterada. Se as provas, inesperadamente, demonstram crime outro, dissociado daquele em apuração no processo (os fatos novos não se relacionam com os já atribuídos), o caminho é outro, passa pela iniciativa do Ministério Público em oferecer nova denúncia, dando início a um novo processo penal que, inclusive, deve ser distribuído e pode tramitar por outro juízo. O art. 40 do Código de Processo Penal, a propósito, disciplina a postura do juiz nesses casos:

Art. 40. Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.

## PROCEDIMENTO

O art. 384 do CPP e seus parágrafos, buscando resguardar o contraditório e a ampla defesa, preveem um procedimento para a *emendatio libelli*.

O *caput* fala no necessário aditamento, incumbência do Ministério Público que se verifica na imperatividade da locução *deverá aditar*. O ideal, portanto, é que isso aconteça espontaneamente, de ofício pelo *parquet*, evitando-se que o juiz interfira, de qualquer modo, na acusação.

[...] não há qualquer óbice a que seja tal aditamento realizado pelo Ministério Público *ex officio*, vale dizer, independente de provocação judicial, caso em que o Promotor de Justiça não ficará

sujeito a prazo algum para realizá-lo, bastando que o faça antes da sentença, conforme autorizado pelo art. 569 do CPP (Avena, 2017).

Em se tratando de *mutatio libelli*, o aditamento deve ocorrer sempre ✓, independentemente da pena cominada ao fato diverso, em respeito à correlação, ao contraditório e à ampla defesa.

A nova disciplina da correlação entre acusação e sentença, principalmente no que toca à *mutatio libelli*, reforçou sobremaneira o sistema acusatório. **A necessidade de aditamento da denúncia independe da quantidade de pena ou da gravidade dos fatos diversos surgidos** no decorrer do processo. Havendo alteração fática relevante, independentemente da pena aplicável a tal fato, deverá o acusador aditar a denúncia ou a queixa, para incluí-la na imputação e, só assim, poderá o juiz considerar tais fatos ao sentenciar. O problema não é de gravidade da pena, mas de conteúdo da imputação (Badaró, 2017).

A controvérsia na doutrina surge quando o Ministério Público não toma a iniciativa; nessa situação, a questão que se coloca é se o juiz poderia provocar o titular do órgão para que fizesse o aditamento. Parte da doutrina, aqui representada nas palavras de BADARÓ, entende que não existe mais (depois da alteração do art. 384 pela Lei 11.719/2008) o aditamento *provocado*:

O *caput* do art. 384 deixa claro que o aditamento da denúncia é **atribuição exclusiva do Ministério Público**, não podendo o juiz aditar a peça acusatória ou impor seu aditamento ao acusador. Ou seja, **não mais existe a possibilidade de aditamento provocado**, como ocorria anteriormente. Com isso, fica fortalecido o sistema acusatório, reforçando-se a exclusividade do Ministério Público como órgão de acusação, e preservando-se a imparcialidade do juiz, a quem caberá apenas julgar a acusação posta originariamente (segundo a denúncia) ou supervenientemente (por força de aditamento) pelo Ministério Público (Badaró, 2017).

Todavia, olha o que estabelece o § 1º do art. 384 do Código de Processo Penal:

§ 1º Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código.

Diante dessa previsão, muitos autores compreendem que persiste a possibilidade de aditamento provocado pelo juiz, pelo menos de modo 'parcial'. Nesse sentido:

[...] apesar de o juiz não poder baixar o processo a fim de que o Promotor de Justiça adite a peça acusatória, como estava previsto no revogado parágrafo único do art. 384 do CPP, ainda incumbe ao magistrado o exercício da função anômala de fiscal do princípio da



obrigatoriedade, podendo encaminhar os autos à Chefia do Ministério Público caso o órgão do Ministério Público de 1º instância não proceda ao aditamento. [...] Na verdade, apesar de a aplicação do art. 28 do CPP acarretar certo prejuízo à imparcialidade do magistrado, é sabido que essa função anômala exercida pelo juiz de fiscalização do princípio da obrigatoriedade é extremamente comum no âmbito processual penal, não apenas nos casos de não aditamento espontâneo pelo Promotor de Justiça, mas também nas hipóteses de controle judicial do arquivamento do inquérito policial e nos casos de recusa injustificada do oferecimento da proposta de transação penal ou de suspensão condicional do processo (Súmula nº 696 do STF) (Lima, 2018).

Havendo o aditamento e sendo este recebido, conforme reza a parte final do § 4º do art. 384, o juiz estará vinculado a essa segundo imputação, até para evitar acusação 'alternativa' em prejuízo da defesa do réu.

§ 4º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, **ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento.**

Se não houver aditamento (e o juiz não se utilizar do art. 28 do CPP) ou se o aditamento não for recebido (art. 395, CPP), segue o processo normalmente, tomando em conta a imputação originária, esta que delimitará a prestação jurisdicional.

**Vinculação do juiz ao aditamento:** Ora, a vinculação aqui mencionada não ultrapassa os limites já estabelecidos ao juiz no momento do oferecimento da denúncia, no sentido de impedir que o magistrado reconheça e aprecie fatos e circunstâncias não constantes da peça acusatória. [...] Assim, se feito o aditamento, os fatos ali contidos poderão ser apreciados na sentença; se não houver (aditamento), o juiz seguirá a imputação feita na denúncia (ou queixa). Em resumo, modificada a acusação, na *mutatio*, o juiz deve se limitar a ela (modificação), não se lhe permitindo quaisquer acréscimos não contidos no aditamento (Pacelli, et al., 2018).

Em outras palavras, havendo aditamento da denúncia por força da *mutatio libelli*, o fato imputado passará a ser exclusivamente o fato superveniente, que substitui o fato originário. Nessa linha, como aduz BADARÓ, "se o juiz condenar o acusado pelo fato originário, estará proferindo uma sentença *extra petita* e, conseqüentemente, viciada pela nulidade absoluta, tal qual ocorre com qualquer sentença que viole a regra da correlação entre acusação e sentença" (Lima, 2018).

NORBERTO AVENA entende diferente, aceitando a teoria da imputação alternativa superveniente:

Preceitua o art. 384, § 4.º, *in fine*, que, com o aditamento, ficará o juiz, na sentença, adstrito aos respectivos termos. Isto quer dizer, apenas, que não poderá o juiz reconhecer

circunstâncias outras que, ausentes na inicial, também não tiverem sido objeto do aditamento. Nada lhe impede, porém, de julgar o indivíduo pela prática do delito exposto na inicial, e não pelo crime objeto do aditamento, pois, de qualquer sorte, houve defesa a respeito do mesmo. Exemplo: considere-se que tenha sido o agente denunciado por furto. No curso da instrução, surgida a prova de violência, houve aditamento pelo Ministério Público, atribuindo o crime de roubo (art. 384, caput). Após vista à defesa (art. 384, § 2.º), suponha-se que tenha o magistrado recebido o aditamento, inquirindo as novas testemunhas arroladas, realizando debates e proferindo sentença. Nada obsta que, nessa oportunidade, entenda o magistrado por condenar o réu por furto, que era a imputação inicial, e não por roubo, que foi o objeto do aditamento, pois houve, no caso, possibilidade de defesa em relação a ambas as imputações. Aplica-se aqui, enfim, a **teoria da imputação alternativa superveniente**, incidente na hipótese de *mutatio libelli* quando, diante de aditamento da denúncia pelo Ministério Público em decorrência de novos elementos ou circunstâncias surgidos na fase instrutória do processo criminal, uma nova imputação é feita ao réu, permitindo-se ao juiz, no momento da sentença, optar por julgá-lo com base na imputação original ou pela que sobreveio com o aditamento. Outro exemplo: o Ministério Público denuncia alguém pelo crime de furto, sobrevindo, após, evidências no sentido de que ocorreu, na verdade, uma apropriação indébita. Diante disto, o MP, com fulcro no art. 384 do CPP, adita a denúncia, atribuindo o delito de apropriação. Neste cenário, haverá, dentro do processo, duas imputações alternativas – furto ou apropriação indébita, podendo o juiz absolver o réu ou condená-lo por qualquer delas (Avena, 2017).

Quanto aos possíveis **recursos** em relação a essas situações, vejamos a lição de AVENA e BRASILEIRO:

Compreendendo-se, na atual concepção do art. 384 do CPP, que ainda seja possível ao juiz determinar vista dos autos ao Ministério Público para fins de aditamento quando constatar a possibilidade de nova definição jurídica do fato, tal pronunciamento será irrecorrível, pois dele não decorre qualquer sucumbência. É que tal manifestação do juiz não possui natureza jurídica de uma decisão, no sentido técnico do termo, sujeita à preclusão ou a trânsito em julgado. Apelável, isto sim, será a sentença do juiz exarada após, seja pelo crime objeto do aditamento (caso tenha sido este realizado), seja pelo delito originariamente imputado ao réu (na hipótese de recusa do Ministério Público ao aditamento e da concordância do Procurador-Geral de Justiça com essa posição) (Avena, 2017).

O que pode a parte fazer se o magistrado rejeitar o aditamento à peça acusatória? Qual o recurso cabível? A resposta à indagação passa, obrigatoriamente, pela análise do momento processual em que ocorrer a rejeição do aditamento à peça acusatória. Se a rejeição do aditamento ocorrer por meio de decisão interlocutória não temos dúvida em afirmar que o meio de impugnação será o recurso em sentido estrito, por meio de interpretação extensiva do

art. 581, I, do CPP. De modo diverso, caso a rejeição do aditamento da peça acusatória seja feita em sede de sentença, condenatória ou absolutória, o recurso cabível será o de apelação. Atente-se para o (ato de que, por força da Lei nº 11.719/08, o Código passou a prever uma audiência una de instrução e julgamento (CPP, arts. 400 e seguintes). Logo, é possível, pois, que esse aditamento ocorra na própria audiência - note-se que o art. 384, *caput*, do CPP, fala em redução do aditamento a termo, quando feito oralmente - do que se infere a possibilidade de aditamento na própria audiência. Supondo, assim, que o aditamento tenha sido feito no curso da audiência una de instrução e julgamento e que, após rejeitá-lo, profira o magistrado sentença absolutória ou condenatória, há de se concluir pelo cabimento do recurso de apelação, ainda que se queira recorrer apenas contra a rejeição do aditamento. Isso porque, segundo o art. 593, I, do CPP, caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular. Ademais, quando cabível a apelação, não poderá ser usado o recurso em sentido estrito, ainda que somente de parte da decisão se recorra (CPP, art. 593, § 4º) (Lima, 2018).

Ainda dentro do procedimento da *mutatio libelli*, a lei resguardou o contraditório e a ampla defesa, especialmente pelas previsões do § 2º do art. 384 do CPP:

§ 2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento.

Veja-se que, grosso modo, o aditamento representa uma quase completa renovação do procedimento. Com imputação nova, manifestação da defesa, reabertura da instrução e interrogatório.

Antes do juízo de admissibilidade do aditamento deve ocorrer o contraditório; a manifestação da defesa, nessa oportunidade, vai se aproximar muito da resposta à acusação prevista no art. 396-A do CPP.

Uma vez ouvida a defesa, haverá um juízo de admissibilidade sobre o aditamento da peça acusatória. Com efeito, ao se referir à admissão do aditamento, o § 2º do art. 384 do CPP deixa claro que o magistrado tem 02 (duas) opções: receber ou rejeitar o aditamento. Portanto, o magistrado não é obrigado a receber o aditamento, podendo rejeitá-lo, caso entenda presente uma das hipóteses do art. 395 do CPP. O próprio § 5º do art. 384 confirma esse entendimento, ao prever que, não recebido o aditamento, o processo prosseguirá normalmente, com base na imputação originária. Recebido o aditamento da peça acusatória, o juiz deve designar dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento. De acordo com o art. 384, § 4º, havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias.

Apesar de o § 4º do art. 384 prever que, havendo aditamento, a parte poderá arrolar até 3 testemunhas, é certo que poderá ser requerido qualquer tipo de prova. Note-se que o art. 384, § 4º, do CPP, estabelece que, havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias. A redação do dispositivo é um pouco dúbia, já que parece referir-se à abertura de novo prazo de 5 (cinco) dias para que as partes possam arrolar testemunhas. Tendo em conta que a reforma processual de 2008 teve como um de seus escopos imprimir maior celeridade ao procedimento, não faz sentido a reabertura de novo prazo para apresentação das provas pretendidas pelas partes se cada uma delas já teve a oportunidade de se manifestar. Na medida em que a lei já confere o prazo de 5 (cinco) dias para o aditamento (CPP, art. 384, *caput*), e mais 5 (cinco) dias para a oitiva da defesa (CPP, art. 384, § 2º), as provas pretendidas pelas partes devem ser especificadas nessas oportunidades, sob pena de preclusão. Mesmo que as partes não requeiram a produção de qualquer tipo de prova, subsiste a necessidade de designação de nova data para a continuação da audiência de instrução e julgamento. Afinal, diante dessa imputação superveniente, será imprescindível a realização de novo interrogatório do acusado, a fim de que possa exercer a autodefesa (direito de audiência) sobre o fato diverso objeto do aditamento, com ulterior alegações orais e decisão do magistrado (Lima, 2018).

Estabelece ainda o art. 384 do Código de Processo Penal, o seguinte:

§ 3º Aplicam-se as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 383 ao *caput* deste artigo.

Já estudamos essas situações quando falávamos da *emendatio libelli*. É o caso de aplicação da suspensão condicional do processo e de alteração da competência em razão da nova imputação – isso deve ser observado, quando for o caso. Muitos defendem, inclusive, que também a transação deve ser assegurada quando se tratar de desclassificação para infração penal de menor potencial ofensivo.

## MUTATIO NAS AÇÕES PENAIS PRIVADAS

“É majoritário o entendimento no sentido de que a *mutatio libelli* só pode ser feita nos crimes de ação penal pública (incondicionada e condicionada) e nas hipóteses de ação penal privada subsidiária da pública, recaindo sobre o Ministério Público a legitimidade para o aditamento da peça acusatória” (Lima, 2018).

Diferentemente da *emendatio*, a *mutatio libelli* somente se aplica para as ações penais públicas e privadas subsidiárias da pública (não se aplicam para as demais modalidades de ação penal privada por ausência de previsão legal) (Dezem, 2018).

Esse entendimento é baseado em interpretação de parte da redação do *caput* do art. 384 do Código de Processo Penal:

Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar **a denúncia ou queixa**, no prazo de 5 (cinco) dias, **se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública**, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

Ora, ao se referir à queixa que deu causa à instauração do processo penal em crime de ação penal pública, é de se concluir que o dispositivo refere-se à ação penal privada subsidiária da pública. Logo, não seria possível a *mutatio libelli* em crimes de ação penal exclusivamente privada ou privada personalíssima (Lima, 2018).

A questão não é pacífica<sup>☹</sup>; tem muita gente sustentando o contrário: a possibilidade de *mutatio libelli* nas ações penais privadas.

Na ação penal exclusivamente privada, por aplicação analógica do art. 384, *caput*, deve ser admitido o aditamento da queixa pelo querelante, desde que seja realizado dentro do prazo decadencial (Badaró, 2017).

Na reforma introduzida ao CPP pela Lei 11.719/2008, persistiu, no *caput* do art. 384, o impasse jurídico já verificado na legislação anterior, qual seja, o fato de que se refere tão somente ao aditamento pelo Ministério Público da denúncia ou da queixa subsidiária – “(...) o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública (...)”. Diante disso, parte expressiva da doutrina considera que não há a possibilidade de aplicação da *mutatio libelli* na ação penal privada exclusiva, o que implicaria violação aos princípios da oportunidade e disponibilidade que informam essa natureza de ação. Apesar da interpretação literal do art. 384, efetivamente, conduzir a esse entendimento, sempre compreendemos que, por analogia à faculdade inerente ao Promotor de Justiça nos crimes de ação pública, também na ação privada exclusiva é de se conferir ao querelante igual faculdade, possibilitando a ele o aditamento da queixa, desde, é claro, que ainda não decorrido o prazo decadencial de seis meses contado da ciência do fato ou de sua autoria (Avena, 2017).

[...] tal como ocorre com o Ministério Público, o querelante também pode vir a tomar conhecimento de elementares ou circunstâncias apenas no curso da instrução processual, daí por que não se pode negar a ele a possibilidade de proceder ao aditamento. A título de exemplo, suponha-se que, no curso de processo penal instaurado por meio de queixa-crime que imputara ao acusado o crime de calúnia (CP, art. 138, *caput*), surja prova de que o delito teria sido cometido na presença de várias pessoas, circunstância esta não contida na peça acusatória e que autoriza o aumento da pena em 1/3 (um terço), nos termos do art. 141, III, do CP. Nesse caso, pensamos ser plenamente possível o aditamento da queixa-crime, observado, evidentemente, o prazo decadencial (Lima, 2018).

'Emendatio'

'Mutatio'



Art. 383 do CPP (respeito à correlação)

Art. 384 do CPP (respeito à correlação)

O fato (elementos/circunstâncias) está descrito na acusação

O fato (elementos/circunstâncias) não está descrito na acusação

Não depende de aditamento

Depende de aditamento

Definição jurídica alterada pelo juiz

Definição jurídica alterada pelo juiz, mas como consequência da alteração fática

Pode acontecer em qualquer grau de jurisdição

Não pode acontecer em grau recursal (Súm. 453/STF)

Pode viabilizar suspensão condicional do processo e alteração da competência

Pode viabilizar suspensão condicional do processo e alteração da competência

## TEMAS ESSENCIAIS DE DIREITOS PENAL

### PRESCRIÇÃO

Prescrição é a causa extintiva da punibilidade decorrente da inércia estatal por determinado lapso temporal. Envolve a perda do direito de punir do Estado ou de executar uma punição imposta. O Estado perde a pretensão concreta de punir quem praticou uma infração penal, devido à sua inação por determinado período.

A prescrição é um instituto ligado à necessidade de segurança jurídica, evitando que o sujeito passe toda a sua vida sem saber se será eventualmente punido por uma conduta praticada nos anos iniciais de sua existência. Utilizando um exemplo de um conto grego, evita-se que o poder de punir do Estado penda, tal qual a espada em relação à cabeça de Dâmocles<sup>35</sup>, sobre o indivíduo, que fica sem saber se condutas praticadas em um passado remoto algum dia ensejarão a sua punição na esfera criminal.

Também representa uma limitação ao Estado, dando-lhe um prazo para investigação e punição do delito. Mesmo porque o interesse social de punir o delito existe enquanto este está vivo na memória popular, especialmente se considerarmos a função preventiva da pena. Referida função, seja geral (demonstrar a todos que a prática de crime leva à imposição de uma sanção, funcionando como reafirmação da vigência da lei e coagindo todos à obediência), seja individual (aplicando a sanção ao agente para que ele seja ressocializado e para que não reincida), possui mais relevância se a punição não demorar muito tempo para sua efetivação.

Além disso, o passar do tempo torna mais difícil a produção de provas, levando o fato delituoso ao esquecimento. Testemunhas falecem, o exame de corpo de delito vai se tornando cada vez mais improvável de ser realizado, os próprios elementos de prova vão se dissipando.

São, portanto, **fundamentos a justificar o reconhecimento da prescrição** como causa extintiva da punibilidade, de acordo com Cezar Bitencourt:

- Enfraquecimento do quadro probatório;
- Inconveniência de aplicação da sanção penal muito tempo depois da prática da infração penal;
- Combate à ineficiência do Estado;
- Esquecimento do fato.

A prescrição deve ser reconhecida **de ofício** pelo juiz, pois, extinta a punibilidade, não há mais razão para continuidade do processo penal. Ao contrário do Direito Privado, não há possibilidade de o acusado renunciar à prescrição. Observado o transcurso do prazo prescricional, o magistrado deve pronunciá-lo de ofício:

Art. 61. Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.

---

35 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte Geral. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 873.



Quando um crime for pressuposto, elemento constitutivo (crime complexo) ou circunstância agravante de outro, a extinção da punibilidade dele **não influi** na outra infração penal. Além disso, mesmo que um crime já tenha prescrito, ele pode ser considerado pelo juiz para se agravar a pena de outro devido à conexão existente entre eles. É o que determina o artigo 108 do Código Penal:

Art. 108 - A extinção da punibilidade de crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro não se estende a este. Nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agravação da pena resultante da conexão.

Tal raciocínio também deve ser seguido no caso de crimes que possuam outro que lhe seja antecedente, como no caso da receptação e da lavagem de dinheiro. O fato de o crime anterior já ter prescrito não impede o reconhecimento do delito posterior.

No caso das penas restritivas de direito, o prazo prescricional **será o mesmo** das penas privativas de liberdade. É o que determina o parágrafo único do artigo 109 do Código Penal:

Parágrafo único - Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade.

Ademais, o artigo 118 do Código Penal reza que as penas mais leves prescrevem com as mais graves:

Art. 118 - As penas mais leves prescrevem com as mais graves.

**Se houver concurso de crimes, os prazos prescricionais deverão ser considerados de forma individualizada.** Os delitos serão considerados individualmente. Por isso, o juiz deve efetuar a dosimetria dos delitos de forma separada e, após estabelecer a pena de cada infração, realizar o cálculo decorrente do concurso.

A regra abrange os casos de concurso material e de concurso formal. A pena isolada de cada um, em seu máximo previsto de forma abstrata, servirá para a estipulação do prazo prescricional, assim como para a incidência do prazo e a extinção da punibilidade em relação a cada um deles. É o que determina o artigo 119 do Código Penal:



Art. 119 - No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente.

No caso de continuidade delitiva, o aumento decorrente do reconhecimento do próprio crime continuado não deve ser utilizado para a estipulação do prazo prescricional. É o que entende o Supremo Tribunal Federal, conforme a Súmula 497:

Súmula 497

Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação.



A regra é a **prescritibilidade**, ou seja, todos os crimes estão sujeitos à prescrição. Existem, entretanto, hipóteses de **imprescritibilidade** previstos na nossa Constituição, que determina um tratamento mais gravoso para determinados delitos.

Vejamos o que diz a Constituição em seu artigo 5º, incisos XLII e XLIV:

XLII - a **prática do racismo** constitui crime inafiançável e **imprescritível**, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

(...)

XLIV - constitui crime inafiançável e **imprescritível** a **ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático**;

São, portanto, **crimes imprescritíveis** (e inafiançáveis):

- **Crime de racismo;**
- **Crimes praticados por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático.**

Os crimes de racismo estão previstos na Lei nº 7.716/89, sendo que as razões para sua punição com maior rigor dizem respeito à busca do constituinte pela construção de uma sociedade igualitária. Em uma sociedade formada com base na escravidão de indígenas e negros vindos da África, a discriminação social, que é algo grave e abjeto, deve ser coibida com rigor, demonstrando que a República Federativa do Brasil não compactua com o tratamento discriminatório e preconceituoso contra os seus cidadãos.

Referida lei não se limita a punir o racismo baseado em raça, cor ou etnia, mas também abrange o preconceito e a discriminação por motivos religiosos ou de procedência nacional. O STF

decidiu que inclui, ainda, a homotransfobia. Houve, portanto, uma interpretação do termo racismo para abranger preconceito e discriminação por diversos fatores, como se nota do artigo 1º da Lei 7.716/89:

Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Conquanto o termo racismo pareça mais atrelado ao preconceito e à discriminação referentes à etnia ou à cor da pele do indivíduo, a lei, que foi promulgada para definir os crimes resultantes de preconceito de raça e de cor, foi além, cuidando também de preconceito ou discriminação decorrentes da origem ou por motivo religioso.

Segue trecho de acórdão do STF em que fica clara a interpretação do que é o racismo, mencionado na Constituição, deve ser realizada nos moldes da Lei 7.716/89, e não de forma a limitá-lo a questões apenas de cor, de raça e de grupos étnicos:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE RACISMO RELIGIOSO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. IMPRESCRITIBILIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL EXPRESSA. LIVRO. PUBLICAÇÃO. PROSELITISMO COMO NÚCLEO ESSENCIAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. 1. Não se reconhece a inépcia da denúncia na hipótese em que a tese acusatória é descrita com nitidez e o acusado pode insurgir-se, com paridade de armas, contra o conteúdo veiculado por meio da respectiva peça acusatória. 2. Nos termos da jurisprudência do STF, "a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social" (HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003), de modo que o conceito jurídico associado ao racismo não pode ser delineado a partir de referências raciais ancoradas em compreensões científicas há muito superadas. Assim, a imprescritibilidade de práticas de racismo deve ser aferida segundo as características político-sociais consagradas na Lei 7.716/89, nas quais se inserem condutas exercitadas por razões de ordem religiosa e que se qualificam, em tese, como preconceituosas ou discriminatórias. (...)" (RHC 134682/BA, Rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma, Julgamento: 29/11/2016).

Deste modo, as condutas previstas como crime na Lei 7.716/89 devem ser consideradas imprescritíveis, como interpretação dada pela Suprema Corte ao termo racismo, previsto na nossa Constituição.



Neste ponto, cumpre analisar uma importante questão. A Lei nº 9.459, de 1997 alterou o Código Penal, adicionando uma forma qualificada do crime de injúria. Cuida-se do delito de injúria qualificada por racismo, também denominada de injúria racial. Consiste na injúria, crime contra a honra subjetiva do sujeito passivo, com elementos de raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de violência. Referida qualificadora está prevista no artigo 140, § 3º, do Código Penal:

#### Injúria

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

(...)

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena - reclusão de um a três anos e multa.

O advento deste crime fez grande parte da doutrina diferenciar o racismo, conduta criminalizada por meio da Lei 9.459/1997, da injúria racial, prevista no artigo 140, caput e parágrafo terceiro, do Código Penal.

O **racismo** é o crime imprescritível, que se configura, por exemplo, quando alguém impede ou obsta o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos, por motivos de discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência racial. São condutas que promovem o tratamento discriminatório por motivos inaceitáveis, como a origem étnica do indivíduo.

A **injúria racial**, por sua vez, passou a ser compreendida como a conduta do sujeito que imputa uma qualidade negativa à vítima, desde que haja emprego de elementos referentes à raça, cor, étnica, origem, religião ou condição de pessoa com deficiência. Assim, o sujeito que usa um termo depreciativo contra um judeu, por exemplo, praticando uma ofensa à autoestima do sujeito, sua honra subjetiva, pratica o crime de injúria qualificada por racismo. Para esta doutrina, a injúria racial, crime diverso do racismo, é prescritível, já que não foi mencionado como uma das exceções da Constituição para a ocorrência da prescrição.

Assim já julgou o STF no seguinte precedente:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE INJÚRIA QUALIFICADA POR RACISMO. PRESCRIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. CÔMPUTO DA PENA EM ABSTRATO COM CAUSA DE ACRÉSCIMO PARA CONCESSÃO DE SURSIS. INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO E PENA MÍNIMA PARA CONCESSÃO DE SURSIS. ORDEM INDEFERIDA. O réu responde aos fatos que lhe são imputados, não à eventual capitulação destes. Não-acolhimento do parecer da Procuradoria-Geral da República, a qual, omitindo-se acerca do conteúdo racial da injúria explicitamente apontado na queixa-crime, opina pelo reconhecimento da prescrição. **Na espécie, a queixa-crime abrange o crime de injúria qualificada por racismo (art. 140, § 3º, do Código Penal). Prazo prescricional de oito anos.** As causas de acréscimo devem ser consideradas em adição à pena em abstrato, para efeito de concessão de suspensão condicional do processo. Precedentes. A Lei dos Juizados Especiais Federais, ao estipular que são infrações de menor potencial ofensivo aquelas cuja pena máxima não seja superior a dois anos, não produziu o efeito de ampliar o limite, de um para dois anos, para o fim da suspensão condicional do processo. Ordem de habeas corpus indeferida.” (HC 86452/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, Julgamento: 07/02/2006).

Ainda que o acórdão não deixe explícito que a injúria racial é um crime sujeito à prescrição, fica claro que a Segunda Turma do STF entendeu que o prazo, de 8 anos de prescrição, ainda não havia escoado. Deste modo, **o entendimento do Supremo Tribunal Federal, naquele processo, foi de que o crime de injúria racial se submete ao prazo prescricional.**

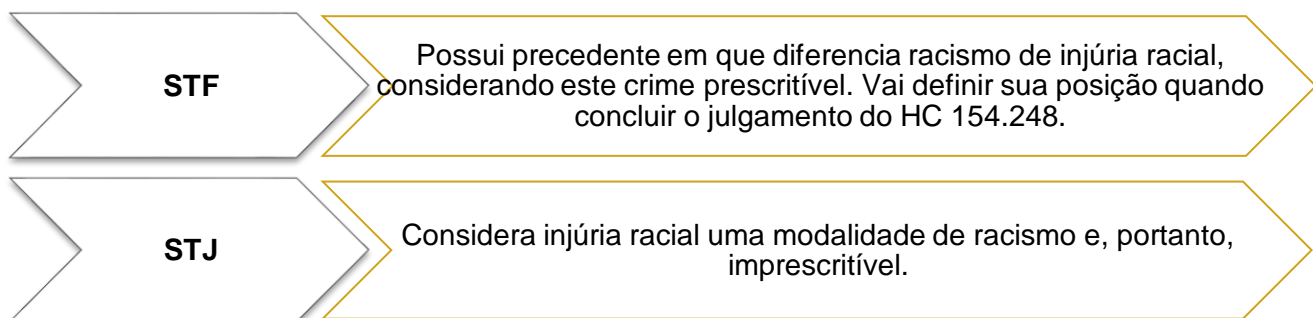
Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça **tem entendido de forma diferente**, classificando o crime de injúria qualificada pelo racismo como uma nova modalidade de racismo e, deste modo, também abrangida pela determinação constitucional de imprescritibilidade. Neste sentido:

“PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TEMPESTIVIDADE COMPROVADA. AGRAVO CONHECIDO. INJÚRIA RACIAL. CRIME IMPRESCRITÍVEL. OFENSA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA. MATÉRIA ANALISADA, EM CASO ANÁLOGO, PELO STF. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO E INDEFERIDO O PEDIDO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. 1. Comprovada a republicação da decisão de inadmissão do recurso especial, é reconsiderada a decisão que julgou intempestivo o agravo. **2. Nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte, com o advento da Lei n.9.459/97, introduzindo a denominada injúria racial, criou-se mais um delito no cenário do racismo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão** (AgRg no AREsp 686.965/DF, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em

18/08/2015, DJe 31/08/2015). 3. A ofensa a dispositivo constitucional não pode ser examinada em recurso especial, uma vez que compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal o exame de matéria constitucional, o qual já se manifestou, em caso análogo, refutando a violação do princípio da proporcionalidade da pena cominada ao delito de injúria racial. 4. Agravo regimental parcialmente provido para conhecer do agravo em recurso especial mas negar-lhe provimento e indeferir o pedido de extinção da punibilidade.” (AgRg no AREsp 734236/DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 08/03/2018).

**Esclarecimento mais aprofundado:** O STF chegou a manter julgados do STJ em que se considerou a injúria racial imprescritível. Entretanto, não parece que a Corte tenha entrado no mérito. No julgamento da Reclamação 31132/DF, em 20/03/2019, de Relatoria do Ministro Barroso, da 1ª Turma, constou que “Condenado o recorrente por infração ao art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, sobre o qual incide cláusula de imprescritibilidade, nos termos do art. 5º, XLII, da Constituição Federal, não há que se falar em prescrição.” Entretanto, é uma transcrição do que julgou o STJ. O STF não analisou a questão. No HC 142583/DF e no ARE 983.531/DF, considerou-se que a matéria é infraconstitucional. Por isso, ainda que haja opiniões em sentido contrário, a leitura detida dos julgados e dos votos mostra que o Supremo não enfrentou a questão diretamente, mas manteve a posição do STJ ou por considerar que a matéria é infraconstitucional, ou por outras questões prejudiciais. O STF definirá sua posição quando concluir o julgado do HC 154.248, suspenso por ora.

Assim, podemos elaborar a seguinte diferenciação:



Visto o crime de racismo, cabem algumas breves considerações sobre o crime de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Há um mandado, na Constituição, de criminalização de referida conduta. Para alguns doutrinadores, o comando constitucional estaria atendido pela Lei 7.170/83, que define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social. Outros, entretanto, questionam a validade de referida lei, proveniente dos tempos da ditadura militar.

Há, com o intuito de cumprir o mandamento constitucional, o Projeto de Lei 6.674, originado no Poder Executivo e encaminhando à Câmara dos Deputados no ano de 2002. Propõe-se a inclusão, no Código Penal, do Título XII, denominados “dos crimes contra o Estado Democrático de Direito”. Busca-se a revogação da Lei 7.170/83, com a criação do seguinte tipo penal: “Art. 374. Praticar, por meio de grupos armados, civis ou militares, atos contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.” Entretanto, cuida-se apenas de **projeto de lei**, ainda em tramitação no Congresso Nacional.

Por fim, **no âmbito do Direito Internacional**, cumpre destacar que o Brasil aderiu ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI). Deste modo, a República Federativa do Brasil passou a reconhecer a competência desta Corte Internacional para julgamento de crimes de maior gravidade e que afetem a comunidade global em seu conjunto.

O Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, promulgou o Estatuto do TPI, cuja competência está definida no seu artigo 5º:

#### Artigo 5o

##### Crimes da Competência do Tribunal

1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:

**a) O crime de genocídio;**

**b) Crimes contra a humanidade;**

**c) Crimes de guerra;**

**d) O crime de agressão.**

2. O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121 e 123, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas.

Para os referidos crimes, o Estatuto de Roma criou a regra da imprescritibilidade em seu artigo 29:

#### Artigo 29

##### Imprescritibilidade

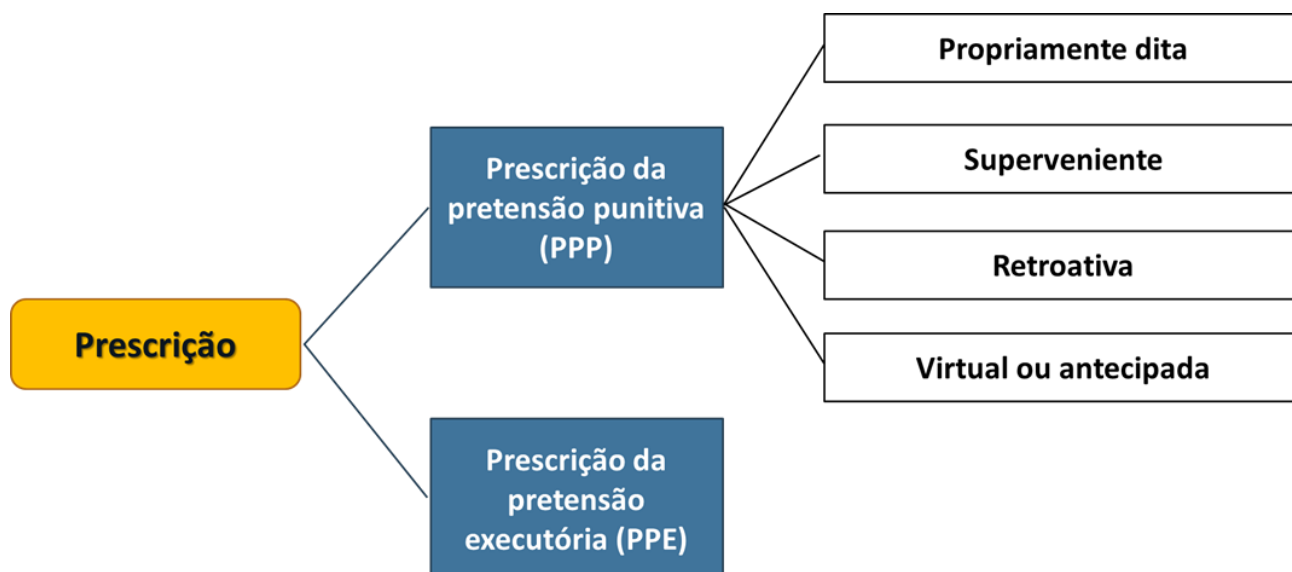
**Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem.**

Deste modo, no âmbito do Direito Penal Internacional, há a previsão de imprescritibilidade para todos os delitos de competência do Tribunal Penal Internacional, com sede na Haia, nos Países Baixos.

Entretanto, alguns doutrinadores entendem que referida previsão não encontra guarida na Constituição, já que não está compreendida nas exceções à regra de que todos os crimes são prescritíveis. Cuida-se de matéria controversa na doutrina, sendo que, do ponto de vista de previsão em tratados internacionais, pelo texto do Estatuto de Roma, deve-se ter em vista que os crimes compreendidos na competência do TPI são imprescritíveis.

Vistas as hipóteses de imprescritibilidade, cabe reforçar que a regra é de que toda infração penal se submete à prescrição.

A prescrição, causa de extinção da punibilidade por inércia do Estado, possui várias modalidades:



A principal classificação diferencia a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória:

- **Prescrição da pretensão punitiva:** ocorre antes do trânsito em julgado da sentença, extinguindo o direito de punir do Estado.
- **Prescrição da pretensão executória:** ocorre após o trânsito em julgado da sentença para a acusação, impedindo o Estado de executar a punição (pena ou medida de segurança).

Passaremos, então, à análise de cada uma delas, separadamente, em capítulos próprios.

Entretanto, antes, cabe um pequeno registro sobre as medidas de segurança. Estudaremos esta espécie de sanção penal, inclusive no que se refere às regras de prescrição, mais adiante.

Registro, entretanto, que o STF tem precedente (HC 107.777) diferenciando o prazo de prescrição da pretensão punitiva, que deve ser calculada com base na pena máxima cominada abstratamente ao delito, e da prescrição da pretensão executória, calculada no limite máximo de duração, antes de 30 anos e, com a Lei 13.964/2019, alterado para 40 anos. O STJ, por sua vez, tem adotado o prazo prescricional com base na pena máxima prevista em abstrato para o delito, sem diferenciar prescrição da pretensão punitiva e da pretensão executória (RHC 30915, HC 182.973 e HC 121.726).

## PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

A Prescrição da Pretensão Punitiva é a causa extintiva da punibilidade **que impede a própria formação do título executivo pelo Estado, dada sua inércia por determinado período de tempo**. Esta modalidade de prescrição ocorre antes do trânsito em julgado, de forma que não há sequer a imposição definitiva de sanção penal ao acusado e, em alguns casos, ainda nem se iniciou o processo penal.

A ocorrência da prescrição da pretensão punitiva (PPP) impede o início ou a continuidade do processo penal. A prescrição, como visto acima, deve ser declarada de ofício pelo juiz. Deste modo, assim que se constata a prescrição do caso concreto, o trâmite do processo penal deve ser encerrado, com a declaração da extinção da punibilidade. Se, oferecida a denúncia, já se verificar o decurso do prazo prescricional, a peça inicial da acusação deve ser rejeitada, por não haver punibilidade.

Esta modalidade de prescrição impede a própria formação do título executivo definitivo do Estado, o que quer dizer que não há sentença penal transitada em julgado. Deste modo, o indivíduo não será julgado inocente ou culpado, ao final do processo, pois será declarada a extinção da punibilidade.

Por conseguinte, **o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva afasta tanto os efeitos principais quanto os efeitos secundários da condenação**. Não haverá a imposição de sanção penal, seja ela uma pena, seja uma medida de segurança. Além disso, o fato fulminado pela prescrição da pretensão punitiva não ensejará, por isso, a reincidência do agente, já que não haverá sentença condenatória definitiva a fundamentar este efeito penal secundário.

Em se tratando de consulta pública, o caso em que houve o reconhecimento desta modalidade de prescrição não pode constar da folha de antecedentes. Essa informação só deve constar da folha de antecedentes que for fornecida **mediante requisição judicial**.

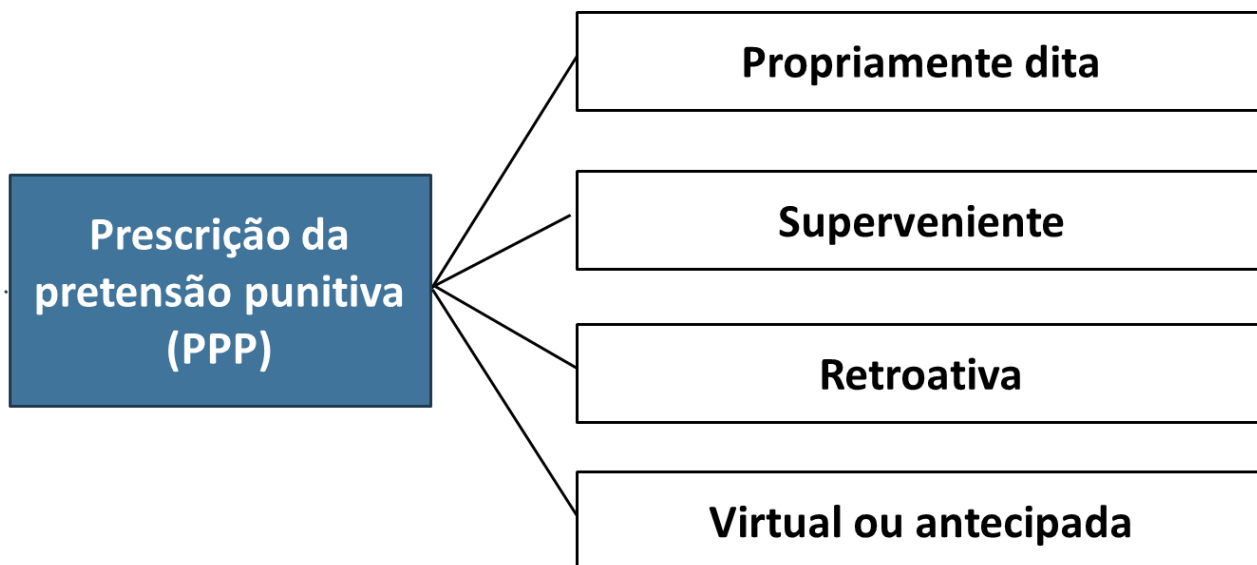
De forma diferente da prescrição da pretensão executória, a modalidade referente à punitiva impede o exame do mérito da ação penal. Por isso, se reconhecida anteriormente, o juiz não condena nem absolve o culpado, pois a extinção da pretensão punitiva é prejudicial em relação



ao próprio objeto da ação penal, sendo declarada de ofício assim que constatada (Ressalvo que a extinção da punibilidade é uma das causas de “absolvição sumária”, entretanto, referida fase processual abrange hipóteses não tratadas no artigo 386 do Código de Processo Penal como de absolvição propriamente dita).

A prescrição da pretensão punitiva possui diferentes modalidades, conforme o termo inicial e final do seu prazo, variando também a sua base de cálculo. A base para o cômputo do prazo prescricional pode ser a pena máxima cominada abstratamente ao delito ou a pena aplicada pelo juiz no caso concreto, a depender da espécie de PPP.

São as modalidades de prescrição da pretensão punitiva: a PPP propriamente dita, a PPP superveniente, a PPP retroativa e a PPP virtual. Esta ramificação pode ser melhor vista abaixo:



Passaremos, agora, ao estudo de cada uma das formas de prescrição da pretensão punitiva.

## PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA PROPRIAMENTE DITA

A prescrição da pretensão punitiva propriamente dita é a extinção da punibilidade, por decurso do prazo em que o Estado permanece inerte, calculada com base no **limite máximo da pena prevista em abstrato para o delito**. Considera-se o máximo da pena que foi estabelecida pelo legislador.

O direito de punir do Estado, o *ius puniendi*, desaparece antes mesmo de ser imposta a pena pelo juiz, mesmo que provisoriamente na primeira instância. O acusado, então, não deve ser condenado nas custas processuais. A fiança deve ser devolvida integralmente ao acusado<sup>36</sup>.

Está prevista no artigo 109 do Código Penal, que traz os parâmetros para a fixação do prazo prescricional para cada infração penal. Há vários prazos prescricionais estabelecidos na lei conforme o limite máximo da pena prevista de forma abstrata no preceito secundário do tipo penal. Vejamos o que diz o dispositivo:

Art. 109. A prescrição, **antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1o do art. 110 deste Código**, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

O artigo 109 do Código Penal estabelece que a prescrição ali tratada, que se regula pelo máximo da pena prevista para o delito, se refere aos casos em que não houve o trânsito em julgado. O dispositivo faz ressalva ao parágrafo único do artigo 110, que cuida da prescrição após o trânsito em julgado para a acusação ou depois do improvido do seu recurso.

Segue um quadro com a relação entre a pena máxima prevista em abstrato para o delito e o prazo prescricional estabelecido pelo Código Penal:

---

<sup>36</sup> No mesmo sentido: BRASILEIRO, Renato. Manual de processo civil: volume único. 8 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1179. CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 8ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2020, p. 400.

Pena máxima	Prazo prescricional
Inferior a 1 ano	3 anos
De 1 a 2 anos	4 anos
De mais de 2 a 4 anos	8 anos
De mais de 4 a 8 anos	12 anos
De mais de 8 a 12 anos	16 anos
Superior a 12 anos	20 anos

Destaco que o prazo mínimo de prescrição, para os crimes cuja pena máxima em abstrato é inferior a um ano, **foi alterado pela Lei 12.234, de 5 de maio de 2010. Antes desta data, o prazo mínimo era de 2 anos**, sendo que a alteração, em decorrência do princípio da legalidade e do seu corolário da anterioridade, determina que o prazo de 3 anos só pode ser aplicado aos delitos cometidos após a data de entrada em vigor da lei alteradora.

CURIOSIDADE



Apesar de se tratar de delito da legislação penal extravagante, cumpre destacar que **o crime de posse de droga para consumo pessoal possui prazo próprio para cálculo da prescrição**. O artigo 30 da Lei 11.343/06 estipula que a imposição e a execução das penas previstas para o delito do artigo 28 do mesmo diploma legal prescrevem em dois anos. Como o dispositivo menciona imposição e execução, trata tanto da prescrição da pretensão punitiva quanto da prescrição da pretensão executória. Vejamos o teor do artigo 30:

Art. 30. Prescrevem em 2 (dois) anos a imposição e a execução das penas, observado, no tocante à interrupção do prazo, o disposto nos arts. 107 e seguintes do Código Penal.

Como dito acima, a prescrição da pretensão punitiva propriamente dita leva em conta a pena máxima prevista de forma abstrata para o delito. Como não há pena imposta ao indivíduo, leva-se em conta a maior pena que pode ser aplicada no caso, sem análise do mérito, apenas considerando qual a pena mais alta que pode ser calculada pelo juiz em relação à conduta de que se acusa o indivíduo.

Eventual qualificadora deve ser considerada. A forma qualificada estipula uma pena abstrata diversa para o caso de sua configuração, com novas balizas máxima e mínima. Deste modo, é o

limite máximo próprio do delito qualificado que deve ser utilizado como parâmetro para o estabelecimento do prazo prescricional daquele caso.

As majorantes são levadas em conta para se fixar o prazo prescricional do caso. Neste caso, pode haver uma fixação de um mínimo e máximo para o aumento. Por exemplo, nas hipóteses do roubo majorado, previsto no artigo 157, § 2º, do Código Penal, o legislador estabeleceu que a pena deve ser aumentada de um terço até metade. Em casos como esses, como se estabelece o limite máximo para a estipulação do prazo prescricional?

- ✓ **Qual a fração de aumento de pena deve ser considerada para fixação do prazo de prescrição da pretensão punitiva, no caso de incidência de uma majorante?**

Se o indivíduo é acusado ou investigado em relação à prática de um delito majorado, deve-se considerar o maior aumento possível. No caso de incidir uma minorante, ou uma causa de diminuição de pena, considera-se a menor diminuição possível. É o que determina **a teoria da pior das hipóteses**, já que o cálculo deve encontrar a maior pena possível abstratamente cominada ao delito.

Por exemplo, no caso do roubo majorado por concurso de duas ou mais pessoas, a pior hipótese possível para o acusado da prática deste crime é o aumento de metade, ou seja, o maior aumento previsto na lei. Com base na pena máxima calculada com incidência da causa de aumento no maior grau, estabelece-se o prazo da prescrição da pretensão punitiva. Como a pena é do roubo é de até 10 anos de reclusão, o aumento de metade implica em uma sanção de 15 anos como pior das hipóteses. Deste modo, o cálculo prescricional será feito com base em uma pena máxima de 15 anos, levando ao prazo de 20 anos para a prescrição, nos termos do artigo 109, I, do CP.

Por sua vez, as circunstâncias judiciais, as agravantes e as atenuantes não são consideradas no cálculo. As circunstâncias judiciais, previstas no artigo 59 do Código Penal, devem ser consideradas na primeira fase da dosimetria para fixação da pena-base pelo juiz. Já as agravantes e atenuantes incidem na segunda fase do cálculo, na qual se estabelece a pena intermediária. Para o cálculo da prescrição, não são levadas em conta.

Ainda que da leitura da peça acusatória, o juiz verifique que a conduta praticada pelo agente implica o reconhecimento de uma agravante, esta conclusão não influenciará no parâmetro utilizado para fixação da prescrição. De igual modo, as circunstâncias do artigo 59 não devem ser consideradas para tal finalidade.



Entretanto, **a chamada menoridade relativa e a senilidade são consideradas por força de lei**. No caso do menor de 21 anos de idade, ao tempo do crime, e do maior de 70 anos, à época da sentença, os prazos prescpcionais devem ser reduzidos pela metade. Deve-se lembrar, aqui, que se considera o crime

praticado ao tempo da ação ou da omissão do agente, em decorrência da adoção do princípio da atividade pelo Código Penal. Referida redução dos prazos pela metade está prevista no artigo 115:

Redução dos prazos de prescrição

Art. 115 - São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, **ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.**

No caso do redutor de senilidade, há sua incidência se a idade de 70 anos de idade for implementada ao tempo da **primeira condenação**, seja ele em primeiro grau ou no julgamento de recurso. Neste sentido:

“(...) 4. "A jurisprudência desta Casa se assenta na orientação de que a redução do prazo prescricional à metade, com base no art. 115 do Código Penal, **aplica-se aos réus que atingirem a idade de 70 anos até a primeira condenação**, tenha ela se dado na sentença ou no acórdão, situação que não ocorreu na hipótese" (AgRg nos EDcl no AREsp 491.258/TO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 26/02/2019). 5. Agravo regimental não conhecido. (...)” (STJ, AgInt no AREsp 1361717/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 29/03/2019).

Vale mencionar que a idade de 70 anos deve ter sido atingida ao tempo da primeira condenação, não havendo redução do prazo se a idade for implementada quando de julgamento de recurso interposto da sentença condenatória:

“(...) 3. Por expressa previsão do art. 115 do CP, são reduzidos pela metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, na data da sentença, maior de 70 anos. O termo sentença deve ser compreendido como a primeira decisão condenatória, seja sentença ou acórdão proferido em apelação (...)” (STJ, HC 316110, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 01/07/2019).

**No caso de concurso de crimes**, como já visto, a prescrição deve ser considerada em relação a cada uma das infrações penais, de forma isolada, como prevê o artigo 119 do Código Penal:

Art. 119 - No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente.

Com relação ao termo inicial do prazo da prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, o Código Penal estipulou as regras para o início da sua fruição. No caso do crime consumado, em regra, o início do prazo é o da consumação. Se for tentado, conta-se da data do último ato de execução, ou, nos termos da lei, com a cessação da atividade criminosa.

No caso dos crimes permanentes, cuja consumação se protraí no tempo, o prazo só começará a correr quando cessada a permanência. Para os crimes de bigamia e falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, a lei prevê prazo diferenciado, em razão da dificuldade de esses crimes serem desvendados em pouco tempo. Para referidos crimes, o termo inicial é a data em que o fato se torna conhecido, ou seja, o dia em que que seja descoberta a bigamia ou a falsificação ou alteração do assentamento de registro civil.

O artigo 111 do Código Penal é o que prevê o **termo inicial** da prescrição da pretensão punitiva propriamente dita:

Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:

I - do dia em que o crime se consumou;

II - no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;

III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;

IV - nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.

V - nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal.

**A prescrição possui causas suspensivas.** A suspensão determina que o prazo deixe de fluir, ficando paralisado. Com o fim da suspensão, a prescrição volta a correr de onde parou.

Deste modo, se o prazo prescricional é de 10 anos e, ao completar 4 anos do prazo, sobrevém uma causa suspensiva, o prazo ficará congelado nos 4 anos já corridos. Cessada a causa de suspensão do prazo, este voltará a fluir, reiniciando-se nos 4 anos em que havia sido suspenso e correndo pelos 6 anos restantes.

As causas suspensivas da prescrição estão previstas no artigo 116 do Código Penal, com a redação dada pela Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019:

Art. 116 - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:

I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;

II - enquanto o agente cumpre pena no exterior;

III - na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis; e

IV - enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal.

Parágrafo único - Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo

Entendo que as modificações só podem ser aplicadas para os **crimes cometidos após o início da vigência da Lei**, já que a prescrição tem natureza penal, por limitar o poder de punir. Deste modo, as novas hipóteses, previstas nos incisos III e IV do artigo 116, só podem ser aplicadas aos crimes cometidos a partir de 23 de janeiro de 2020. Vale mencionar que o inciso II só teve sua redação modificada, sem alteração de conteúdo da norma que dele se extrai.

**Inciso I:** Da leitura do dispositivo, percebe-se que a prescrição não corre enquanto, em outro processo, não for resolvida questão de que depende a existência do crime. Cuida-se da chamada questão prejudicial.

**Inciso II:** Também há suspensão do prazo prescricional no caso de o agente estar cumprindo pena no exterior. A alteração da Lei 13.964/2019 foi meramente terminológica, trocando a expressão “no estrangeiro” por “no exterior”. A eficácia jurídica é a mesma, razão pela qual não há que se falar de aplicação da modificação no tempo.

**Inciso III:** Foi inserido pelo Pacote Anticrime, aplicando-se para os delitos cometidos após o início de sua vigência. A prescrição não corre durante a pendência de embargos de declaração, bem como de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis. Ou seja, deve-se analisar a não admissibilidade dos recursos para que haja a suspensão do prazo prescricional. A não admissibilidade significa que o recurso não passou pelo juízo de admissibilidade, ou seja, não se analisou o mérito<sup>37</sup>. Entendo, ainda, que o fato de a prescrição não correr se os recursos forem inadmissíveis é pressuposto tanto dos recursos aos Tribunais Superiores quanto dos embargos de declaração. Pensemos que, caso haja erro do juízo no cálculo da pena, por exemplo, os embargos são admissíveis e, então, o acusado não deu causa a este incidente. A ideia que rege

---

<sup>37</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 62-63. No mesmo sentido, só admitindo a suspensão da prescrição se não admitido o recurso: JUNQUEIRA, Gustavo et al. Lei Anticrime. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 30.

a suspensão nos casos do inciso III é evitar que o réu consiga prolongar o processo por meio de instrumentos meramente protelatórios, em razão da sua não admissibilidade. Por isso, os recursos devem ter sido interpostos pela defesa<sup>38</sup>.

**Inciso IV:** Foi inserido pelo Pacote Anticrime, aplicando-se para os crimes cometidos após a sua entrada em vigor. Celebrado o acordo de não persecução penal, que foi instituído, sem base legal, por uma resolução do CNMP e, posteriormente, efetivamente criado pela Lei 13.964/2019, fica suspensa a prescrição enquanto ele não for cumprido ou rescindido.

**Parágrafo único:** Por fim, a prisão do indivíduo, por outro motivo, é uma causa suspensiva da prescrição. Enquanto o agente estiver preso por delito diverso, a prescrição não corre. Só voltará a correr quando ele for posto em liberdade, enfatizando que ele deveria estar preso por motivo diverso, ou seja, não em razão do delito cujo prazo prescricional estava suspenso.

A suspensão do curso do prazo prescricional não possui, na legislação, um limite expresso. A este respeito, o Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado 415 da sua Súmula, entendendo que se deve respeitar o máximo da pena cominada ao delito para delimitação do período de suspensão da prescrição:

Súmula 415, STJ

O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada.

Deste modo, superado o prazo prescricional que corresponda ao máximo da pena cominada, o prazo prescricional deve voltar a fluir, estando ou não superada a causa suspensiva. Portanto, a prescrição fica suspensa pelo prazo que corresponda à pena máxima abstratamente cominada ao delito. Isto porque o STJ pacificou o entendimento de que a suspensão do prazo prescricional não é ilimitada, devendo ter como limite de duração a própria pena em abstrato cominada ao delito, em seu máximo.

Exemplo de aplicação:

1. Estabelece a Súmula n.º 415 do STJ que "[o] período de suspensão do prazo prescricional é **regulado pelo máximo da pena cominada**". **Após o transcurso do prazo**

---

<sup>38</sup> JUNQUEIRA, Gustavo et al. Lei Anticrime. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 30-31.



**de suspensão, a prescrição volta a fluir.** 2. No caso, o crime de atentado violento ao pudor supostamente praticado pelo Recorrente ocorreu em 1998, na vigência do art. 214 do Código Penal (revogado pela Lei n.º 12.015/2009), que previa **a pena de 6 (seis) a 10 (dez) anos** de reclusão, **com um prazo prescricional de 16 (dezesesseis) anos**, nos termos do art. 109, inciso II, do Código Penal. 3. Assim, não procede a alegação de prescrição da pretensão punitiva, uma vez que a denúncia foi recebida em 04/08/1999 e o processo e o curso do prazo prescricional foram suspensos em 24/10/2002, nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal, voltando a fluir após o transcurso do mencionado lapso de 16 (dezesesseis) anos. (...) (STJ, RHC 113570/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 01/10/2019)

Há causas de suspensão do prazo prescricional fora do Código Penal. É o caso do art. 366 do CPP, que determina que o processo deve ser suspenso, assim como a prescrição, se o réu, citado por edital, não comparecer ao processo nem constituir advogado.

Analisando essa hipótese, o STF fixou o mesmo entendimento, em julgamento recente e por seu Pleno. Foi aprovada a tese de que:

"Em caso de inatividade processual decorrente de citação por edital, ressalvados os crimes previstos na Constituição Federal como imprescritíveis, é constitucional limitar o período de suspensão do prazo prescricional ao tempo de prescrição da pena máxima em abstrato cominada ao crime, a despeito de o processo permanecer suspenso". (STF, RE 600.851/DF, Tema 438-RG, Rel. Min. Edson Fachin, Plenário, Sessão Virtual de 27.11.2020 a 4.12.2020).

**A prescrição também pode ser interrompida.** A interrupção faz com que o prazo seja reiniciado, desprezando-se o período já escoado. Se já se passaram 4 anos de um prazo prescricional de 10 anos, a causa de interrupção de prescrição faz com que voltem a fluir os 10 anos. O prazo é restituído por inteiro.

As causas interruptivas da prescrição estão previstas no artigo 117 do Código Penal:

Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se:

I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

II - pela pronúncia;

III - pela decisão confirmatória da pronúncia;

IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;

V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena;

VI - pela reincidência.

§ 1º - Excetuados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles.

§ 2º - Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do inciso V deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção.

As hipóteses dos incisos V e VI do artigo 117 (início ou continuação do cumprimento da pena e reincidência) são causas de interrupção de prescrição aplicáveis para a prescrição da pretensão executória, de modo que serão estudadas no capítulo próprio. São pessoais, não se estendendo a coautores e partícipes.

Com exceção dessas situações restritas à prescrição da pretensão executória, **as demais causas de interrupção da prescrição estendem-se aos coautores e partícipes**. O artigo 117, § 1º, do CP, prescreve, ainda, que as causas interruptivas da prescrição abrangem os crimes **conexos**, os quais estejam sendo tratados **no mesmo processo**.

A prescrição da pretensão punitiva interrompe-se pelo recebimento da denúncia ou queixa; pela pronúncia, nos crimes da competência do Tribunal do Júri; pela decisão que confirma a pronúncia e, por fim, pela publicação da sentença ou acórdão condenatório recorríveis.

Caso o juiz de primeira instância rejeite a denúncia, a interrupção ocorrerá com a publicação do acórdão que der provimento ao recurso a recebê-la. Entretanto, se for anulada a decisão de primeiro grau, o processo volta à primeira instância para nova decisão do juiz sobre o recebimento ou rejeição. Neste último caso, o acórdão não é causa interruptiva da prescrição. É o que prevê a Súmula 709 do Supremo Tribunal Federal:

Súmula 709, STF

**“Salvo quando nula a decisão de primeiro grau, o acórdão que provê o recurso contra a rejeição da denúncia vale, desde logo, pelo recebimento dela.”**

Caso o réu seja condenado na primeira instância, a publicação da sentença condenatória interrompe a prescrição. Caso seja absolvido na primeira instância e condenado em grau recursal, o acórdão condenatório interrompe a prescrição.

A controvérsia surgiu sobre o acórdão que confirma a condenação, ou seja, o acórdão confirmatório da sentença que condenou o réu.

O STJ vinha entendendo que o acórdão que confirma a condenação não interrompe a prescrição:

“(…) Nos termos da jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, o acórdão confirmatório da condenação não constitui marco interruptivo da prescrição (…)” (EDcl no AgRg no RE nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1264697 / SP, STJ, Dje 15/09/2017).

No STF, **havia** divergência entre as Turmas:

1ª Turma	2ª Turma
<p>“(…) Não obstante a posição de parte da doutrina, o Código Penal não faz distinção entre acórdão condenatório inicial e acórdão condenatório confirmatório da decisão. Não há, sistematicamente, justificativa para tratamentos díspares. 3. A ideia de prescrição está vinculada à inércia estatal e o que existe na confirmação da condenação é a atuação do Tribunal. Consequentemente, se o Estado não está inerte, há necessidade de se interromper a prescrição para o cumprimento do devido processo legal. (…).”</p> <p>(STF, RE 1210553 ED/RS, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, Julgamento: 28/06/2019).</p>	<p>“(…) Jurisprudência desta Suprema Corte, cujas decisões corretamente distinguem, para efeito de interrupção da prescrição penal (CP, art. 117, IV), entre acórdão condenatório e acórdão meramente confirmatório de anterior condenação penal, em ordem a não atribuir eficácia interruptiva do lapso prescricional à decisão do Tribunal que simplesmente nega provimento ao recurso interposto pelo réu contra anterior sentença condenatória. Precedentes. Doutrina. (…).”</p> <p>(STF, RE 1202790 AgR/GO, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Julgamento: 28/06/2019).</p>

Entretanto, em julgado finalizado em 27/04/2020, o **Pleno do STF decidiu a questão**, entendendo que o acórdão confirmatório da condenação interrompe a prescrição:

O Tribunal, por maioria, indeferiu a ordem de habeas corpus e propôs a fixação da seguinte tese: "Nos termos do inciso IV do artigo 117 do Código Penal, **o acórdão condenatório sempre interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório** da sentença de 1º grau, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta", nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Celso de Mello. Plenário, Sessão Virtual de 17.4.2020 a 24.4.2020. (STF, HC 176473, Tribunal Pleno).

Ou seja: a prescrição se interrompe com a condenação na primeira instância. Tendo havido recurso e sendo a condenação mantida, o acórdão confirmatório também interromperá a prescrição, iniciando-se uma nova contagem do prazo em cada um dos dois marcos interruptivos.

O Superior Tribunal de Justiça passou, então, a acompanhar o novo entendimento do STF:

“O acórdão que confirma a condenação é marco interruptivo da prescrição da pretensão punitiva, conforme entendimento atual deste Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com o julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do HC 176.473, Rel. Ministro ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 27/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-224, DIVULG 09-09-2020, PUBLIC 10-09-2020 (...)” (STJ, EDcl no AgRg nos EAREsp 1638943/PB, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2020, DJe 02/12/2020).

Com relação à publicação da sentença, o que interrompe a prescrição, o Superior Tribunal de Justiça já fixou o entendimento de que basta a publicação em cartório, ou seja, com a devolução dos autos pelo juiz ao cartório ou secretaria do juízo. O prazo, então, não se interrompe somente após a publicação na imprensa oficial ou com a intimação das partes. É o que se lê no seguinte trecho de precedente do STJ:

(...) 2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que, nos termos do artigo 117, inciso IV, do Código Penal, a prescrição se interrompe na data da publicação da sentença em cartório, ou seja, de sua entrega ao escrivão, e não da intimação das partes ou publicação no órgão oficial. 3. Recurso ordinário desprovido. (STJ, RHC 59830/MA, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 22/10/2015).



Quanto à pronúncia, esta decisão interrompe a prescrição mesmo que, posteriormente, o Conselho de Sentença do Tribunal de Júri desclassifique o crime. Por exemplo, pode ocorrer de o Tribunal do Júri entender que não houve homicídio doloso, mas sim lesão corporal seguida de morte. Neste caso, a competência deixa de ser do próprio Tribunal do Júri, passando ao juízo comum, com julgamento por juiz togado. Mesmo neste caso, a desclassificação dos jurados não invalida a interrupção da prescrição operada com a pronúncia. Este entendimento está consolidado na Súmula 191 do STJ:

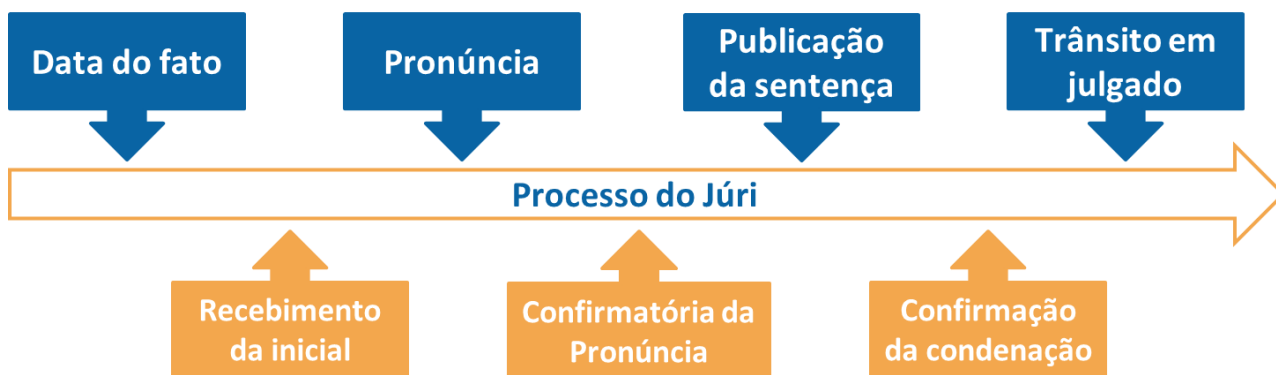
Súmula 191, STJ

“A pronúncia é causa interruptiva da prescrição, ainda que o Tribunal do Júri venha a desclassificar o crime.”

O esquema a seguir demonstra os marcos interruptivos da prescrição da pretensão punitiva que podem ocorrer no curso do procedimento comum:



Com relação ao procedimento dos processos de competência do Tribunal do Júri, há específicas causas de interrupção da prescrição da pretensão punitiva. Referidas causas seguem representadas no esquema abaixo:



Para a prescrição da pretensão punitiva, da qual a PPP propriamente dita é uma das modalidades, a reincidência não interfere no prazo. O fato de o acusado ser reincidente só causa o aumento do prazo prescricional depois de transitar em julgado a sentença penal condenatória, como prevê o *caput* do artigo 110 do Código Penal. Esta hipótese será vista no estudo da prescrição da pretensão executória. Em relação à PPP, o STJ sumulou o entendimento sobre a não influência da reincidência na definição do prazo:

Súmula 220, STJ

“A reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva.”

Vimos, então, a primeira modalidade de prescrição da pretensão punitiva, a propriamente dita. Devemos, agora, passar ao estudo das demais espécies de prescrição.

## PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA SUPERVENIENTE OU INTERCORRENTE

A prescrição da pretensão punitiva superveniente ou intercorrente é a que **incide a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação**, levando em conta **a pena efetivamente aplicada**. Portanto, é a perda do direito de punir em razão da inércia estatal, verificada após a condenação do acusado, da qual não caiba mais recurso para a acusação, e calculada com base na pena aplicada em concreto pelo juiz.

Essa conceituação prevalece na doutrina, sendo adotada por Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini<sup>39</sup> e Masson<sup>40</sup>.

Cumpre, entretanto, destacar, na esteira da lição de Cezar Bitencourt, que a diferença entre a prescrição retroativa e intercorrente é que esta se dirige para o futuro, para períodos posteriores à sentença, enquanto aquela se volta ao passado, para períodos anteriores à sentença. Apesar de pressupor o trânsito em julgado para a acusação ou o improvimento de seu recurso, a PPP intercorrente tem como termo inicial a sentença condenatória:

Assim, o prazo da prescrição intercorrente, superveniente ou subsequente começa a correr a partir da sentença condenatória, até o trânsito em julgado para acusação e defesa<sup>41</sup>.

Rogério Sanches Cunha, na nova edição do seu Curso, também destaca que, apesar de a PPP intercorrente pressupor o trânsito em julgado para a acusação em relação ao *quantum* de pena (a pena imposta pelo juiz), o seu termo inicial é a publicação da sentença ou acórdão condenatório<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de direito penal, volume I: parte geral, arts 1º ao 120 do CP. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 402.

<sup>40</sup> MASSON, Cleber. Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120) – vol. 1. 13 ed. São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 796.

<sup>41</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Parte geral. Coleção Tratado de direito penal volume 1. 26 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1009.

<sup>42</sup> CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120). 8ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2020, p. 409.

Luiz Regis Prado destaca que a prescrição superveniente pode se dar em dois casos e menciona ser o seu prazo inicial a publicação da sentença condenatória. Primeiro, quando há o trânsito em julgado para a acusação, correndo o prazo até o trânsito em julgado para ambas as partes. Em segundo lugar, quando há o improvimento do recurso da acusação, que busca aumentar a pena, ou quando o recurso da acusação é provido, mas não acarreta a elevação da pena. Entretanto, o autor não separa a prescrição retroativa, que seria a designação usual da segunda hipótese<sup>43</sup>.

Em suma:

- deve ter havido o trânsito em julgado para a acusação,
- o cálculo será realizado tendo como data inicial a publicação da sentença ou acórdão condenatório,
- será levada em conta a pena efetivamente aplicada pelo juiz ou tribunal.

A utilização da **pena já aplicada na condenação como parâmetro** para a fixação do prazo prescricional é entendimento consolidado na jurisprudência, conforme a Súmula 146 do STJ:

Súmula 146, STJ

“A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação.”

Para a definição do prazo prescricional, utilizaremos novamente os parâmetros do artigo 109 do Código Penal. Entretanto, para encontrarmos o prazo da prescrição da pretensão punitiva superveniente, a base não será o limite máximo da pena abstratamente cominada para o crime. Aqui, o prazo será definido a partir da **pena já aplicada ao acusado**.

Assim, podemos utilizar o mesmo quadro acima transcrito quando do estudo da prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, com a diferença de que a primeira coluna será da pena aplicada, e não mais do máximo da pena. A correspondência, portanto, deve ser entre a pena concreta da condenação e as faixas de prazos previstos nos incisos do artigo 109:

---

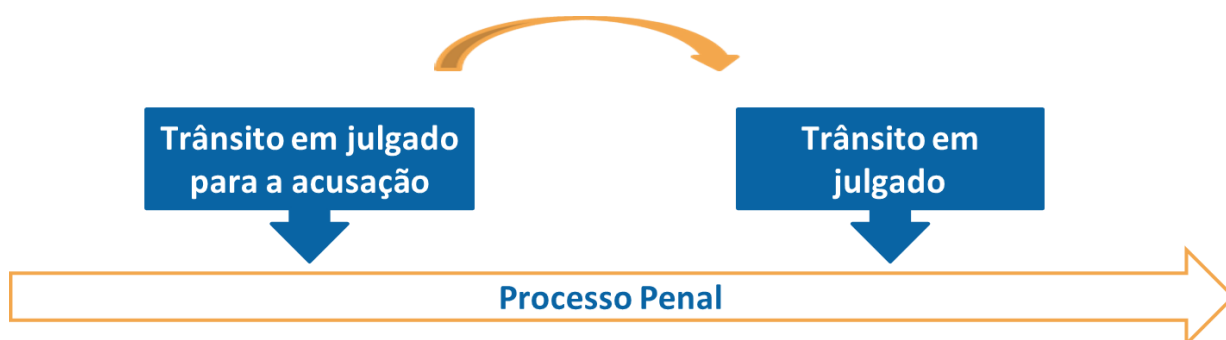
<sup>43</sup> PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 365-371.

Pena aplicada	Prazo prescricional
Inferior a 1 ano	3 anos
De 1 a 2 anos	4 anos
De mais de 2 a 4 anos	8 anos
De mais de 4 a 8 anos	12 anos
De mais de 8 a 12 anos	16 anos
Superior a 12 anos	20 anos

O **trânsito em julgado para a acusação diz respeito à pena aplicada**. Deste modo, se a acusação recorrer apenas do regime inicial de cumprimento de pena, sem buscar a majoração da pena aplicada pelo juiz, o prazo da prescrição da pretensão punitiva intercorrente começará a fluir.

Por conseguinte, o prazo corre da sentença condenatória se a acusação não buscar o aumento da pena. De igual modo, o prazo começa a fluir da sentença condenatória se o recurso da acusação for improvido ou o aumento da pena não modificar o prazo prescricional.

O esquema a seguir mostra os marcos temporais da prescrição da pretensão punitiva superveniente ou intercorrente, que tem como início o trânsito em julgado para a acusação e o seu fim no trânsito em julgado para ambas as partes. Cabe ressaltar que o esquema se refere ao trânsito em julgado para a acusação, mas a leitura deve ser feita em conjunto com as observações acima:



O STF tem precedente exigindo o trânsito em julgado para a acusação para a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva intercorrente:



“(...) 3. Não há que se falar de prescrição retroativa ou intercorrente antes do trânsito em julgado para a acusação (HC 95.626, Rel. Min. Gilmar Mendes) (...)” (STF, HC 121967 AgR/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, Julgamento: 03/03/2015).

Entretanto, analisando a questão mais a fundo (e revisando a edição anterior deste Curso), verifico que o Superior Tribunal de Justiça entende que, apesar de pressupor o trânsito em julgado para a acusação, o termo inicial da prescrição da pretensão punitiva intercorrente **pode retroagir**.

Referido entendimento pode ser visualizado no seguinte trecho de um acórdão do STJ:

“(...) 2. Entre a publicação da sentença condenatória (19/7/2010) e a presente data transcorreu prazo superior a 08 anos. Assim, considerando o disposto no art. 109, IV, do CP, forçoso o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade intercorrente. (...)” (STJ, EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp 859903/PA, Rel. Min. Joel Paciornik, Quinta Turma, DJe 19/03/2019).

Para melhor compreensão sobre o início e o fim do prazo da prescrição intercorrente, vale a leitura:

“A prescrição intercorrente ocorre entre a **publicação da sentença condenatória recorrível e o trânsito em julgado para a defesa, pressupondo o trânsito em julgado da pena imposta para a acusação**, nos termos do artigo 110, § 1º, do Código Penal. Doutrina.Jurisprudência.” (STJ, AgRg no HC 538854/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 25/10/2019).

Deste modo, este seria o esquema gráfico dos termos inicial e final da PPP superveniente ou intercorrente, desde que tenha havido o trânsito em julgado para a acusação:



Por fim, cumpre lembrar que a reincidência não influencia no prazo da prescrição da pretensão punitiva intercorrente, conforme entendimento do STJ fixado na Súmula nº 220, já transcrita acima. Deste modo, não há o aumento de um terço na PPP intercorrente caso o agente seja reincidente.

Estas são as considerações mais relevantes sobre a prescrição da pretensão punitiva superveniente.

## PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RETROATIVA

É a prescrição, **reconhecida após o trânsito em julgado, que possui termo anterior à sentença condenatória**. A prescrição da pretensão punitiva retroativa é a perda do direito de punir, pelo Estado, por decurso de prazo que é verificado no passado, com base na pena aplicada, mas em relação a período anterior à condenação.

A prescrição da pretensão punitiva retroativa regula-se pela **pena aplicada em concreto**, com base nas faixas previstas nos incisos do artigo 109 do Código Penal, nos mesmos moldes da prescrição da pretensão punitiva intercorrente. Entretanto, neste caso, o cálculo é feito **de trás para frente**.

Após a imposição da pena, o cálculo do prazo prescricional é feito com base na pena aplicada em concreto. Entretanto, os marcos temporais estarão no passado, entre a sentença ou o acórdão condenatório recorrível e o recebimento da denúncia ou queixa. Por se voltar para o passado, esta modalidade de PPP é denominada retroativa.



**Anteriormente**, a PPP retroativa era mais ampla, podendo ser verificada também no interregno entre o recebimento da denúncia ou queixa e a data dos próprios fatos, ou seja, a data do início da prescrição. Já vimos que o início da contagem varia, sendo contado, em regra, da data em que o crime se consumou. Esta hipótese de incidência da prescrição retroativa não é mais possível, após a alteração do Código Penal pela Lei 12.234, de **2010**:

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, **não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).**

Com o advento da Lei 12.234/2010, parte da doutrina passou a entender que não havia mais possibilidade de reconhecimento de prescrição da pretensão punitiva retroativa no Direito Penal Brasileiro, em razão da nova redação dada ao parágrafo primeiro do artigo 110 do CP. Ao se vedar que a prescrição fosse calculada com início em data anterior ao recebimento da denúncia ou queixa, chegou-se a cogitar o fim da sua modalidade retroativa.

Tal entendimento foi rechaçado pela doutrina e pela jurisprudência majoritárias, que, interpretando a modificação legislativa, estabeleceram a posição de que **houve apenas uma**

limitação dos períodos em que seria possível a ocorrência da prescrição retroativa, que não pode mais ser calculada, por exemplo, entre a data da consumação do crime e a data do recebimento da inicial acusatória.

Deste modo, ainda se compreende ser possível o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva retroativa. Seu cálculo levará em conta a pena já aplicada ao réu, fazendo-se a correspondência com os prazos previstos nos incisos do artigo 109 do Código Penal, conforme quase já transcrito no item anterior. Os marcos temporais da prescrição retroativa serão a publicação da condenação e o recebimento da denúncia ou da queixa.

Como já vimos, o Superior Tribunal de Justiça entende que a publicação da sentença condenatória ocorre com a sua publicação em cartório pelo escrivão, e não quando da intimação das partes nem de sua publicação em diário oficial.

Para ilustrar os marcos temporais da prescrição retroativa, segue um esquema com a demonstração de seus termos inicial e final no processo comum:



No rito dos processos de competência do Tribunal do Júri, há marcos temporais além daquelas previstos no processo comum. Neles, é possível calcular a prescrição retroativa entre a publicação da sentença ou acórdão condenatório recorrível e o acórdão confirmatório da pronúncia. Também cabe a prescrição retroativa entre o acórdão que confirmou a pronúncia e a própria decisão de pronúncia. Por fim, é possível também que escoe o prazo da prescrição retroativa entre a pronúncia e o recebimento da queixa ou da denúncia pelo juiz.

Também foi elaborado um esquema com os marcos temporais para a prescrição retroativa, este com base no procedimento do Tribunal do Júri:



Estudamos, deste modo, a prescrição da pretensão punitiva retroativa e suas principais nuances.

## PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA VIRTUAL OU ANTECIPADA

A prescrição da pretensão punitiva virtual, em perspectiva, projetada ou por prognose é **aquela calculada com base em um exercício de projeção, com relação à probabilidade de ser aplicada determinada pena pelo juiz, antes mesmo de haver uma sentença ou um acórdão condenatório**. Isto é, trata-se da prescrição reconhecida antecipadamente, com base na provável pena a ser aplicada pelo juiz.

Esta modalidade não possui amparo legal, sendo uma construção doutrinária. Busca-se antecipar o reconhecimento da prescrição, mesmo que o processo penal sequer tenha se iniciado, já com base na pena que será aplicada pelo juiz, após a realização da dosimetria. Como se trata de pena aplicada ao caso concreto, ainda que apenas suposta ou projetada, os prazos serão fixados a partir dela, utilizando-se os parâmetros do artigo 109 do Código Penal.

Esta hipótese doutrinária de incidência da prescrição retroativa **tornou-se muito restrita após a alteração do Código Penal pela Lei 12.234, de 2010. Foi praticamente esvaziada**. Isto porque era possível seu reconhecimento, em tese, em muitos mais casos quando se possibilitava a prescrição retroativa com data anterior ao do recebimento da denúncia ou queixa. Como visto acima, o Código Penal foi alterado, constando, da redação atual, a vedação expressa ao cálculo prescricional com retroação a termo anterior ao recebimento da inicial pelo juiz, o que em muito esvazia a construção teórica da prescrição virtual. De todo modo, ainda há possibilidade de analisar crimes antes da Lei 12.234/2010, além de ser defensável seu cálculo com data posterior ao do recebimento da inicial acusatória, apesar de mais difícil.



Apesar de se tratar de questão controversa na doutrina, o Superior Tribunal de Justiça pacificou, com a elaboração da Súmula nº 438, o entendimento de que **não é cabível** o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva virtual. É o seguinte seu enunciado:

“É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.”

O Supremo Tribunal Federal também não tem admitido referida modalidade de prescrição, conforme o seguinte julgado:

“(…) 2. Esta Corte, em sede de repercussão geral, fixou entendimento de ser inviável o reconhecimento da prescrição em perspectiva (virtual, antecipada) – RE 602.527

QO-RG, CEZAR PELUSO, DJe 18.12.2009. (...)” (STF, HC 125777/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Julgamento: 21/06/2016).

Consigno que, apesar da orientação sumulada de tribunal superior, na prática há casos em que o próprio Ministério Público promove o arquivamento do inquérito com base na prescrição virtual. No mais, muitos juristas entendem que não há justa causa para a ação penal se, projetada a pena que deve ser aplicada pelo juiz, for possível antever que haverá o reconhecimento da prescrição retroativa.

A prescrição virtual busca reconhecer que, no futuro, outra modalidade de prescrição da pretensão punitiva será fatalmente reconhecida. É o caso do sujeito que é acusado de um crime de furto simples, cuja pena abstrata é de reclusão, de um a quatro anos, e multa. Com base no máximo da pena privativa de liberdade, que é de quatro anos, a pena prescreverá em 8 anos, nos termos do artigo 109, inciso IV, do Código Penal.

Por outro lado, se verificamos que o réu é primário, não há agravantes nem causas de aumento de pena, bem como nenhuma circunstância judicial desfavorável ao agente, podemos supor que a pena aplicada, ao final do processo, será de um ano de reclusão ou, no máximo, não chega a exceder a dois anos. Deste modo, o prazo, com base nesta projeção, será de 4 anos para a prescrição, nos termos do artigo 109, V, do Código Penal. O prazo é a metade quando se considera a pena que deve ser efetivamente aplicada pelo juiz, em vez de se utilizar o máximo da pena prevista em abstrato.

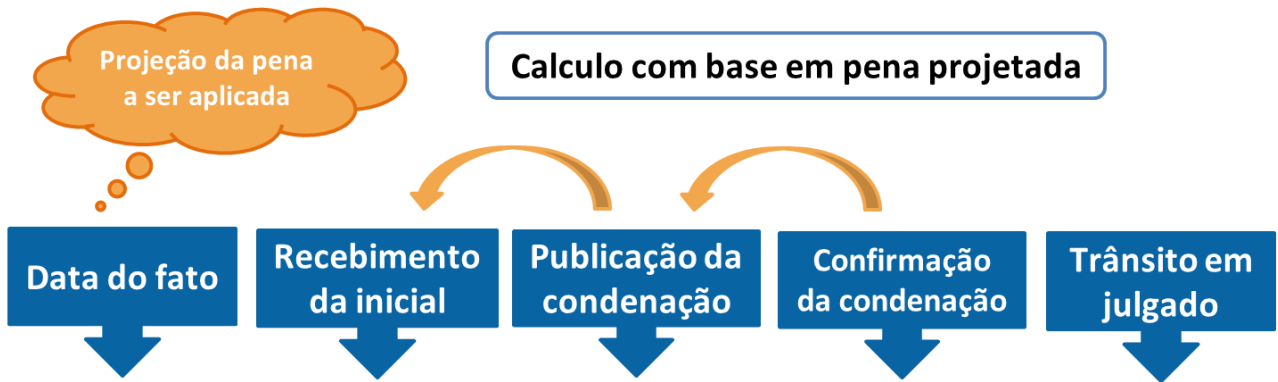
Imaginemos que o crime de furto, acima mencionado, foi praticado em 10 de maio de 2014. Se o promotor de justiça ou o procurador da república recebem os autos do inquérito policial em junho de 2018, verificará que não ocorreu a prescrição com base na pena máxima em abstrato prevista para o crime contra o patrimônio acima mencionado. Isto porque não transcorreram oito anos entre a data da consumação do crime e a data atual em que o membro do Ministério Público recebeu os autos para oferecer denúncia.

Entretanto, se o promotor ou procurador considerar a pena que o juiz deve aplicar ao caso, já antecipando que não deve estar acima do mínimo, sabe que, ao final, a prescrição com base na pena em concreto será calculada, de forma retroativa, com relação à sanção penal de cerca de um ano de reclusão. Por isso, o membro do Ministério Público verifica que o prazo prescricional correspondente será de 4 anos, a metade do prazo com base na pena em abstrato. Tendo a denúncia sido recebida em 10 de maio de 2014, o prazo de 4 anos já teria transcorrido integralmente em 9 de maio de 2018. Se os autos são remetidos para alegações finais em junho de 2018, a prescrição virtual já teria ocorrido, razão pela qual, em tese, o Ministério Público já poderia pedir o reconhecimento da extinção da punibilidade. Devemos lembrar, entretanto, que o STJ não aceita tal tese.

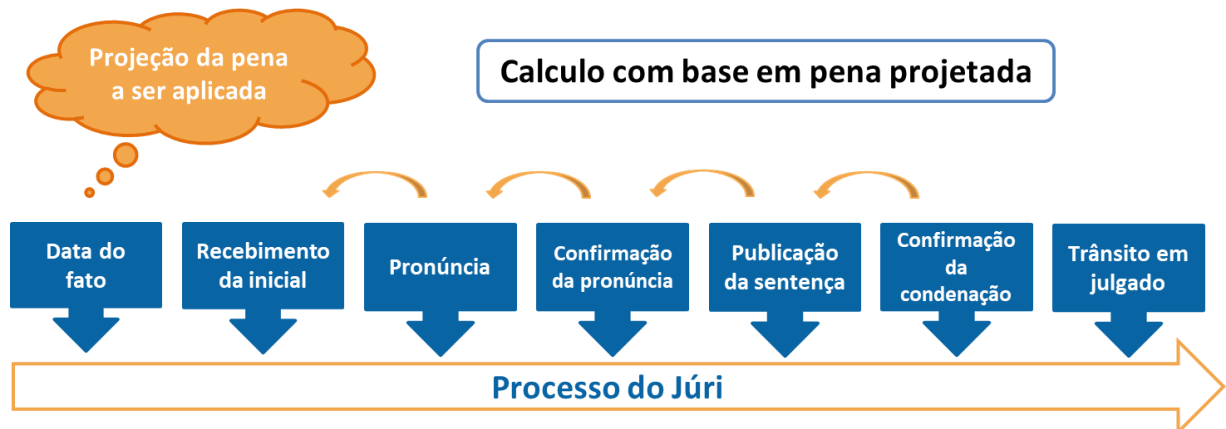
Não se trata de caso em que efetivamente já se extinguiu a punibilidade do agente. É uma projeção de que, com fulcro no caso concreto e na pena que deverá ser aplicada pelo juiz em virtude dos elementos previstos na inicial acusatória, a ocorrência da prescrição ao final é previsível. O trâmite de um processo todo para, ao final, confirmar aquilo que já foi previsto seria contrário ao princípio da efetividade, além de demonstrar que não há justa causa ou interesse de agir suficiente para justificar o movimento da máquina judiciária para se obter nenhum resultado prático.

O que se busca com o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva virtual é a antecipação do que se verifica que certamente ocorrerá no curso do processo penal, evitando-se a prática de atos inúteis. Se o oferecimento da denúncia e o julgamento do acusado não possuem potencialidade de ensejar a imposição de uma sanção penal que será executada, a acusação não tem interesse jurídico para pedir ao Poder Judiciário que receba a denúncia. Ou, conforme a doutrina de Direito Processual Penal, falta justa causa para fundamentar o início de uma ação penal contra o denunciado, se não há efeito útil possível.

O esquema a seguir demonstra os marcos temporais dentre os quais se verifica o transcurso do prazo da prescrição da pretensão punitiva virtual ou projetada, além de ficar destacado que a projeção da pena a ser aplicada pelo juiz é feita ao início (ou no curso do processo), antes de o indivíduo ser efetivamente condenado no curso do processo penal:



O esquema para os casos de procedimento do Tribunal do Júri é o seguinte:



Como visto, por mais defensável que seja o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva virtual, que evitaria o trâmite de um processo inútil, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado de que não é possível a extinção da punibilidade com base em pena hipotética. O Supremo Tribunal tem adotado a mesma orientação.

## **PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA**

A prescrição da pretensão executória é a perda do poder do Estado de executar a sanção imposta, em razão de sua inércia por determinado intervalo de tempo. Esta modalidade de prescrição fulmina uma pena já aplicada pelo Estado, sendo que o prazo é calculado com base nela. A prescrição da pretensão executória é menos favorável do que a prescrição da pretensão punitiva. Por isso, só calcularemos a PPE se não tiver ocorrido a PPP<sup>44</sup>.

Os prazos da prescrição da pretensão executória serão aqueles do artigo 109 do Código Penal, mas a correspondência será feita com a pena aplicada já com trânsito para a acusação, ou, nos casos de evasão do condenado ou de revogação do livramento condicional (LC), no que resta da pena aplicada.

O cálculo, assim, deve ocorrer conforme o seguinte quadro:

<b>Pena aplicada (ou, no caso de evasão ou de revogação do LC, tempo que resta da pena)</b>	<b>Prazo prescricional</b>
<b>Inferior a 1 ano</b>	<b>3 anos</b>
<b>De 1 a 2 anos</b>	<b>4 anos</b>
<b>De mais de 2 a 4 anos</b>	<b>8 anos</b>
<b>De mais de 4 a 8 anos</b>	<b>12 anos</b>
<b>De mais de 8 a 12 anos</b>	<b>16 anos</b>

<sup>44</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Parte geral. Coleção Tratado de direito penal volume 1. 26 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1009.

Superior a 12 anos

20 anos

Segundo Bitencourt, a prescrição da pretensão executória pressupõe o trânsito em julgado da condenação:

A prescrição da pretensão executória só poderá ocorrer depois de transitar em julgado a sentença condenatória, regulando-se pela pena concretizada (art. 110), e verificando-se nos mesmos prazos fixados no art. 109<sup>45</sup>.

Entretanto, considerando que o prazo, segundo o entendimento jurisprudencial predominante, já se inicia com o trânsito em julgado da condenação para a acusação, podemos dizer que a **prescrição da pretensão executória (PPE) se baseia no trânsito em julgado para a acusação**.

Em suma:

- O cálculo é feito com base na pena em concreto.
- Pressupõe o trânsito em julgado para ambas as partes.
- Tem a sua data inicial no trânsito em julgado para a acusação.

Neste sentido:

“(...) 2. Essa Sexta Turma entende que enquanto não transitada em julgado a sentença condenatória, para ambas as partes, não há falar em prescrição da pretensão executória, uma vez que ainda em curso o prazo da prescrição da pretensão punitiva, de forma intercorrente, contudo, iniciada a contagem da prescrição, **o marco inicial, por expressa determinação do art. 112, I, do Código Penal, é o trânsito em julgado para a acusação, ainda que de forma retroativa.** (HC 232.031/DF, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 29/08/2012).”

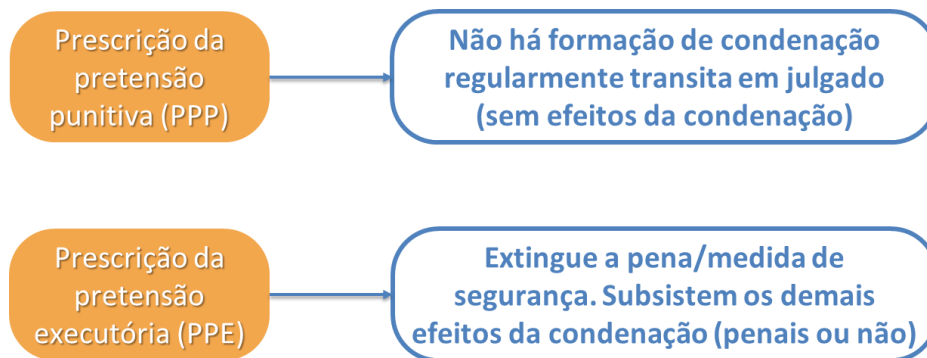
(STJ, EDcl no AgRg no HC 452876/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 26/11/2018).

---

<sup>45</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob. Cit., 2020, p. 1010.



A PPE extingue a sanção penal, mas **subsistem os efeitos secundários da condenação, tanto penais quanto extrapenais**. Deste modo, reconhecida a prescrição da pretensão executória, a condenação continuará apta a ensejar o efeito da reincidência, se o indivíduo voltar a delinquir. Nisso, há uma diferença fundamental em relação às modalidades de PPP:



No caso de **concurso de delitos**, seja ele formal ou material, incide sobre cada pena isoladamente, como já ressaltado. No caso de continuidade delitiva, desconsidera-se o aumento decorrente do crime continuado para o cálculo prescricional, como enuncia a Súmula 497 do STF, acima transcrita.

A prescrição da pretensão executória está prevista no artigo 110 do Código Penal:

CP, Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela **pena aplicada** e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais **se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente**.

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

**A reincidência implica o aumento do prazo da prescrição da pretensão executória em um terço.** Vale lembrar que este aumento apenas ocorre no caso da PPE, **não** incidindo no cômputo da prescrição da pretensão punitiva (PPP).

O termo inicial para o transcurso do prazo da prescrição da pretensão executória é o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, ou da sentença que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional. O interessante é que, quando transitada em julgado a sentença para a acusação, a sanção penal ainda não poderá ser executada se pendente recurso para a defesa, conforme entendimento tradicional dos tribunais superiores.

Ainda que este entendimento tenha sido instável no STF, durante muitos anos prevaleceu e hoje se entende que a pena só pode ser executada após o trânsito em julgado para ambas as

partes<sup>46</sup>. No entanto, o prazo da prescrição da pretensão executória já se inicia com o trânsito em julgado para a acusação, sem aguardar que o trânsito em julgado ocorra também para o acusado.

Essa aparente contradição já foi questionada nos Tribunais Superiores, sendo que o STJ já sedimentou o entendimento de que a prescrição realmente começa a correr do trânsito em julgado para a acusação, ainda que a pena ainda não possa ser executada. O seguinte excerto de um precedente do STJ demonstra a consolidação deste entendimento:

“(..). 1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que, conforme disposto expressamente no art. 112, I, do CP, **o termo inicial da contagem do prazo da prescrição executória é a data do trânsito em julgado para a acusação**, e não para ambas as partes, prevalecendo a interpretação literal mais benéfica ao condenado (...)”

(STJ, AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp 1764481/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/02/2021, DJe 12/02/2021)

O STF possuía jurisprudência no mesmo sentido, como se nota do julgamento do HC 113715, pela Segunda Turma, relatado pela Ministra Carmen Lúcia. Entretanto, a Primeira Turma do STF passou a decidir de forma diferente, entendendo que “a prescrição da pretensão executória pressupõe a inércia do titular do direito de punir”, razão pela qual não se inicia a contagem desse prazo até que haja o trânsito em julgado para ambas as partes<sup>47</sup>.

O STF vai se pronunciar de forma conclusiva sobre o tema ao julgar o ARE 848107, com repercussão geral reconhecida, sobre o tema. De todo modo, o Pleno decidiu recentemente no seguinte sentido:

A prescrição da pretensão executória, no que pressupõe quadro a revelar a possibilidade de execução da pena, tem como **marco inicial o trânsito em julgado, para ambas as partes, da condenação.**

---

<sup>46</sup> HC 152919 AgR/MG, de 06/12/2019.

<sup>47</sup> RE 696.533/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ acórdão Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, Julgamento em 06/02/2018.

(STF, AI 794971 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 19/04/2021)



Segundo este entendimento, apenas se pode falar em prescrição da pretensão executória como aquela que se baseia em pena definitiva, após o trânsito em julgado para ambas as partes. Assim, esta seria a principal diferença conceitual entre a prescrição da pretensão executória e a prescrição da pretensão punitiva. Entretanto, este não vem sendo o entendimento do STJ, sendo, atualmente, seguido apenas pela Primeira Turma do STF. É preciso aguardar e verificar se o Pleno da Suprema Corte, ao apreciar a matéria, vai pacificar o entendimento no âmbito do tribunal de cúpula do Poder Judiciário<sup>48</sup>.

Com a **interrupção** da prescrição, o prazo começa a fluir do dia em que o prazo se interrompe, caso a interrupção não for computada na pena, como ocorre em alguns benefícios da execução penal. Deste modo, tendo havido a fuga do executado em 07 de agosto de 2017, será esta a data em que o prazo da prescrição da pretensão executória começará a correr, com base, neste caso, no tempo de pena privativa de liberdade que o condenado ainda tem a cumprir.

Os termos iniciais do decurso do prazo da prescrição da pretensão executória estão previstos no artigo 112 do Código Penal:

Art. 112 - No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr:

I - do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;

II - do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.

No caso de abandono de execução, como já dito, a pena se regula pelo que resta da pena privativa de liberdade. Caso se trate de penas restritivas de direitos, o início do prazo se dará com o abandono do seu cumprimento. É o que se depreende do artigo 113 do Código Penal:

CP, Art. 113 - **No caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena.**

---

48 Acompanhar o trâmite do ARE 848107, com repercussão geral reconhecida, sobre o tema.

É importante destacar que o STJ entende que o disposto no artigo 113 do CP, de prazo prescricional calculado pelo restante da pena, **não** se aplica às penas restritivas de direitos. Segundo a Corte, a referida regra deve ser aplicada apenas no caso de evasão do condenado, ou seja, de interrupção do cumprimento da pena privativa de liberdade, ou de revogação do livramento condicional, sem interpretação extensiva:

“ (...) I - O cálculo da prescrição pela pena residual, conforme prevê o art. 113 do Código Penal, limita-se às hipóteses de evasão e de revogação do livramento condicional. Vale dizer, o citado dispositivo tem interpretação restritiva. II - Hipótese na qual a medida restritiva de direitos foi convertida em privativa de liberdade, em razão do descumprimento, por força do art. 44, § 4º, do CP, aplicável somente para calcular o tempo de pena a ser executado, sem influência no prazo prescricional. (...)”

(STJ, RHC 99969/RS, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 19/09/2018).

Referido entendimento foi ratificado em acórdão publicado no DJe de 28/02/2020: HC 541317/SP. Em tal caso, o STJ considerou que não houve revogação do livramento condicional e, assim, não deveria haver o cálculo prescricional com base na pena remanescente.

Pode ocorrer a **suspensão da prescrição da pretensão executória**, caso o condenado seja preso por outro motivo. Deste modo, tendo sido procurado o executado para cumprimento da pena restritiva de direitos, consistente em dois anos de prestação de serviços à comunidade, sua prisão por outro delito deixa suspenso o prazo prescricional. A suspensão significa que o prazo fica paralisado enquanto o condenado estiver na prisão. Quando sair do cárcere, o decurso do prazo continuará de onde parou. É o que prevê o parágrafo único do artigo 116 do Código Penal:

Art. 116 (...)

Parágrafo único - Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a **prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo.**

Há, ainda, causas de **interrupção da prescrição da pretensão executória**. Quando o prazo prescricional é interrompido, ele volta a fluir do começo, recomeçando a contagem como se nenhuma fração do seu prazo já tivesse escoado. As hipóteses estão previstas no artigo 117, incisos V e VI, que dizem respeito especificamente ao reconhecimento da prescrição da pretensão executória:

Art. 117 - O curso da prescrição **interrompe-se:**

(...)

V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena;

VI - pela reincidência.

§ 1º - Excetuados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles.

§ 2º - Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do inciso V deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção.

Entretanto, como fica claro pela leitura do parágrafo segundo do artigo 117, no caso de início ou continuação do cumprimento de pena, a prescrição não volta a correr com todo o prazo restituído. No caso do início ou de continuação, o prazo prescricional deixa de fluir. Entretanto, caso haja interrupção no cumprimento da pena, o prazo será calculado com base no tempo de pena que resta ao agente cumprir. Por isso, neste caso, não se devolve o prazo integralmente.

Ademais, interrompe-se o prazo em virtude do início ou da continuação do cumprimento da pena, bem como em razão da reincidência. No caso da reincidência, o STJ consolidou sua jurisprudência no sentido de que a interrupção da prescrição ocorre com a prática do novo delito, e não a do seu trânsito em julgado:

“(...) 2. Ambas as Turmas especializadas em direito penal deste Sodalício entendem que a reincidência, como reza o art. 117, inciso VI, do Código Penal, interrompe o prazo da prescrição da pretensão executória do Estado, considerando-se, como marco interruptivo, a data da prática de novo crime, e não a do seu trânsito em julgado.(...)” (STJ, HC 317662/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 06/05/2015).

Conforme determina o parágrafo único do artigo 117, **referidas causas interruptivas são pessoais, não se estendendo a corréus, coautores ou partícipes.**

Com relação ao início de cumprimento de pena, cumpre salientar que não o configura a audiência admonitória, em que o juiz adverte o beneficiado sobre as condições da suspensão condicional da pena, conforme o seguinte precedente do STJ:

“. 1. Consoante a jurisprudência do STJ, **a audiência admonitória não configura início do cumprimento da pena, não servindo, portanto, para interromper o prazo da prescrição executória, contudo, efetuado o pagamento da multa, tem-se por iniciada a execução.** 2. Não evidenciado o transcurso do lapso de 4 anos entre o trânsito em julgado da condenação para o Ministério Público e o início da execução, pelo pagamento da multa, não há falar em prescrição da pretensão executória. 3. Decisão

agravada mantida por seus próprios fundamentos. 4. Agravo regimental improvido.” (AgRg no RHC 70260/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 07/04/2017).

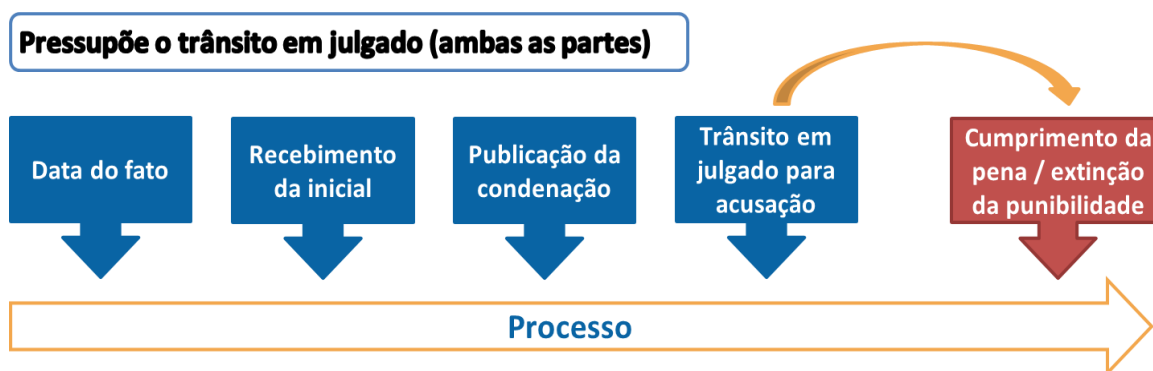
**A reincidência que interrompe a PPE é a posterior à condenação.** Para que a prescrição da pretensão executória se interrompa, é necessário que o indivíduo, no decurso do prazo, pratique novo delito. Neste caso, o prazo corre da data da prática do crime, e não do trânsito em julgado. Por outro lado, a prática de crime anterior, pela qual ele já estava sendo processado, não interromperá o prazo prescricional.

Se a reincidência for por fato anterior à condenação, é causa de aumento de pena, já influenciando a dosimetria da pena e, de forma indireta, a própria fixação do prazo de prescrição da pretensão executória.

As causas de diminuição do prazo prescricional referentes ao menor de 21 anos de idade, ao tempo do crime, ou maior de 70 anos, à época da sentença, aplicam-se para os prazos de extinção da pretensão executória. Os prazos devem ser reduzidos da metade nestes casos, conforme determina o artigo 115 do Código Penal:

**Art. 115 - São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.**

Em um esquema gráfico, podemos visualizar a prescrição da pretensão executória com início do trânsito em julgado para a acusação (entendimento majoritário). **O fim do prazo ocorre com a prescrição, que extingue a punibilidade, ou com o cumprimento da pena:**



Sobre a relação entre **detração e prescrição**, pode surgir a dúvida sobre a necessidade de se computar o período de detração na base do cálculo para estipulação do prazo prescricional, nos termos do artigo 109 do Código Penal. Na sentença, o juiz já deve efetuar a detração (o desconto) do período de prisão processual a que o condenado já foi submetido.

O Superior Tribunal de Justiça já possui entendimento consolidado a respeito desta questão, como se depreende do trecho do seguinte precedente, que determina que **o período de detração não deve ser levado em conta para o estabelecimento do prazo prescricional**:

“(...) 2. Não é possível levar em consideração o tempo em que o paciente permaneceu preso cautelarmente, entre 17/11/2008 e 20/11/2009, porquanto, nos termos do *entendimento* consolidado no Superior Tribunal de Justiça, “o período de prisão provisória do réu é levado em conta apenas para o desconto da pena a ser cumprida, sendo irrelevante para fins de contagem do prazo prescricional, que deve ser analisado a partir da pena concretamente imposta pelo julgador, e não do restante da reprimenda a ser executada pelo Estado” (AgRg no HC 181.711/ES, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 05/04/2016, DJe 18/04/2016). (...)” (STJ, HC 400704/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 31/08/2017).

“3. O período de prisão provisória do Réu é considerado apenas para o desconto da pena a ser cumprida e não para contagem do prazo prescricional, o qual será analisado a partir da pena definitiva aplicada, não sendo cabível a detração para fins prescricionais.” (STJ, AgRg no HC 490288/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 11/09/2019).

No caso da prescrição da pretensão punitiva, a detração nunca deve ser levada em conta, nos termos de jurisprudência do STJ. Ressalve-se, entretanto, que se a pena for calculada pelo que resta a ser cumprido, a detração, ainda que indiretamente, influenciará a prescrição da pretensão executória.

Assim, encerramos o estudo das modalidades de prescrição das penas privativas de liberdade e das restritivas de direitos, passando à análise da prescrição da pena de multa.