

V. 21 • N. 1 • JANEIRO/ABRIL • 2019

ISSN 2236-8957

REVISTA DA

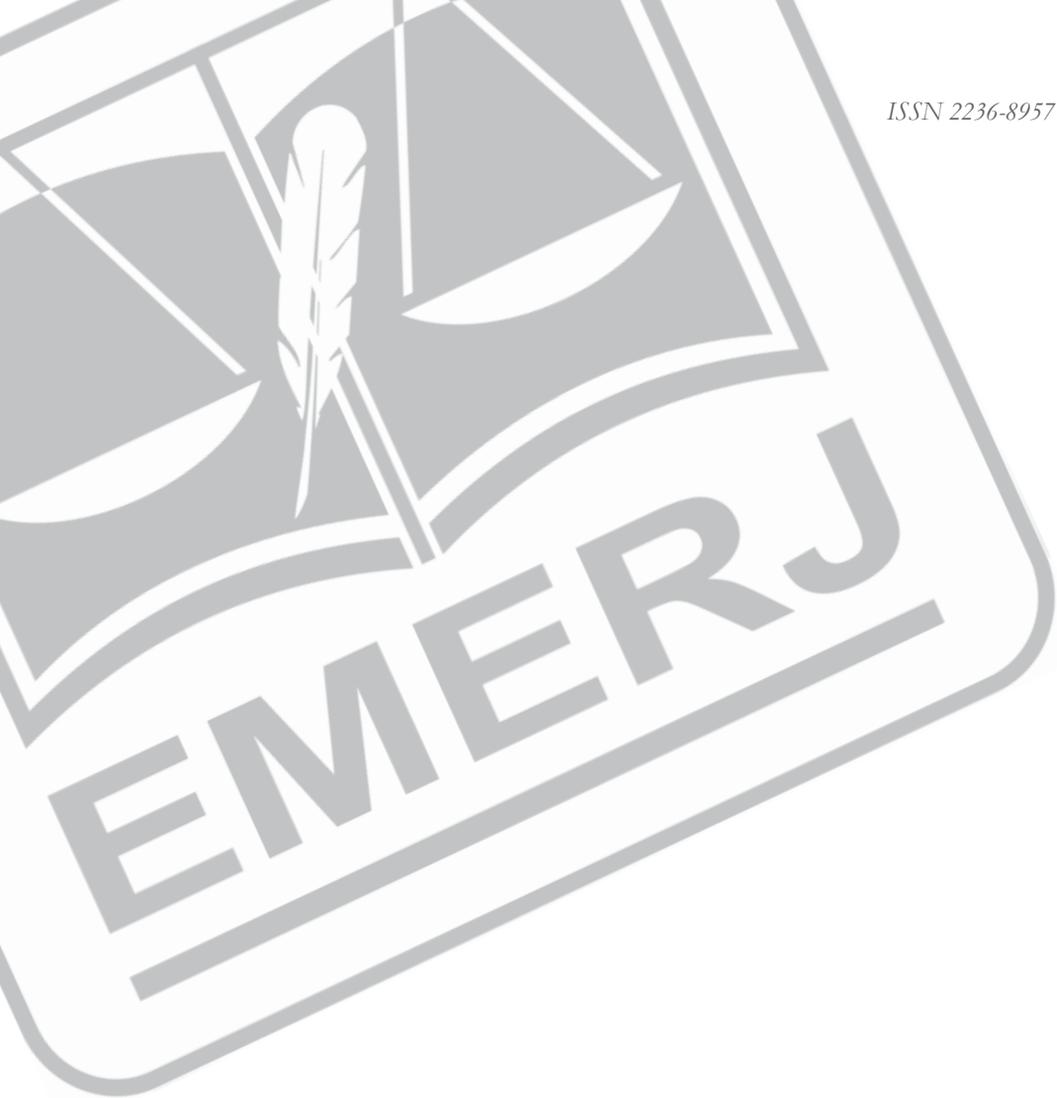
# EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Direito & Inovação

EMERJ

ISSN 2236-8957



# Revista da EMERJ

*Janeiro/ Abril*  
*V. 21 - n. 1 - Ano 2019*

*Rio de Janeiro*

© 2019 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

**EQUIPE EDITORIAL:**

**Coordenador Editorial:** Juiz de Direito Antônio Aurélio Abi Ramia Duarte.

**Conselho Editorial:** Ministro do STF Luiz Fux, Ministro do STJ Luis Felipe Salomão, Ministro do STJ Marco Aurélio Bellizze Oliveira, Ministro do STJ Antonio Saldanha Palheiro, Desembargador Sérgio Cavalieri Filho, Desembargador Jessé Torres Pereira Júnior, Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa, Desembargador Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, Desembargador Luiz Roberto Ayoub, Desembargador Federal Abel Fernandes Gomes, Desembargador Federal Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Juiz de Direito Daniel Vianna Vargas, Juiz de Direito José Guilherme Vasi Werner, Juiz de Direito Rafael Estrela Nóbrega, Procurador do Estado do Rio de Janeiro Rodrigo Borges Valadão, Doutor Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Mestre Luciano Vianna Araújo. Portaria nº 20/2018

**Editores Associados:** Juiz de Direito Álvaro Henrique Teixeira de Almeida, Juíza de Direito Adriana Ramos de Mello, Juiz de Direito Carlos Gustavo Vianna Direito, Juíza de Direito Daniela Bandeira de Freitas, Juíza de Direito Daniela Barbosa Assumpção de Souza, Juiz de Direito Ricardo Lafayette Campos, Mestre Thaís Boia Marçal.

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

Rio de Janeiro: EMERJ,

v.

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

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

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

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

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

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

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

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

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

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

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

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

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

---

### **■ PRESIDENTE**

**Desembargador Claudio de Mello Tavares**

### **■ CORREGEDOR-GERAL**

**Desembargador Bernardo Moreira Garcez Neto**

### **■ 1º VICE-PRESIDENTE**

**Desembargador Reinaldo Pinto Alberto Filho**

### **■ 2º VICE-PRESIDENTE**

**Desembargador Paulo de Tarso Neves**

### **■ 3º VICE-PRESIDENTE**

**Desembargadora Elisabete Filizzola Assunção**

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

---

### **■ DIRETOR-GERAL**

**Desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade**

### **■ CONSELHO CONSULTIVO**

**Desembargadora Cristina Thereza Gaulia**

Vice-Presidente

**Desembargador Claudio Brandão de Oliveira**

Diretor Adjunto Administrativo

**Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo**

Presidente da Comissão de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – COMAM

**Desembargador Luciano Sabóia Rinaldi de Carvalho**

Presidente da Comissão Supervisora dos Cursos de Extensão, de Pós-graduação e de Convênios e Parcerias - COCEP

**Desembargador Fernando Cerqueira Chagas**

Presidente da Comissão Acadêmica - COMAC

**Desembargador Ricardo Couto de Castro**

**Juíza Adriana Ramos de Mello**

**Juiz Luiz Marcio Victor Alves Pereira**

**Equipe Administrativa - EMERJ:**

**Diretora do Centro de Estudos e Pesquisas - CEPES:** Elina Bussade dos Santos

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

**Produção Gráfico-Editorial:** Assessoria de Publicação Acadêmica - EMERJ

**Responsável:** Ébano Machel do Rosario Assis

**Editor:** EMERJ

**Programação Visual:** Rafaelle Neves

**Capa:** Marcelo Melim

**Foto:** Marcelo Melim

**Revisão Ortográfica:** Ana Paula Maradei, Clara Bastos, e Sergio Silvares

# Sumário

---

## **7 | Apresentação**

*Desembargador Mauro Dickstein*

## **9 | Certezza e prevedibilità della disciplina del processo: il principio tempus regit processum fa ingresso nella giurisprudenza costituzionale**

*Prof. Remo Caponi*

## **19 | A Tutela Jurídica do Nascituro no Direito Brasileiro e Português**

*Helda Lima Meireles*

## **32 | Giustizia Riparativa - La Mediazione “Della Sofferenza E Del Disordine”**

*Dott.ssa Caterina Catalfamo*

## **42 | Decomisa que Algo Queda como Estrategia Dominante e Influyente en los Sistemas Penales para Poner Freno a la Sociedad Incivil**

*Nicolás Rodríguez García*

## **92 | Cláusula de Barreira: do Aspecto Histórico, Constitucional e Atual**

*Ines da Trindade Chaves de Melo*

## **113 | O Registro Eletrônico da Prova Oral sob a Ótica do Acesso à Justiça**

*Felipe Carvalho Gonçalves da Silva*

## **135 | Precedentes Administrativos no Brasil**

*Rafael Carvalho Rezende Oliveira*

## **155 | Reclamação no Âmbito do Cpc/2015 e sua Faceta de Controle da Observância de Precedentes Judiciais Vinculantes**

*Guilherme Kronenberg Hartmann*



# Apresentação

---

Iniciamos esta apresentação destacando a gestão do Diretor-Geral e amigo Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo. No biênio 2017/2018, o Desembargador Ricardo empreendeu todos os esforços para o engrandecimento de nossa Escola, ensejando, nitidamente, um salto em administração, ensino e formação, e inaugurou um grau de excelência em conceito, conteúdo e acelerado dinamismo.

Manteve-se fiel à vocação da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro de formar, qualificar e aprimorar magistrados para a consecução de uma sociedade justa e de disseminar o amplo conhecimento jurídico, das mais variadas formas, em benefício dos operadores do Direito e de nossa comunidade como um todo, sedimentando-a como um centro de excelência e treinamento multidisciplinar.

Dentre as diversas inovações realizadas, destacamos a consolidação do curso de Mestrado profissional em Justiça e Saúde, em parceria com a Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca (ENSP/Fiocruz), da Fundação Oswaldo Cruz, visando à formação qualificada na área dos Direitos Humanos e Saúde, no intuito de fortalecer as ações dos magistrados e demais profissionais nas questões relacionadas ao atualmente tão sensível Sistema Único de Saúde.

Diante da constante preocupação com a competência, o Des. Ricardo alterou o Conselho Editorial da Revista da EMERJ e aperfeiçoou colaboradores para que as publicações acadêmicas desta Escola estejam alinhadas ao conjunto de procedimentos utilizados pela Capes para estratificação da qualidade da produção intelectual.

De igual forma, nossa Revista tem se dedicado a publicar trabalhos de autores estrangeiros em suas edições, destacando a importância do olhar para o que se produz fora do Brasil.

A unificação da administração da Biblioteca da EMERJ e do TJERJ foi mais um acontecimento, considerando a atualização, o aprimoramento e o acesso à cultura disponibilizados aos estudantes, profissionais e público em geral. Somos uma escola que concentra um dos principais acervos em obras jurídicas do país.

E, com a criação do estúdio multimídia e da Assessoria de Comunicação Institucional, tornou-se visível sua inefável gestão.

Observamos, ainda, dentre as propostas e iniciativas concretizadas, que o alto nível informativo dos cursos, palestras e grandes eventos realizados nos espaços Antonio Carlos Amorim e no Plenário deste Tribunal, durante o biênio que se encerra, alcançaram extraordinário êxito, com a presença de inúmeras autoridades e personalidades renomadas no meio jurídico e acadêmico, lotando de público aqueles auditórios, o que ensejou merecidos elogios.

Enfim, sob o amparo do Eterno e a contribuição de vários servidores e colaboradores, segue firme e forte nossa Escola, empreendendo e formando cidadãos para a construção de nosso Brasil.

Desejamos igual sucesso ao novo Diretor-Geral da Emerj para o biênio 2019/2020, Desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade, nessa árdua, porém dignificante missão de aperfeiçoamento e difusão do conhecimento.

**Desembargador MAURO DICKSTEIN**

Vice-Presidente do Conselho Consultivo Biênio 2017/2018

# Certezza e prevedibilità della disciplina del processo: il principio *tempus regit processum* fa ingresso nella giurisprudenza costituzionale

**Remo Caponi**

*Università di Firenze*

1. In un saggio del 2006 si era argomentata l'esistenza del principio secondo il quale non si cambiano le regole del processo quando esso è in corso. Inoltre, si era coniata una formula per denotarlo: *tempus regit processum* (). Questa scelta terminologica era parsa opportuna in considerazione dell'ambito di applicazione saliente, ancorché non esclusivo, del principio: il diritto intertemporale. La variazione rispetto alla formula tradizionale *tempus regit actum* non è casuale, ma connota piuttosto una contrapposizione.

Nell'ordinamento italiano, il principio *tempus regit processum* può trovare il suo fondamento costituzionale, in relazione ai processi dinanzi ai giudici statali, nell'art. 111, comma 1 Cost. (), nel suo corollario diretto ad assicurare la determinazione previa delle regole processuali. Un equivalente principio, sulla base del principio dell'autonomia e libertà contrattuale (art. 41 Cost.), è da estendere ai processi dinanzi agli arbitri (), poiché i valori che richiedono di essere protetti dalla Costituzione, in base alla garanzia del giusto processo (statale o arbitrale), sono la certezza e prevedibilità delle regole processuali, indipendentemente dal fatto che queste ultime rinvengano la loro fonte nella legge o nell'autonomia privata ().

La certezza e prevedibilità della disciplina processuale vale in relazione all'intero processo (o meglio, in relazione agli interi gradi di esso), perché, se vale solo in relazione ai singoli atti processuali, è garantita in

modo insufficiente. Il processo è attività unitaria, cui poco si addice la frammentazione conseguente all'avvicinarsi di modifiche normative. Perciò conta *tempus regit processum*, non tanto *tempus regit actum*.

Nella giustizia arbitrale è chiamato a valere un principio equivalente, ma non identico, poiché il momento del tempo cui si deve ancorare in linea di principio la disciplina processuale non è l'inizio del processo, ma il momento in cui le parti hanno concordato la scelta della via arbitrale, in funzione di tutela della stabilità della disciplina tenuta presente da costoro, quindi in funzione di tutela dell'autonomia e libertà contrattuale (art. 41 Cost.). Sono salve diverse determinazioni delle parti o ragioni di efficienza, ad esempio di istituzioni che amministrano l'arbitrato (), che suggeriscano alla legge, comunque vigente al tempo della scelta della via arbitrale, di adottare la soluzione opposta, come accade con l'art. 832, terzo comma c.p.c. ().

Con Corte cost. n. 13 del 2018 (), il principio *tempus regit processum* entra per la prima volta nella giurisprudenza costituzionale. Per valutare il senso di questa operazione, occorre ricostruire la linea di sviluppo del principio, a partire dall'ambito in cui esso è nato.

2. Il nodo centrale del diritto intertemporale è il trattamento da riservare alle situazioni pendenti al momento dell'entrata in vigore del nuovo diritto. Tradizionalmente, si possono enucleare essenzialmente due orientamenti contrapposti ().

Il primo, prevalente nel secolo XIX e oggi minoritario, guarda con particolare favore alla conservazione dei valori giuridici e identifica il principio di irretroattività con il rispetto dei diritti quesiti. Da tale concezione discende tendenzialmente che: (a) una situazione di fatto che evolve verso il perfezionamento di una fattispecie prevista dalla norma anteriore può essere riqualificata da una norma posteriore; mentre, viceversa: (b) un effetto giuridico astratto (una regola di condotta), sorto alla stregua della norma anteriore, deve concretizzarsi così come prefigurato da questa anche dopo l'entrata in vigore della norma posteriore; nonché (c) un effetto giuridico concreto (un contegno umano conforme alla regola di condotta posta dalla norma anteriore), che ha iniziato a svolgersi prima dell'entrata in vigore della norma posteriore, deve dispiegarsi anche in futuro così come prefigurato dalla norma anteriore. Era il mondo di ieri, immortalato

nelle pagine di Stefan Zweig: “Se tento di trovare una formula comoda per definire quel tempo che precedette la Prima guerra mondiale, il tempo in cui sono cresciuto, credo di essere il più conciso possibile dicendo: fu l’età d’oro della sicurezza” ( ).

Il secondo orientamento, maturato successivamente, guarda con più favore al mutamento e identifica il principio di irretroattività con il semplice rispetto dei fatti compiuti (per usare l’etichetta con cui esso è maggiormente conosciuto, soprattutto grazie alla cultura giuridica francese) ( ). Tale orientamento rivolge al primo la seguente critica: il rispetto dei diritti acquisiti implica un differimento di efficacia della nuova disciplina, poiché le vecchie norme sopravviverebbero non solo per valutare i contegni passati, ma altresì per regolare i contegni futuri con riferimento alle situazioni giuridiche già sorte al momento dell’entrata in vigore delle nuove norme. Ciò non sarebbe conciliabile con l’efficacia immediata di queste ultime, che invece sono chiamate a disciplinare integralmente le situazioni pendenti. L’intento di questo secondo orientamento è di estendere l’incidenza delle norme posteriori sulle situazioni pendenti, pervenendo a un risultato tendenzialmente opposto a quello cui aspira il rispetto dei diritti acquisiti in relazione alle situazioni sub (b) e (c), in precedenza enucleate, sebbene il criterio del fatto compiuto dischiuda indagini con sviluppi ed esiti prevedibili e uniformi solo nei casi più semplici.

3. Rispetto al momento dell’entrata in vigore di una nuova disciplina processuale, le tipiche situazioni pendenti sono evidentemente i processi in corso. Il processo è una specie di procedimento, cioè una sequenza di norme giuridiche (o di fattispecie o di effetti giuridici) coordinate alla produzione di un atto finale e di un correlativo effetto giuridico finale. La nota minima della sequenza procedimentale, comune alle principali descrizioni circolanti in dottrina, è il riferimento allo schema secondo cui la fattispecie prevista dalla norma successiva della sequenza è integrata dagli effetti prodotti dall’attuazione della norma precedente. In altri termini: l’effetto giuridico previsto dalla norma successiva della serie vede sempre la sua fattispecie costitutiva integrata dalla componente di fatto dell’effetto giuridico previsto dalla norma precedente e così via fino al perfezionamento di una fattispecie che mette capo all’effetto finale del procedimento.

Data questa struttura, dal punto di vista del diritto intertemporale, il possibile trattamento del processo non sfugge a un'alternativa equivalente a quella tra rispetto dei diritti acquisiti e rispetto dei fatti compiuti. L'impostazione tradizionale muove da quest'ultimo, che viene concretizzato nel canone *tempus regit actum*. Secondo la classica formulazione di Sandulli, ciò comporta che ciascun atto della sequenza procedimentale “sia per ciò che riguarda il regime della sua essenza, della sua struttura e dei suoi requisiti, sia per ciò che riguarda il regime delle sue conseguenze, [debba essere] di massima sottoposto alla legge del tempo in cui venne posto in vita” (). Ciò si concilia con l'efficacia immediata delle nuove norme processuali.

Il canone *tempus regit processum* guarda invece con rinnovato interesse al principio del rispetto dei diritti quesiti, prospettando che l'instaurazione del processo generi una specie di diritto processuale acquisito al mantenimento intatto delle regole processuali vigenti al momento della proposizione della domanda, generalizzando così in parte qua la disposizione sulla *perpetuatio jurisdictionis* (art. 5 c.p.c.) ().

Da un punto di vista storico, si tratta indubbiamente di un'operazione di restaurazione.

Quando oggi si parla di efficacia delle norme nel tempo, la prospettiva si incentra sulla norma giuridica. Si muove dall'ambito di efficacia di quest'ultima, per individuare poi le situazioni della vita che vi ricadono. Questa impostazione non è l'unica possibile. Savigny sottolineava che lo studio della successione delle norme nel tempo può essere svolto da due punti di vista differenti: o, appunto, si muove dall'ambito di efficacia delle norme per individuare poi le situazioni che vi ricadono; oppure, viceversa, ci si rappresenta dapprima la situazione da disciplinare per cercare poi la regola di diritto da applicare ().

Si parla frequentemente di efficacia della legge processuale nel tempo; ma si può parlare anche, quindi, del tempo del processo e della sua disciplina.

Seguendo la seconda prospettiva, nell'affrontare i problemi di diritto intertemporale non conviene porsi tanto dall'angolo visuale di un'astratta distinzione tra retroattività e irretroattività (e delle varianti cui essa ha dato luogo), quanto da quello, più concreto, degli interessi protetti dalla norma

anteriore che, di volta in volta, sono toccati o lasciati intatti dalla norma posteriore ( ). Con ciò si restituisce profondità storica all'indagine, che si tende spesso a limitare all'epoca moderna. La limitazione è in un certo senso insita nell'impostazione che fa perno sull'efficacia temporale della legge, in quanto atto di volontà dei detentori del potere politico nello Stato moderno. Si tratta di uno dei tanti frutti della svolta che la storia giuridica dell'Europa continentale ha conosciuto alla fine del Settecento con lo snaturamento della dimensione giuridica e la puntigliosa realizzazione di un monopolio del diritto da parte dello Stato ( ).

Se ci si rappresenta dapprima la situazione da disciplinare e poi si ricerca la regola di diritto da applicare, viene in considerazione prima il processo. Il processo civile viene in considerazione prima della legge non solo nel discorso del giurista, ma anche nella storia delle istituzioni giuridiche. Il processo come strumento istituzionale di risoluzione di composizione delle controversie nasce evidentemente molto prima dello Stato moderno. Il legame tra Stato moderno e funzione di rendere giustizia è infatti la perpetuazione di un preciso disegno, maturato in quel profondo mutamento della temperie culturale e politica che, fra il secolo XVII e il secolo XVIII, segna il progressivo affermarsi nell'Europa continentale dei moderni ordinamenti processuali. Quel momento di svolta, se da un lato fu animato dalla tensione a rimediare alla degenerazione del processo romano-canónico e ad apprestare certezza alla disciplina del processo, dall'altro relegò al margine un'idea feconda di giustizia astatale, resa in un processo - l'ordo iudiciarius medievale - i cui principi non provenivano dalla volontà del legislatore, ma dalle regole della retorica e dell'etica ( ). Tali regole non erano imposte da un'autorità superiore ed esterna, ma erano proprie della stessa comunità cui appartenevano i protagonisti della vicenda processuale. Il disegno politico dello Stato moderno fu animato invece dal disegno di affidare la disciplina del processo a un'autorità superiore ed esterna rispetto ai soggetti della vicenda processuale. Con le parole di Nicola Picardi: "fino all'età moderna la procedura era considerata manifestazione di una ragione pratica e sociale, che si era realizzata nel tempo attraverso la collaborazione della prassi dei tribunali e della dottrina [...]. Con la formazione degli Stati moderni, pur fra notevoli resistenze, si andò invece affermando l'opposto principio della statualità del processo: il sovrano rivendicò il monopolio della legislazione in materia processuale" ( ).

Certamente, fra quelle regole di etica processuale anteriori all'età moderna ve n'era una secondo la quale non si cambiano le regole del processo quando esso è in corso. Le regole del contraddittorio dovevano essere previamente conoscibili dalle parti ed essere poste al riparo dall'alea di modificazioni sopravvenute.

Ma si può ammettere che questa delicata operazione che si compie nel processo ("la vera e sola ricerca del tempo perduto che fa l'esperienza pratica: il tempo che si ripresenta, il fiume che risale verso la sorgente, la vita che si coglie nella sua lacerazione e si reintegra nella sua unità" per richiamare le celebri parole di Giuseppe Capograssi) ( ) possa essere compiuta oggi sotto l'incubo di nuove regole del procedere immediatamente applicabili? L'intrinseca ragionevolezza del principio secondo cui non si cambiano le regole del processo quando esso è in corso è stata schiacciata dalla statualizzazione della procedura, nonché da ultimo, specialmente nell'ordinamento italiano, dall'interventismo di un legislatore, al quale solo in casi eccezionali si può riconoscere ormai una sufficiente attenzione verso la certezza e prevedibilità della disciplina del processo ( ).

Quella ragionevolezza merita di essere recuperata, ritenendo che essa permei di sé l'interpretazione dell'art. 11 delle Preleggi con riferimento alle leggi processuali: se la legge non dispone che per l'avvenire, la legge processuale non dispone che per i processi futuri (o meglio: per i futuri gradi di giudizio).

A questa stregua si può profilare una netta distinzione, per quanto riguarda i principi di diritto intertemporale, tra intervento di nuove norme sostanziali da applicare alla fattispecie dedotta nel giudizio (civile) e intervento di nuove norme processuali. Per quanto attiene alle norme sostanziali, vale per esse ciò che vale per i fatti sopravvenuti. Poiché il processo culmina in un giudizio in cui si applica la norma al fatto, l'economia dei giudizi impone che il materiale dell'accertamento sia il più recente possibile, per evitare di mettere in circolazione una decisione nata già vecchia, foriera di nuove dispute anziché della risoluzione della controversia.

Per quanto riguarda le norme processuali, la stessa economia dei giudizi gioca in senso opposto: nel senso che l'assetto predisposto in considerazione di un certo *modus procedendi* tendenzialmente non debba es-

sere sconvolto da norme sopravvenute, che rimettono inevitabilmente in discussione l'unità e la coerenza dell'intera attività processuale, cioè l'unità e la coerenza dell'attività processuale già svolta con quella futura.

4. Come si è già anticipato, il principio di diritto intertemporale *tempus regit processum* rinviene il proprio fondamento costituzionale nella garanzia del giusto processo.

Un notevole sostegno a questa soluzione deriva dalla giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco, che impiega in modo calibrato una garanzia costituzionale più comprensiva, quella della certezza del diritto, sotto il risvolto di una circostanziata tutela del legittimo affidamento nel perdurare della vecchia disciplina processuale ( ).

Questa impostazione merita di essere segnalata con favore anche al di là del diritto intertemporale. La certezza del diritto può e deve essere perseguita al massimo grado nella disciplina processuale, proprio in considerazione del carattere strumentale del processo civile nei confronti del diritto sostanziale. In altri termini, il rischio che l'errore processuale cagioni al titolare la perdita del diritto sostanziale dedotto in giudizio deve essere confinato entro il minimo indispensabile (auspicabilmente esso dovrebbe essere del tutto eliminato) ( ). La certezza della disciplina processuale deve essere perseguita al massimo grado specialmente al giorno d'oggi: quanto più è inevitabile che le regole di condotta sul piano sostanziale diventino mutevoli, difficili e complicate da individuarsi, tanto più queste difficoltà devono essere controbilanciate, in caso di controversia, da una disciplina processuale che aspiri ad essere semplice e certa. La fisiologica incertezza del diritto sostanziale deve essere compensata dalla certezza del diritto processuale, in funzione di garanzia dei poteri e doveri delle parti ( ). Perciò deve essere evitata la moltiplicazione legislativa dei riti processuali non sorretta da adeguate giustificazioni attinenti alla tipologia delle controversie. Perciò l'opportunità di mutare giurisprudenza in materia di interpretazione delle norme processuali, a situazione legislativa immutata, deve essere valutata con particolare rigore. In sintesi, nella diversità dei loro rispettivi ruoli processuali, avvocati e giudici devono poter riservare le loro energie alla tutela giurisdizionale degli interessi protetti dalle norme del diritto sostanziale ed evitare di trascorrere buona parte del loro tempo

di lavoro a interrogarsi sul possibile contenuto di una norma processuale, nonché a risolvere i problemi sollevati da una difficile attuazione di quest'ultima.

5. Ritornando a riflettere sul principio *tempus regit processum*, si può comprendere che crei talvolta inconvenienti un principio di diritto intertemporale così impegnativo, sia per il suo contenuto di conservazione dei valori giuridico-processuali (i gradi di giudizio in corso al tempo dell'entrata in vigore di nuove norme processuali non sono soggetti all'impero di queste ultime), sia per la resistenza che gli deriva dal suo fondamento costituzionale.

Certamente il principio *tempus regit processum*, come ogni principio, può incontrare delle limitazioni, in favore dell'applicazione immediata di nuove norme processuali, ma ciò accade unicamente quando tali limitazioni si aggancino a garanzie costituzionali che possano delimitare, in via di bilanciamento, il valore costituzionale sotteso al principio *tempus regit processum*. Ciò accade con riferimento alla cosiddetta efficacia retroattiva delle pronunce di accoglimento della Corte costituzionale (in materia processuale) (<sup>1</sup>), mentre ostacoli dovrebbero frapporsi all'efficacia retroattiva del mutamento di giurisprudenza sull'interpretazione di norme processuali (<sup>2</sup>).

Soprattutto, esigenze di ordine pubblico processuale, ancorate ad esempio alla garanzia costituzionale di efficienza del processo (argomentabile sulla base del principio della ragionevole durata: art. 111, comma 2 Cost.) possono imporre di applicare le nuove norme ai processi in corso. In tal caso soccorre la ponderata adozione di norme di diritto transitorio.

La distinzione tra norme di diritto intertemporale, inteso come quel complesso di principi e regole che disciplinano la successione delle norme nel tempo, e norme di diritto transitorio, inteso come insieme di prescrizioni dettate di volta in volta per regolare gli accadimenti compresi nel periodo in cui si verifica un mutamento legislativo, rivela qui tutta la sua utilità.

Non solo: il passaggio al principio *tempus regit processum* come canone fondamentale di diritto intertemporale responsabilizza molto di più il legislatore nell'adozione di una calibrata disciplina transitoria in vista dell'applicazione delle nuove norme ai processi pendenti (ove ne ravveda la necessità costituzionale), di quanto non faccia attualmente il principio

tempus regit actum riferito al singolo atto della sequenza processuale, che assicura automaticamente al legislatore il risultato per lui più interessante – l'applicabilità delle nuove norme ai processi in corso – talché, quanto ai dettagli del passaggio dalla vecchia alla nuova disciplina, troppo spesso il legislatore si permette di dire a giudici e avvocati di risolvere il problema da soli.

6. Il principio tempus regit processum ha ricevuto nel complesso una notevole attenzione nella cultura e pratica processuali, pur nella diversità di valutazioni (). Esso ha orientato l'adozione di importanti norme transitorie (), nonché soluzioni giurisprudenziali (), pur se talvolta in dottrina si sono manifestate riserve (). È il segno che esso risponde a esigenze teoriche e pratiche reali.

Con Corte cost. n. 13 del 2018, il principio tempus regit processum approda nella giurisprudenza costituzionale. Peraltro, la mancata messa fuoco del contesto sistematico nel quale esso si colloca aveva condotto il giudice a quo a considerare la soluzione accolta da tre sentenze delle Sezioni Unite della Corte di cassazione del maggio 2016 come contrastante con il principio tempus regit processum, mentre invece ne costituisce una fedele applicazione. Il rigetto della questione di costituzionalità ha sgomberato il terreno dall'equivoco.

Per spiegarsi si devono ripercorrere i termini fondamentali della questione. L'art. 829, comma 3 c.p.c., nel testo corrente, modificato dall'art. 24 d.lgs. n. 40 del 2006, stabilisce che "l'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa se espressamente disposta dalle parti o dalla legge. È ammessa in ogni caso l'impugnazione delle decisioni per contrarietà all'ordine pubblico". Prima della riforma del 2006, la norma stabiliva, invece, che l'impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto fosse sempre ammessa, salvo che le parti avessero autorizzato gli arbitri a decidere secondo equità o avessero dichiarato il lodo non impugnabile. L'art. 27, comma 4 d.lgs. n. 40 del 2006, in sede di disciplina transitoria, stabilisce che la nuova disciplina si applichi ai procedimenti arbitrali, nei quali la domanda di arbitrato sia stata proposta successivamente all'entrata in vigore della modifica legislativa.

La Corte di cassazione, in tre pronunce delle Sezioni Unite del 9 maggio 2016, n. 9341, 9285 e 9284, con inventiva notevole (), ma

saldamente orientata ai valori costituzionali sottesi all'applicazione del principio *tempus regit processum* al processo arbitrale (<sup>1</sup>), aveva escluso che la norma sopravvenuta potesse ascrivere al silenzio delle parti un significato convenzionale che le vincoli per il futuro in termini diversi da quelli definiti dalla legge vigente al momento della conclusione della convenzione arbitrale, evitando così che la sopravvenuta limitazione del potere di impugnare il lodo arbitrale per violazione delle norme di diritto relative al merito della controversia potesse colpire le parti di giudizi arbitrali pur promossi dopo l'entrata in vigore della modifica legislativa, ma in forza di convenzioni di arbitrato stipulate prima della riforma. L'interpretazione della disciplina transitoria era stata correttamente orientata a difesa dei valori costituzionali della certezza e prevedibilità della disciplina processuale, intendendosi che il rinvio alla legge compiuto dall'art. 829, comma 3 c.p.c. sia fatto alla legge vigente al tempo della stipula della convenzione arbitrale.

Pertanto sono state correttamente dichiarate infondate dalla Corte costituzionale le questioni di legittimità che, sulla base dell'interpretazione delle Sezioni Unite, erano state formulate dalla Corte di appello di Milano, prospettando inesistenti violazioni del principio di eguaglianza, nonché (paradossalmente) dello stesso principio dell'autonomia privata e della libertà contrattuale. ❖

# A Tutela Jurídica do Nascituro no Direito Brasileiro e Português

**Helda Lima Meireles**

*Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Mestranda em Direito e Ciência Jurídica na Universidade de Lisboa*

**RESUMO:** Este trabalho acadêmico objetiva fazer uma reflexão sucinta e uma análise da condição jurídica do nascituro e das diversas correntes doutrinárias que abordam o tema dentro do panorama atual. Primeiramente, realizou-se a conceituação de pessoa, para então delinear-se as teorias e o direito comparado, com ênfase no direito brasileiro e português. A preocupação precípua foi a de examinar os direitos conferidos ao ser que está em gestação, principalmente quantos aos direitos fundamentais, notadamente à dignidade, o acesso à justiça e o direito à vida, dentro das novas realidades éticas e biológicas, sempre tendo como escopo garantir um tratamento igualitário entre todos os seres humanos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Nascituro. Pessoa humana. Direitos do nascituro. Tutela Jurídica. Início da personalidade jurídica. Direito brasileiro. Direito português.

**ABSTRACT:** This paper aims to make a brief reflection and an analysis of the legal status of the unborn child and the diverse doctrinal that approach the theme, within the current panorama. Firstly, this paper conceptualized what it means to be a person was then performed, to outline theories and comparative law, with emphasis on Brazilian and Portuguese law. The main concern was to examine the rights conferred on the fetus especially regarding fundamental rights, especially dignity, access to justice and the right to life, within the new ethical and biological realities, always aiming to guarantee an equal treatment among all human beings.

**KEY WORDS:** Unborn child. Human being. Rights of the unborn child. Legal protection. Initiation of legal personality. Brazilian law. Portuguese law.

**SUMÁRIO:** 1. Considerações iniciais. 2. As correntes doutrinárias sobre o início da personalidade jurídica. 3. O nascituro no Direito brasileiro. 4. O nascituro no Direito português. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente estudo visa a analisar os direitos fundamentais, nomeadamente o direito à vida e à dignidade humana, no contexto da condição jurídica do nascituro, dentro do tema a ser abordado da tutela jurídica.

É dever do Estado a prestação da tutela jurisdicional, aplicando o direito ao caso concreto, e, sob este prisma, o direito à prestação jurisdicional há de ser considerado, igualmente, em relação ao nascituro enquanto respeito aos direitos a ele inerentes.

A tutela jurisdicional há de ser adequada e efetiva, considerando, inclusive, que o princípio da tutela jurisdicional se encontra consagrado, em nível constitucional, nos artigos 5º da Constituição Brasileira, e 20º e 268.º, nº 4, da Constituição da República Portuguesa.

Vale ressaltar que, embora para ambos os ordenamentos aqui em análise - o brasileiro e o português - a personalidade jurídica se iniciaria com o nascimento completo e com vida e terminaria com a morte, o ser humano é objeto de proteção legal ainda que não tenha personalidade jurídica, e, por conseguinte, capacidade de gozo e de direito.

No que tange à tutela jurisdicional do nascituro, que é o tema central deste trabalho, ganha importância o ser humano ainda não nascido, mas concebido, pois, ambos os ordenamentos jurídicos lhe conferem proteção.

Em que pese a enorme discussão doutrinária, que será sucintamente mencionada durante a exposição, considero que a vida humana começa com a concepção e, a partir desse momento, estamos perante uma pessoa merecedora do mesmo tratamento jurídico que as demais, competindo ao Estado assegurar a tutela dos direitos e valores mais elementares numa sociedade, quais sejam a VIDA e a DIGNIDADE.

## 2. AS CORRENTES DOUTRINÁRIAS SOBRE O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A necessidade da tutela dos direitos constitucionais fundamentais mais básicos e importantes que se conhece, quais sejam, a vida, a dignidade e a integridade física em amplo sentido, ocasionou na doutrina e jurisprudência a divergência quanto à interpretação do conceito de pessoa.

Surgem, historicamente, três correntes de pensamento sobre o que se deve considerar o início da personalidade jurídica para as pessoas naturais.

A natalista afirma que existe personalidade jurídica a partir do nascimento com vida. O não nascido não tem personalidade, mas apenas expectativa de direito. Nascendo com vida, adquirirá personalidade e será titular em plenitude de direitos e obrigações, incluindo os de natureza patrimonial.

Esta teoria, da qual são adeptos doutrinadores brasileiros clássicos, tais como: Caio Mário da Silva Pereira<sup>1</sup>, Sílvio Rodrigues<sup>2</sup> e San Tiago Dantas<sup>3</sup>, também é denominada de negativista, pois, do ponto de vista prático, nega ao nascituro até mesmo os seus direitos fundamentais, inclusive os relacionados à sua personalidade (direito à vida, alimentos, nome, imagem, etc.).

Em Portugal, com pequenas diferenciações ontológicas em relação a figurarem como defensores das correntes natalista e da personalidade condicional: Inocêncio Galvão Teles<sup>4</sup>, José Dias Marques<sup>5</sup> e Luís A. Carvalho Fernandes<sup>6</sup>.

Influenciada pelo direito francês, a teoria concepcionista propugna que o nascituro tem personalidade jurídica desde a sua concepção. Assim, considera o concebido, embora não nascido, como pessoa natural, sujeito de direitos e obrigações.

1 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, v.I, 30ª ed., revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes, gen/Forense, Rio de Janeiro, 2017, pp. 184-186.

2 Sílvio Rodrigues, *Direito civil-Parte Geral*, v.I, 34ª ed., Saraiva, São Paulo, 2007, pp. 35-36.

3 San Tiago Dantas, *Programa de Direito Civil*, taquigrafado por Vicor Bouhris Jurgens, 3ª.ed., revista e atualizada por Gustavo Tepedino, Antonio Carlos de Sá, Carlos Edison de Rêgo Monteiro Filho e Renan Miguel Saad, Forense, Rio de Janeiro, 2001, p. 134.

4 Inocêncio Galvão Teles, *Introdução ao Estudo do Direito*, v. II, 10ª ed. (reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, p.165.

5 José Dias Marques, *Noções Elementares de Direito Civil*, 7ª ed., Pedro Ferreira Arte Gráfica, Lisboa, 1992, pp.13-14.

6 Luís A. Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, v. I, 5ª.ed, revista e atualizada, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2009, p.201.

Em contraposição à teoria natalista, a concepcionista é reconhecida como afirmativista, pois observa que o nascituro tem personalidade em momento anterior ao nascimento com vida.

No Brasil, defendem a corrente concepcionista: Silmara Juny Chinellato<sup>7</sup>, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho<sup>8</sup> e Maria Helena Diniz<sup>9</sup>. Em Portugal: Antônio Menezes Cordeiro<sup>10</sup>, Jose de Oliveira Ascensão<sup>11</sup> e Diogo Leite Campos<sup>12</sup>.

A teoria da personalidade condicional confere direitos ao nascituro desde a concepção, porém tais direitos dependem do nascimento com vida. Inexistindo o implemento da condição - nascimento com vida - não haverá aquisição da personalidade. Por conseguinte, a tutela a eles atribuída (como as de caráter patrimonial) estaria sob a forma de condição suspensiva, ou seja, se o concebido nascer com vida, sua personalidade retroage ao momento de sua concepção.

Quanto a esta última corrente citada, no Brasil são seus defensores: Washington de Barros Monteiro<sup>13</sup>, Miguel Maria de Serpa Lopes<sup>14</sup>, Clóvis Bevilacqua<sup>15</sup> e Arnaldo Rizzardo<sup>16</sup>. Em Portugal, em sentido aproximado ao entendimento exposto: Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Souza<sup>17</sup>.

---

7 Silmara Juny Chinellato, Tutela civil do nascituro, Saraiva, São Paulo, 2000, p.144.

8 Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Novo curso de direito civil, v.I, 19ª ed, Saraiva, São Paulo, 2017, pp. 139-141.

9 Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, v.I, 35ª ed., Saraiva jur, São Paulo, 2018, pp. 233- 234.

10 Antônio Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, tomo IV, Parte geral, Pessoas, 4ª ed, revista e atualizada com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro, Almedina, Coimbra, 2017, p.381.

11 José de Oliveira Ascensão, Direito Civil- Teoria geral-Introdução às pessoas, os bens, v.I, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p.44.

12 Diogo Leite Campos, Nós- Estudo sobre o Direito das pessoas, Livraria Almedina, Coimbra, 2004, p.81.

13 Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, v.I,45ª ed., Saraiva, São Paulo, 2016, pp.80-82.

14 Miguel Maria de Serpa Lopes, Curso de Direito Civil, v.I, 9ª ed., Freitas Bastos, São Paulo, 2000 apud Arnaldo Rizzardo, Introdução ao Direito e Parte Geral do Código Civil, 8ª ed., gen/Forense, Rio de Janeiro, 2016, p. 190.

15 Clóvis Bevilacqua, Teoria Geral do Direito Civil, 7ª ed., atualizada por Achilles Bevilacqua e Isaias Bevilacqua, Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1972, pp. 65-70.

16 Arnaldo Rizzardo, Introdução ao Direito e Parte Geral do Código Civil, 8ª ed., gen/Forense, Rio de Janeiro, 2016, pp.189-190.

17 Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Souza, O Direito Geral de Personalidade, Coimbra editora, Coimbra, 1995, pp.157-158.

### 3. O NASCITURO NO DIREITO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico brasileiro, na verdade, tem uma interpretação sistemática e evolutiva do texto constitucional e dos demais dispositivos infraconstitucionais que obriga a concluir que ao ser humano, desde sua concepção, devem ser assegurados o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. A proteção se estende, igualmente, a qualquer negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão.

O Código Civil brasileiro, no artigo 2º, dispõe que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, sendo certo que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Observa-se que o referido dispositivo legal não contemplou os requisitos da viabilidade (permanência da vida no recém-nascido), como o faz o Direito Civil Holandês e o Francês, e a forma humana, esta última que era exigida pelo Direito Civil Espanhol (artigo 30º)<sup>18</sup>.

Não obstante os autores diverjam quanto às correntes de pensamento citadas, o cerne da questão, na verdade, não está mais em qual teoria adotar, uma vez que a maioria dos doutrinadores modernos e a jurisprudência brasileira consideram que há direitos que devem ser conferidos ao concebido, ao menos no plano dos direitos da personalidade<sup>19</sup>.

Traçando, no entanto, um paralelo entre a ideia supracitada, percebe-se que a doutrina brasileira se aproxima do que é proposto pela teoria que se convencionou chamar de personalidade condicional, pois a personalidade do nascituro conferiria aptidão apenas para a titularidade de direitos personalíssimos (sem conteúdo patrimonial), como exemplo, o direito à vida ou a uma gestação saudável, uma vez que os direitos patrimoniais estariam sujeitos ao nascimento com vida (condição suspensiva).

---

18 *Verde*, neste sentido, Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro ..., op.cit, pp. 231-232.

19 De qualquer forma, César Fiuza, lembrado por Flávio Tartuce, crítica a redação do artigo 2º do atual Código Civil Brasileiro: “Perdeu o legislador a oportunidade histórica de pôr fim à controvérsia entre natalistas e concepcionistas. Os natalistas entendem que a personalidade tem início com o nascimento com vida. Os concepcionistas defendem a tese de que a personalidade começa a partir da concepção. Qual seria a posição do Código Civil? Os natalistas propugnam por sua tese; afinal, esta seria a intenção literal do legislador, ao afirmar que a personalidade civil começa do nascimento com vida. Ocorre que, logo a seguir, o mesmo legislador dispõe que os direitos do nascituro serão postos a salvo. Direitos só detêm as pessoas, sendo assim, por interpretação lógica, o texto legal estaria adotando a tese concepcionista. Faltou coragem ao legislador de 2002 (Código Civil anotado..., 2004, p. 24).” (Flávio Tartuce, Direito Civil Lei de Introdução e Parte Geral. v.1, 12ª ed., revista, atualizada e ampliada, gen/Forense, Rio de Janeiro, 2016, pp. 118-119).

A teoria da personalidade condicionada menciona a nomenclatura “personalidade formal e material”. Embora defenda que tanto o nascituro como o embrião (discussão quanto à fertilização *in vitro*) devam ter o seu direito tutelado desde a concepção, atribui uma distinção: a personalidade formal é conferida desde a concepção por ser o nascituro titular de direitos da personalidade, no entanto, apenas com o nascimento com vida seria possível a concessão de direitos patrimoniais ao mesmo<sup>20</sup>.

A legislação brasileira possui diversos direitos concedidos, particularmente ao ser humano em formação: a curatela do nascituro (artigo 1.779 do Código Civil), a admissibilidade de ser constituído herdeiro ou legatário o concebido (artigo 1.799 do Código Civil), de receber doação (artigo 542 do Código Civil) etc.

A proteção reconhecida ao nascituro, no entanto, como já afirmado, cinge-se aos seus direitos da personalidade, intimamente ligados a uma visão humanitária e de valores fundamentais. Porém, já há doutrina, que avança no sentido de afirmar que o nascituro também tem direitos patrimoniais desde a concepção<sup>21</sup>.

Afinal, pela própria redação do artigo 2º do Código Civil brasileiro é possível ter-se uma outra leitura: aquela pela qual diversos direitos podem ser conferidos ao nascituro, por titularidade própria, até mesmo porque inexistente um rol taxativo de garantias<sup>22</sup>.

Não se nega que apenas entre pessoas, sujeitos de direitos, é possível estabelecer relações jurídicas, porém, existe a possibilidade de observação de que o nascituro tem personalidade ampla, ainda que a lei de um ou outro país dê capacidade apenas ao nascido vivo.

A base deste entendimento é, certamente, a realidade que prega a personalização do Direito Civil, o que afasta uma visão essencialmente patrimonialista do direito. O ser humano deve ter proteção ampla, integral.

Igualmente, o princípio da proteção integral preconiza que os interesses da criança devem ser resguardados em toda a sua extensão<sup>23</sup>. Há,

---

20 *Vide*, neste sentido, Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro ...*, op.cit, p.232.

21 *Vide*, neste sentido, Flávio Tartuce, *Direito Civil...*, op.cit, p.125.

22 *Vide*, neste sentido, Silmara Juny Chinellato, *Tutela civil...*, op.cit., p.145

23 Artigo 7.º do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/acervo/legislacao>.

pois, que reconhecer a titularidade de sujeito de direitos e, portanto, titular do direito à vida, desde a concepção.

Instrumento de proteção importante, igualmente, é a Lei dos alimentos gravídicos: Lei n. 11.804 de 05 de novembro de 2008<sup>24</sup>.

Afirme-se, no entanto, que seria de melhor alvitre se denominássemos a referida última norma de Lei dos alimentos do nascituro, pois, sujeito que é, deveria ter sido reconhecido como o titular imediato do direito. Porém, equivocadamente, o ato normativo acaba se reportando ao estado biológico da mulher (gravidez).

Não obstante, cite-se que a jurisprudência brasileira possui precedente do Superior Tribunal de Justiça, que, recentemente, conferiu os “alimentos gravídicos” à criança que estava por nascer e, pela projeção de sua proteção à vida e saúde, determinou a conversão automática de tal verba em forma de pensão, considerando a existência de direitos fundamentais<sup>25</sup>.

O posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, competente para definir a uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional, é no sentido de que o nascituro pode ter direitos a partir da concepção. Ou seja, o STJ confere a proteção àquele que está por nascer, direito à vida, à honra, à imagem, projeções do direito da personalidade<sup>26</sup>.

Igualmente, quanto aos já referidos direitos da personalidade, consta Enunciado de n. 1, do Conselho da Justiça Federal (CJF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), aprovado na I Jornada de Direito Civil, que também consagra direitos ao natimorto<sup>27</sup>.

Ademais, há polêmico Projeto de Lei (PL 478/2007), que tramita na Câmara dos Deputados desde 2007 quanto ao tema. É o Estatuto do Nascituro. Segundo o seu artigo 2º, “nascituro é o ser humano concebido, mas ainda não nascido”. No parágrafo único, inclui em tal conceito “os

---

24 Lei que disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido.

25 Brasil, Acórdão do Superior Tribunal de Justiça de 22/06/2017, proferido no processo REsp 1629423/SP, 3ª Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellize. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1629423&&b=ACOR&thesaurus=JURIDIC O&p=true>.

26 Brasil, Acórdão do Superior Tribunal de Justiça de 29/09/2014, proferido no processo REsp n.1.415.727/SC, 4ª Turma, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1415727&&b=ACOR&thesaurus=JURIDIC O&p=true>.

27 Conselho da Justiça Federal, I Jornada de Direito Civil, Enunciado n. 1: “Art. 2º: a proteção que o Código defere ao nascituro alcança também o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura”. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/>.

seres humanos concebidos *in vitro*, os produzidos através de clonagem ou outro meio científico e eticamente aceito”.

Embora polêmico, o Projeto possui a tendência de ampla proteção ao nascituro (vida intrauterina) e ao embrião (com vida ultrauterina).

Por fim, mas não menos importante, pelo contrário, o Pacto de São José da Costa Rica considera nascituro como pessoa e assegura o direito à vida desde a concepção. Tal Pacto tem força de norma supralegal, inserido no ordenamento jurídico brasileiro por força do Decreto n. 678/1992, e, portanto, merece ser aplicado, tendo em vista o disposto no parágrafo 2º do artigo 5º, da Constituição Federativa do Brasil.

#### 4. O NASCITURO NO DIREITO PORTUGUÊS

Em Portugal, a controvérsia reside em saber se os direitos do nascituro são dependentes do nascimento com vida, considerando o artigo 66º do Código Civil Português em paralelo com o artigo 24º da Constituição Portuguesa.

No país lusitano, a teoria da condição suspensiva assevera que a personalidade somente é adquirida com o nascimento com vida e, neste caso, haverá uma retroação dos seus efeitos, para eventuais doações de bens.

A teoria da condição resolutiva afirma que o nascituro tem personalidade desde que é concebido e, se morrer antes do nascimento, ela se extingue e é considerada retroativamente.

No entanto, existem vários direitos autorizadores que podem ser usufruídos desde a concepção sem limitação, traduzindo verdadeiros direitos subjetivos, como os define Antônio Menezes de Cordeiro<sup>2828</sup>. Com efeito, a doutrina portuguesa que não reconhece a personalidade jurídica ao nascituro, começa a ser contrariada por uma igualmente forte corrente, que defende a posição de que o ser já concebido teria direitos.

Na lei civil portuguesa, quando se regula o instituto da perfilhação, o artigo 1854º do Código prescreve que esta pode ser feita a todo o tempo, antes ou depois do nascimento e, o artigo 1855º esclarece, porém, que esta só é válida se for posterior à concepção.

O artigo 1878º Código Civil, ao tratar da matéria das responsabilidades parentais, declara que incumbe aos pais a representação legal dos filhos

---

28 Antônio Menezes Cordeiro, Tratado..., op.cit., p.374.

“ainda que nascituros”. No âmbito do direito sucessório, o n° 1 do artigo 2033° do Código Civil reconhece a capacidade sucessória a todas as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão e o n° 2 do artigo 2240° atribui a administração da herança do nascituro já concebido a quem administraria os seus bens, se ele já tivesse nascido.

O direito português, outrossim, possui dispositivo legal que admite o aborto voluntário até a 10ª Semana de gestação, conforme disposto na Lei n. 16 de 17 de abril de 2007<sup>29</sup>.

Nesse sentido, o artigo 24° da Constituição Portuguesa reza que “a vida humana é inviolável”, bem como, no n° 1 do artigo 25°, que “A integridade moral e física das pessoas é inviolável” e, no n° 1 do artigo 26°, que “A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação”.

Assim, observo que o ordenamento jurídico português confere proteção ao nascituro – e até ao concepturo, ou seja, aquele que ainda nem foi concebido – mas (com exceção das limitações legais à licitude da interrupção voluntária da gravidez) depende do posterior nascimento completo e com vida.

O Supremo Tribunal de Justiça já reconheceu a necessidade de proteção ao nascituro no seguinte caso: o processo julgado tratava do drama vivido por uma família, composta por pai, mãe grávida e um filho de um ano e meio. O pai envolveu-se em um acidente de trânsito e morreu. Era ele que sustentava toda a família, uma vez que a mulher não trabalhava e ficava em casa para cuidar do filho. Dezoito dias depois da morte, nasceu a filha do casal. Diante da situação, a mulher recorreu à Justiça pedindo indenização por danos materiais e morais para ela e para os filhos. Os danos materiais foram reconhecidos para os três, mas o direito de reparação por danos morais foi negado à filha, que ainda não tinha nascido no momento do acidente. O argumento usado pela segunda instância foi o de que, pelo Código Civil português, uma pessoa só adquire personali-

---

29 Lei n. 16 de abril de 2007: “(...) Artigo 142. [...] 1 - Não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando: (...) e) For realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez. (...)”. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?artigo\\_id=913A0007&nid=913&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&versao=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=913A0007&nid=913&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&versao=).

dade jurídica a partir do nascimento. Os juízes do STJ concluíram que a partir do momento da concepção já existe um ser humano, não cabendo à lei retirar esse direito<sup>30</sup>.

Pelo que decidiu a segunda instância, o feto careceria de personalidade jurídica, apesar de possuir certa proteção. Mesmo sem a existência física autônoma, uma vez que ainda ligado e dependente do corpo materno, faz jus a tutela jurídica, como sujeito de direito em gestação<sup>31</sup>.

A corrente clássica, mais tradicional, vai além, negando personalidade jurídica ao nascituro e entendendo que o seu início se encontra ligado ao nascimento com vida.

Assim, a aquisição de sua autonomia para os devidos fins estaria diretamente vinculada a esse fato, bem como a cessação de seus direitos com o termo da mesma vida<sup>32</sup>.

Rabindranath Capelo de Souza já enxerga o nascituro como um ser dotado de realidade jurídica parcial<sup>33</sup>. O argumento é claro: se a própria lei reconheceu direito ao nascituro, embora sujeito de determinadas condições, outra coisa não fez que reconhecer, ainda que parcialmente, personalidade jurídica.

A ideia já desenvolvida pela Jurisprudência citada, qual seja, a de que a identidade física do filho nascido é a mesma do nascituro enquanto no ventre materno, e é desenvolvida de forma contínua e ininterrupta desde a concepção - ainda que minoritária - é a mais indicada na doutrina portuguesa, particularmente adotada por Diogo Leite Campos<sup>34</sup>, mas também por Menezes Cordeiro<sup>35</sup> e Oliveira Ascensão<sup>36</sup>, entre outros, que vinham rejeitando a teoria natalista, chamando a atenção para o fato de que a ordem jurídica não pode negar a realidade biológica de que o nascituro e a criança nascida são idênticos.

---

30 Portugal, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03/04/2014, proferido no Processo n. 436/07.6TBVRL.P1.S1, Relator Álvaro Rodrigues. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/28aff17cdabb90e880257cb00034dce2?OpenDocument>.

31 Vide, neste sentido, Inocêncio Galvão Teles, Introdução..., op.cit., p. 165.

32 Vide, neste sentido, José Dias Marques, Noções..., op.cit., pp.13-14.

33 Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Souza, O Direito Geral..., op.cit., pp.157-158.

34 Diogo Leite Campos, Nós- Estudos..., op.cit., p. 81.

35 António Menezes Cordeiro, Tratado..., op.cit., p. 381.

36 José de Oliveira Ascensão, Direito Civil..., op.cit., p.44.

Na verdade, a doutrina de ampla proteção e início do reconhecimento da personalidade jurídica em todas as suas perspectivas deixa claro que, embora todos os nascituros sejam diferentes entre si, assim como os já nascidos, algo de indelével os une: o princípio da dignidade do ser humano.

Portanto, à medida que o nascituro está sendo objeto de análise de acordo com a vivência contemporânea, cada vez se torna mais nítida e indiscutível que sua vida e personalidade recuam até o momento da concepção.

Desta feita, independentemente da posição adotada pelos doutrinadores, verifica-se que, com a evolução do pensamento e as características da sociedade moderna, existe um caminhar, mesmo lento, em busca de uma concepção mais ampla a respeito do ser em gestação.

Não se retira que, dentro desse conteúdo e de uma conceituação epistemológica, exista uma grande influência da religião, bem como de posicionamentos pró ou contra o aborto, para a adoção de um ou outro pensamento.

## 5. CONCLUSÃO

Na verdade, no sentido jurídico, pessoa é todo ente ao qual se atribui personalidade e é apenas nesse sentido que só o ser humano nascido vivo é uma pessoa: pessoa é sinônimo de sujeito de direito, pessoa natural ou jurídica capaz de se manifestar juridicamente.

Entretanto, não podemos aceitar que o Direito defina – por essência –, limitando quem é pessoa, homem ou ser humano.

Ademais, a vida humana pressupõe continuidade. A evolução é constante, assim o ser humano vai se modificando, tanto no campo físico como espiritual. A ciência dá nomes diferentes para essas etapas, incluindo zigoto, blastocisto, embrião, feto, bebê, criança, adolescente e adulto. Isso não altera o consenso científico de que, em todos os pontos do seu desenvolvimento, cada indivíduo é um membro vivo da espécie humana, devendo ser tratado como tal.

Na medicina é possível acompanhar, de maneira bem detalhada e profunda, o desenvolvimento da vida intrauterina. O feto pode ser fotografado, ter identificados os seus traços, seu sexo e suas condições morfológicas e anatômicas.

Na flora e na fauna, temos exemplos de plantas e animais que vivem em situação de simbiose.

Assim, também entendo que na raça humana o nascituro depende da mãe, e reconhecer como sendo este o início do homem não é nada além do que reconhecer que dentro de alguém existe outro alguém.

Ser humano é um conceito natural, ético, que ultrapassa o Direito positivo e que é neste apenas interpretado, de forma incompleta no que tange à personalidade jurídica.

Estamos tratando da tutela dos direitos da personalidade do homem; nela se inclui o nascituro, e é este que importa, não as teorias ou conceitos desenvolvidos a seu respeito.

A conclusão, para mim, é inexorável: o nascituro deve ser visualizado como detentor de amplos direitos desde sua concepção, momento em que adquire sua personalidade. ❖

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENÇÃO, José de Oliveira, *Direito Civil- Teoria geral-Introdução as pessoas, os bens*, v. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.

BEVILAQUA, Clóvis, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7ª ed., atualizada por Achilles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua, Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1955.

CAMPOS, Diogo Leite, *Nós- Estudo sobre o Direito das pessoas*, Livraria Almedina, Coimbra, 2004.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra editora, Coimbra, 1995.

CHINELLATO, Silmara Juny, *Tutela civil do nascituro*, Saraiva, São Paulo, 2000.

CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil, Parte geral, Pessoas*, 4ª ed., Tomo IV, revista e atualizada com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro, Almedina, Coimbra, 2017.

DANTAS, San Tiago, *Programa de Direito Civil*, taquigrafado por Victor Bouhris Jurgens, 3ª.ed., revista e atualizada por Gustavo Tepedino, Antonio Carlos de Sá, Carlos Edison de Rêgo Monteiro Filho e Renan Miguel Saad, Forense, Rio de Janeiro, 2001.

DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v.I, 35ª ed., São Paulo, Saraiva jur, 2018.

DONIZETTI Elpidio e QUINTELLA Felipe, *Curso Didático de Direito Civil*, 6ª ed., gen/atlas, São Paulo, 2017.

FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, v.I, 3ª ed., Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA Filho, Rodolfo, *Novo Curso de direito Civil*, v.I, 19ª ed., Saraiva, São Paulo, 2017.

HOSTER, Heinrich Ewald, *A parte geral do Código Civil português- Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª ed., (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2003.

LOPES, Miguel Maria de Serpa, *Curso de Direito Civil*, 9ª ed., Freitas Bastos, São Paulo, 2000 apud Rizzardo Arnaldo, *Introdução ao Direito e Parte Geral do Código Civil*, 8ª ed., gen/Forense, Rio de Janeiro, 2016.

MARQUES, José Dias, *Noções Elementares de Direito Civil*, 7ª ed., Pedro Ferreira Arte Gráfica, Lisboa, 1992.

MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil*, v. I, 45ª ed., Saraiva, São Paulo, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil- Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral de Direito Civil*, v.I, 30ª ed., revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes, gen/Forense, Rio de Janeiro, 2017.

RIZZARDO, Arnaldo, *Introdução ao Direito e Parte Geral do Código Civil*, 8ª ed., gen/Forense, Rio de Janeiro, 2016.

RODRIGUES, Silvio, *Direito civil*, v. I, 34ª ed., Saraiva, São Paulo, 2007.

TARTUCE, Flávio, *Direito Civil Lei de Introdução e Parte Geral*, v.I, 12ª ed., revista, atualizada e ampliada, gen/Forense, Rio de Janeiro, 2016.

TELES, Inocência Galvão, *Introdução ao Estudo do Direito*, v. II, 10ª ed., (reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

# Giustizia Riparativa

## La mediazione “della sofferenza e del disordine”

**Caterina Catalfamo**

*Nata a Barcellona Pozzo di Gotto-Messina, Italia, nel 1972*

*Giurista, Mediatrice e Criminologa*

### INTRODUZIONE

Un modo per “trattare” le relazioni conflittuali che quotidianamente sorgono nei vari ambiti della vita sociale è la “**mediazione**”.

Non si tratta di una tecnica, ma di una modalità di conduzione delle relazioni.

Diversi sono i suoi ambiti di applicazione, come quello in campo civile, familiare, penale, e questo rischia di far diventare la mediazione un fenomeno alla moda, anziché, come invece si auspica, una cultura volta al sentire empatico dell’altro, all’accoglimento del disordine generato dal conflitto, rendendo, così, possibile il cambiamento.

Regolata e disciplinata diversamente a seconda dei suoi diversi ambiti di applicazione, la mancanza di chiarezza sul concetto stesso di mediazione ha causato diffidenze e resistenze ingiustificate.

Vero è che in ogni ambito (civile familiare penale..) le esigenze sono diverse, e così pure le finalità, senza poi parlare del fatto che alcuni ambiti sono disciplinati da legge e altri no, tuttavia in tutti questi settori può essere applicata la mediazione che, nella nostra società, come un “**vortice**” conduce verso la costruzione della “cultura della pace”.

Questa è la mediazione umanistica<sup>1</sup>, metodo che non conosce settorializzazioni, ma che può essere applicato in ogni conflitto.

**La mediazione in ambito civile**, può rappresentare il cerchio più esterno di questo immaginario “vortice”; esso coinvolge le parti che

---

<sup>1</sup> **Jacqueline Morineau** (Francia 1934) “ideatrice” e massimo esponente a livello internazionale della mediazione umanistica.

intendono ottenere la soluzione più adatta per una disputa riguardante solo diritti disponibili, ossia quelli in relazione ai quali le parti hanno un potere negoziale.

Con **la mediazione in ambito familiare** siamo, già, nella parte più interna del nostro “vortice”, quello più coinvolgente dal punto di vista relazionale. Essa è impiegata in tema di conflitti fra coniugi e tra conviventi, tra genitori, tra genitori e figli, con le famiglie di origine.

Protagonisti del conflitto sono le emozioni, i sentimenti, ossia ciò che appartiene all'intimità della persona.

**La parte centrale del nostro “vortice” la identifichiamo, invece, con la Mediazione Penale.**

Questo tipo di mediazione, che comprende programmi di mediazione tra vittime e autori di reato, va al di là della negoziazione e della conciliazione.

In mediazione penale, dove l'asimmetria delle parti costituisce un fattore specifico, lo scopo è quello di far avvicinare ciò che di regola è considerato inavvicinabile, ossia la vittima e il reo, e di accogliere ciò che non trova accoglienza nella nostra società, ossia la sofferenza e il disordine.

In questo ambito nacque e si perfezionò il “metodo” della “*mediazione umanistica*” di **J. Morineau**, che consente ai protagonisti di comprendere lo svolgersi degli eventi, la loro responsabilità, e scoprire la propria capacità di cambiare atteggiamento.

Tale trasformazione avviene quando viene toccata la parte più elevata dell'uomo, quella spirituale.<sup>2</sup>

## ORIGINI DELLA MEDIAZIONE PENALE

E' intorno agli anni Sessanta e Settanta che, prima negli Stati Uniti e poi in Europa lo sviluppo di tre fenomeni hanno portato all'emergere della mediazione penale quale modalità di soluzione dei conflitti.

### 1. Il percorso antropologico.

Alcuni giuristi statunitensi di formazione antropologica insoddisfatti del convenzionale sistema di giustizia, volsero la loro

---

2 J. Morineau, *Il mediatore dell'anima* – Servitium Editrice, 2010

attenzione alle modalità di regolazione delle dispute in uso in piccole comunità africane ed in Canada, in cui il percorso di mediazione è autonomo rispetto al processo penale. Il processo è rito, è spettacolarità dell'amministrazione della giustizia. Esso può essere paragonato ad un gioco a somma zero, in cui c'è sempre una parte che vince e una che perde. Al contrario, la mediazione rifugge dalla ritualità simbolica del processo: essa è, piuttosto, un rito purificatorio in cui viene restituito alle parti il conflitto e corrisponde ad un gioco a "somma positiva", in cui nessuno perde ed anzi ciascuna delle parti vince qualcosa sia pure attraverso reciproche concessioni<sup>3</sup>;

## 2. Il movimento per l'abolizionismo.

Affermava come la pena detentiva non avesse efficacia di prevenzione e dovesse essere solo una estrema ratio;

## 3. La riconsiderazione delle vittime.

Infatti, sia la Scuola Classica, che parte dal presupposto che il reato è un'offesa nei confronti dello Stato, sia la Scuola Positiva, che sposta l'attenzione dal reato alla figura del delinquente, si disinteressano della vittima del reato la cui "riscoperta" si deve invece alla pressione politica esercitata dai movimenti a favore delle vittime.

Queste le ragioni che hanno portato il modello di "**Giustizia riparativa**" ad essere applicato in misura sempre maggiore in tutti i paesi occidentali.

A **Kitchener nell'Ontario** (Canada), nel maggio del 1974 per la prima volta trovò applicazione il primo articolato programma di mediazione penale destinato ad influenzare tutti i programmi di mediazione successivi e che avrebbe portato a un movimento di dimensioni internazionali.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> CASTELLI, *La mediazione. Teorie e tecniche*, Milano, 1996, p. 40.

<sup>4</sup> Silvio Ciappi, Anna Coluccia *Giustizia Criminale- Retribuzione, riabilitazione e ripartizione: modelli e strategie di intervento penale a confronto-* Franco Angeli 1997 pag.117 *"Un probation officer di religione mennonita dinanzi a due giovani accusati di aver compiuto atti vandalici sotto l'effetto di sostanze alcoliche furono condannati al pagamento di una multa e furono assegnati a un*

## FONTI IN MATERIA DI MEDIAZIONE PENALE

Tra le principali norme sovranazionali che si riferiscono alla mediazione ricordiamo:

- La **Raccomandazione R (85) 11**, adottata dal Comitato dei ministri del **Consiglio d'Europa** il 28 giugno 1985;<sup>5</sup>
- La **Raccomandazione del Consiglio d'Europa n. 19/99**, la fonte più importante e specifica all'introduzione della mediazione penale quale strumento di risoluzione dei conflitti;<sup>6</sup>
- La **Raccomandazione R (2006)2** del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle Regole penitenziarie europee al paragrafo 103 n. 7 prevede che *“I detenuti che lo desiderano possono partecipare a programmi di giustizia riparativa e riparare le infrazioni commesse”*<sup>7</sup>
- **Dichiarazione di Vienna su criminalità e giustizia** (X Congresso delle Nazioni Unite sulla Prevenzione del Crimine e il trattamento dei detenuti - **Vienna 10-17 aprile 2000**),<sup>8</sup>

---

*programma di probatio per un periodo di diciotto mesi. Sulla base delle indicazioni contenute nel Presentence Investigation Report, il giudice impose ai due giovani il pagamento di una somma a titolo di restituzione, da versare alle vittime del reato; grazie all'iniziativa del probatio officer cui erano stati affidati e alla disponibilità del giudice, fu organizzato un incontro fra gli autori del reato e le loro vittime durante il quale i due giovani consegnarono a queste la somma disposta dal giudice a titolo di risarcimento. Ciò inoltre permise alle vittime di rivolgere alcune domande ai due giovani circa le modalità e i motivi del reato. Le reazioni delle vittime all'incontro furono molteplici: infatti mentre alcune di esse si dichiararono soddisfatte per aver ottenuto il risarcimento del danno nonché le scuse di chi lo aveva causato, o mostrarono un atteggiamento comprensivo verso i due giovani poco più che adolescenti, vi fu anche chi si dimostrò ostile a tale incontro o ritenne troppo bassa la cifra stabilita dal giudice, calcolata solo sul danno emergente.”*

5 **www.Giustizia.it** Ha affrontato, per la prima volta in termini generali, il tema della *“posizione della vittima nell'ambito del diritto e della procedura penale”* affermando che *“una funzione fondamentale della giustizia penale deve essere quella di soddisfare le esigenze e salvaguardare gli interessi della vittima”*, di cui è necessario *“tenere maggiormente in conto, il danno fisico, psicologico, materiale e sociale subito”*

6 **Consiglio d'Europa, Raccomandazione n° (99)19** adottata il 15/09/1999, *Mediazione in Materia Penale*, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulla mediazione penale, Strasburgo, 1999. Ha definito la mediazione in ambito penale come un *procedimento che permette alla vittima e al reo di partecipare attivamente, se vi consentono liberamente, alla soluzione delle difficoltà derivanti dal reato, con l'aiuto di un terzo indipendente*. La stessa Raccomandazione specifica che *ogni procedimento riparativo deve essere posto in atto soltanto con il libero e volontario consenso delle parti, consenso che le parti possono ritirare in ogni momento*.

7 **www.giustizia.it**

8 **Maria Pia Giuffrida** (Dirigente Generale dell'Amministrazione Penitenziaria e Presidente della Commissione di studio “Mediazione Penale e Giustizia riparativa”) in <http://www.ristretti.it/arecstudio/alternative/riparazione/comunita.htm> - *“Con cui gli Stati membri si impegnano alla promozione del principio di legalità ed al potenziamento del sistema giustizia penale, nonché allo sviluppo ulteriore della cooperazione internazionale nella lotta alla criminalità transnazionale ed all'effettiva prevenzione della criminalità. Alcuni punti della dichiarazione trattano specificatamente la definizione di impegni verso l'introduzione di “adeguati programmi di assistenza alle vittime del crimine, a livello nazionale, regionale, ed internazionale, quali meccanismi per la mediazione e la giustizia riparatrice” individuando nel 2002 il “termine ultimo per gli Stati per rivedere le proprie pertinenti procedure, al fine di sviluppare ulteriori servizi di sostegno alle vittime e campagne di sensibilizzazione sui diritti delle vittime, e prendere in considerazione l'istituzione di fondi per le vittime, oltre alla*

• **La risoluzione sulla Dichiarazione di Vienna su criminalità e giustizia:** nuove sfide nel XXI secolo (**Assemblea Generale delle Nazioni Unite – n. 55/59 del 04/12/2000**),<sup>9</sup>

• **La Decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea** relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale (**2001/220/GAI del 15 marzo 2001**)<sup>10</sup>

## LA GIUSTIZIA RIPARTIVA

**La Mediazione Penale**, alla luce delle linee guida della **Raccomandazione n° 19 (99) del Consiglio d'Europa** è un *“procedimento che permette alla vittima e al reo di partecipare attivamente, se vi consentono liberamente, alla soluzione delle difficoltà derivanti dal reato con l'aiuto di un terzo indipendente (mediatore)”*.

Con la **Giustizia ripartiva**, di cui la **Mediazione Penale** ne costituisce una delle forme più compiute, è data attenzione all'aspetto personale e sociale che investe il crimine.

Come spiega uno dei suoi fondatori **Howard Zehr**, la *“restorative justice”* si distingue dal modello di **Giustizia tradizionale** che tende a considerare astrattamente il reato come *“violazione di una norma”* e la pena come *“conseguenza giuridica”* che sanziona tale condotta.<sup>11</sup>

---

*sviluppo e all'attuazione di politiche per la protezione dei testimoni (art. 27)”. L'art. 28 recita inoltre “Incoraggiamo lo sviluppo di politiche di giustizia riparativa, di procedure e di programmi rispettosi dei diritti, dei bisogni e degli interessi delle vittime, dei delinquenti, delle comunità e di tutte le altre parti.”*

9 **Maria Pia Giuffrida** in <http://www.ristretti.it/arecstudio/alternative/riparazione/comunita.htm> - *“Recepisce i contenuti della dichiarazione di Vienna. Gli Stati membri, prendono atto della necessità di accordi bilaterali, regionali e internazionali sulla prevenzione del crimine e la giustizia penale, nel convincimento che i programmi di prevenzione e di riabilitazione sono fondamentali quali strategie di effettivo controllo della criminalità e che un'adeguata politica criminale rappresenta un fattore importante nella promozione dello sviluppo socio-economico e della sicurezza dei cittadini. Si afferma altresì la consapevolezza dell'importanza dello sviluppo di forme di giustizia riparativa che tende a ridurre la criminalità e promuovere la ricomposizione delle vittime, dei reati e delle comunità. La risoluzione fa propri gli obiettivi definiti dagli artt. 27 e 28 della Dichiarazione di Vienna in ordine allo sviluppo di piani d'azione in supporto delle vittime, nonché forme di mediazione e di giustizia riparativa, stabilendo come data di scadenza per gli Stati membri il 2002”*.

10 **Maria Pia Giuffrida** in <http://www.ristretti.it/arecstudio/alternative/riparazione/comunita.htm> - *“Adottata nell'ambito del cosiddetto “Terzo Pilastro” dell'Unione europea, sulla scorta delle determinazioni assunte nel vertice di Tampère. Con essa gli Stati membri adottano una regolamentazione quadro relativa al trattamento da riservare alle vittime del reato. In particolare oltre a definire il concetto di vittima ed i suoi diritti la decisione quadro chiarisce che la mediazione nelle cause penali è la ricerca - prima o durante lo svolgimento del procedimento penale - di una soluzione negoziata tra la vittima e l'autore del reato con la mediazione di una persona competente. Ciascuno Stato si impegna a definire dei servizi specializzati che rispondano ai bisogni della vittima in ogni fase del procedimento, adoperandosi affinché la stessa non abbia a subire pregiudizi ulteriori e inutili pressioni. Si impegnano ancora ad assicurare l'adeguata formazione professionale degli operatori. Gli Stati sono vincolati a fare entrare in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie ai fini dell'attuazione della decisione quadro, entro scadenze vincolanti e precisamente: entro il 22 marzo 2002 la predisposizione delle necessarie disposizioni attuative, di ordine legislativo, regolamentare e amministrativo; entro il 22 marzo 2004 la definizione delle garanzie in materia di comunicazione e di assistenza specifica alla vittima; entro il 22 marzo 2006 la implementazione della mediazione nell'ambito dei procedimenti penali e l'indicazione dei reati ritenuti idonei per questo tipo di misure, nonché la garanzia che eventuali accordi raggiunti tra la vittima e l'autore del reato nel corso della mediazione nell'ambito dei procedimenti penali vengano presi in considerazione.”*

11 **H. Zehr**, *The Little Book of Restorative Justice*, Intercourse (PA), Good Books 2002, p. 19

Quando noi parliamo di **GIUSTIZIA**, ci riferiamo molto spesso al sistema che prevede:

- per chi ha commesso un reato, di essere retribuito attraverso l'applicazione di una pena che richiami il male che ha fatto;
- per la vittima, di soddisfare il desiderio (per altro negativo) di vendetta.

Per il resto sia la vittima sia il responsabile del suo dolore sono lasciati completamente da soli.

Diversamente, la **Restorative Justice** propone una sorta di equazione per la quale *“Il crimine è una violazione delle persone e delle relazioni interpersonali; le violazioni creano obblighi; l'obbligo principale è quello di ‘rimediare ai torti commessi’ (‘per rimediare ai torti’)”*<sup>12</sup>.

La Giustizia Ripartiva, coinvolgendo il reo, la vittima e la comunità, tende a dare una risposta al reato attraverso la ricerca di possibili soluzioni agli effetti negativi e devastanti generati dall'azione criminosa e al fattivo impegno di porvi rimedio; essa si presenta come una possibilità di scelta alla risposta della trasgressione.

Suo obiettivo non è la punizione del reo bensì la rimozione delle conseguenze del reato attraverso l'attività riparatrice da parte dello stesso: **vittima e reo con l'aiuto del mediatore** (figura terza e imparziale) **diventano protagonisti del processo**.

Nella mediazione penale, dunque, la vittima ha la possibilità di gridare il proprio dolore, e far emergere i propri bisogni e i propri interessi mentre, il reo avrà la possibilità di adoperarsi in favore della vittima rimediando al suo crimine. La paura piuttosto che il disagio o il rancore verso chi ha operato ai suoi danni se non sarà né potrà essere gestita dalle istituzioni, al contrario, avrà la possibilità di essere gestita attraverso il canale comunicativo offerto dalla mediazione:

- la vittima avrà la possibilità oltre che di avere risposte alle sue domande anche di esprimere l'impatto che il reato subito ha avuto sulla sua persona e nella sua vita;

---

<sup>12</sup> H. Zehr, op.cit.

- l'autore del reato, messo di fronte a ciò che ha commesso, avrà la possibilità di compiere un gesto positivo che può essere anche “**simbolico**” verso il danneggiato.

La mediazione penale è dunque un percorso di incontro, confronto e dialogo tra il reo e la vittima del reato, per permettere il passaggio dalla violenza al riconoscimento della sofferenza, dal disordine alla costruzione di un nuovo ordine.

Quale procedura, volontaria, informale e flessibile, permette, ove possibile, di evitare la pena e, in certi casi, anche il processo “cercando di superare la logica del castigo”.<sup>13</sup>

Per quanto riguarda il sistema penale ordinario italiano, sono poche le disposizioni nell'ordinamento che permettono la possibilità di dare attuazione alla mediazione penale, raccomandata dalle disposizioni comunitarie e internazionali.

Finora, infatti, ha trovato riconoscimenti limitati agli ambiti del rito minorile e del processo davanti al giudice di pace.

La legge processuale penale entrata in vigore nel 1989 conferisce al Pubblico Ministero il potere di tentare la conciliazione tra la vittima e l'autore del reato solo per i reati perseguibili a querela di parte.

Un ampliamento delle possibilità di applicazione della mediazione penale agli adulti si è configurata per effetto delle disposizioni contenute nel d.lgs. n. 274/2000 contenente “Disposizioni in materia di competenza penale del Giudice di Pace” entrato in vigore il 2 gennaio 2002. L'art. 29 del succitato decreto, infatti, stabilisce che il Giudice di Pace promuove la conciliazione tra le parti quando il reato è perseguibile a querela di parte. In tal caso il Giudice può rinviare l'udienza ed ove occorra avvalersi dell'attività di mediazione di centri e strutture pubbliche o private presenti sul territorio.<sup>14</sup>

In questi casi, in verità, ci si riferisce a istituti con finalità diverse e che **non somigliano minimamente alla mediazione** come strumento di risoluzione delle controversie.

Com'è noto, il processo non ha spazi adeguati tali da consentire di prestare attenzioni alle esigenze fisiche e psicologiche della vittima, di

<sup>13</sup> Catalfamo Caterina - *Giustizia ripartiva: la mediazione penale in* [www.diritto.it](http://www.diritto.it)

<sup>14</sup> [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)

permettere il confronto e il dialogo tra reo e vittima, e di incoraggiare l'auto-responsabilizzazione del reo, per cui capita spesso che, a seguito di una sentenza, la conflittualità tra le parti si accresce e nel reo si ingenera una situazione di malcontento e frustrazione, con il correlato rischio di commissione di nuovi e ulteriori reati.

La mediazione penale si pone dunque quale strumento di **riconciliazione** tra autori di reato, vittime e società, in cui le parti sono coinvolte in prima persona e l'obiettivo del mediatore è quello di **trasformare la relazione “tra antagonisti” in relazione “tra persone che si assumano responsabilità”**<sup>15</sup>.

La mediazione penale viene costantemente ricollegata alla concezione della **“giustizia riparativa”**, cioè di «un modello di giustizia che coinvolge la vittima, il reo e la comunità nella ricerca di soluzioni al conflitto, allo scopo di promuovere la riparazione, la riconciliazione e il rafforzamento del senso di sicurezza»<sup>16</sup>.

Questa “nuova giustizia” attraverso lo strumento della mediazione vuole tutelare la vittima del reato attraverso la riparazione spontanea del danno (economico, fisico e psicologico) e consente all'autore di recuperare la stima di sé riconoscendosi nella capacità di compiere un atto positivo.

La mediazione, in quanto forma di gestione e non di risoluzione del conflitto è un gioco in cui o vincono tutti o non vince nessuno .

In Italia siamo ancora agli albori nella pratica di mediazione penale, tuttavia sembrano esistere gli ingredienti per lo sviluppo di questo strumento di gestione del conflitto.

I segnali più importanti in tal senso sono stati quelli forniti dalle esperienze di mediazione penale minorile in alcune aree geografiche, nate su iniziativa di singoli soggetti che con il loro lavoro volontario hanno dato vita a delle prassi di mediazione penale molto efficienti.

I risultati delle attività di mediazione portate avanti in questi anni dai diversi centri sono stati positivi.

Una volta superata la diffidenza della persona offesa dal reato verso l'incontro ed il confronto con il minore autore del reato, si è fatto un passo avanti importante in un percorso per “spezzare la catena del male”.

<sup>15</sup> F. Brescia e E. De Vito, *Una risposta al conflitto: la Mediazione* di, [www.lamediazione.it](http://www.lamediazione.it).

<sup>16</sup> Definizione di Giustizia riparativa in **progetto M.E.D.I.A.Re.”Mutual Exchange of Data and Information About Restorative Justice”**, promosso dal Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, Contributo di Transcrime alla ricerca, Rapporto finale, Roma 18-19 giugno 2004, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)

Il successo della mediazione può avvenire solo in contesti in cui ad entrambe le parti vengono riconosciuti uguali diritti e uguali spazi, ed il mediatore sia riuscito ad assumere nei loro confronti un ruolo di imparzialità.

Se il giudice è per definizione *neutrale* ed *equidistante* rispetto alle parti- *nec utrum, né l'uno né l'altro*-, il mediatore si pone come *equiprossimo* alle parti (*sia l'uno che l'altro*)<sup>17</sup>.

Se il linguaggio del giudice è “quello di chi deve decidere quando il conflitto non può essere sanato”, poiché “il giudice, dice il diritto, *decide* e dice l'ultima parola sulla base della legge”, “la mediazione, per essere mediazione, deve parlare un altro linguaggio, il linguaggio del *potrebbe essere diversamente*, che non è certo il linguaggio del giudice”<sup>18</sup>.

Dunque il linguaggio del mediatore, che è quello della “*possibilità alternativa*”, è lontano oltre che dal linguaggio del Giudice anche dell'Avvocato poiché, rispettivamente, l'uno è “*chi deve decidere*”, l'altro “*chi deve difendere e rappresentare*”.

Pertanto, quando come molto spesso accade, il Giudice o l'Avvocato s'improvvisano mediatori, se non acquiscono ulteriormente i sentimenti negativi provocati dall'evento reato, riescono ad ottenere un “*effimero falso accordo*” dettato e finalizzato alla convenienza giacché collegata a una determinata situazione.<sup>19</sup>

La presa in carico degli effetti dei conflitti che hanno a che fare con la commissione di un reato richiede, da parte dei mediatori, profonde capacità di gestire le emozioni e i sentimenti espressi sia dell'autore del reato che della vittima.

**Jacqueline Morineau**, referente principale per la mediazione e per la formazione alla mediazione penale di Parigi e fondatrice del cosiddetto metodo umanistico, afferma che la mediazione è un contenitore privilegiato per accogliere il disordine, cioè il conflitto, o meglio l'insieme dei sentimenti, delle emozioni e dei vissuti di sofferenza che il soggetto prova rispetto al conflitto<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Resta 2001, *Compendio di criminologia*, di G. Ponti, pag.468

<sup>18</sup> Resta 2003, *Compendio di criminologia*, di G. Ponti, pag.469

<sup>19</sup> Catalfamo Caterina op.cit. [www.diritto.it](http://www.diritto.it)

<sup>20</sup> J. Morineau, *Lo spirito della mediazione di Franco Angeli 2000-2003*

La **Morineau** per descrivere il ruolo e la funzione del mediatore usa una metafora:” *Lo strumento del mediatore è lo specchio: il mediatore si pone, infatti, quale specchio che accoglie le emozioni dei protagonisti, per rifletterle*”<sup>21</sup>.

Lo scopo per cui la **Morineau** ha sostenuto la pratica della mediazione è di promuovere una cultura della pace, una cultura di risoluzione pacifica dei conflitti, in una società che non ha più un posto per accogliere tali conflitti.

Lei accosta la mediazione alla tragedia greca, perché quest’ ultima era stata creata dai greci per consentire agli spettatori di confrontarsi con la sofferenza dei personaggi, al fine di comprendere lo svolgersi degli eventi, la loro responsabilità e scoprire la propria capacità di cambiare atteggiamento.

La **Morineau** propone un tipo di lavoro che richiede un mediatore accogliente ed empatico, lontano dallo stereotipo del mediatore scaltro, negoziatore, lucido risolutore di problemi, capace di rendersi catalizzatore tra la parola espressa dai soggetti durante la mediazione e il significato reale che si cela dietro la parola.

Significativo è rilevare che analizzando il modello umanistico della **Morineau** si scopre che esso rispecchia la pedagogia di Gesù: l’accoglienza, il non giudicare, l’aprire una strada.<sup>22</sup> ❖

---

21 J. Morineau, op.cit. pag.79

22 J.Morineau, *Il mediatore dell'anima*, pag.118 “Per condurre i medianti su questo cammino, i mediatori hanno bisogno di imparare a uscire da se stessi, a dimenticare se stessi per diventare trasparenti, specchio limpido, per poter ricevere l’immagine dell’altro, della sua sofferenza. Non è forse questo che il Cristo ha fatto per noi?” Come sottolinea la Morineau nel suo libro “*Il mediatore dell’anima*”, a Gesù non si interessa delle cause dell’atto commesso, non fa la morale, ma mette in risalto la ferita della persona. Cristo è il solo Mediatore e noi siamo dei canali per lasciare agire lui.

# Decomisa que Algo Queda como Estrategia Dominante e Influyente en los Sistemas Penales para Poner Freno a la Sociedad Incivil

**Nicolás Rodríguez García**

*Catedrático de Derecho Procesal*

*Universidad de Salamanca*

*Director, en la Universidad de Salamanca, del Grupo de Investigación "GIR: Justicia, sistema penal y criminología", del "Grupo de Estudio sobre la Corrupción", del "Máster Universitario en Estrategias anticorrupción y políticas de integridad" (<http://www.usal.es/master-estrategias-anticorrupcion-politicas-integridad>) y del "Programa de Doctorado en Estado de Derecho y Gobernanza Global" (<https://doctorado.usal.es/es/doctorado/estado-de-derecho-y-gobernanza-global>). Dirige igualmente la "Red Iberoamericana de Investigadores para el desarrollo del ODS 16 de Naciones Unidas". Este trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación "La reforma del decomiso y la recuperación de activos derivada del delito" (DER-201679895-P) del cual el autor es Investigador Principal.*

**Sumario:** 1. Para comenzar. 2. El decomiso según las Naciones Unidas. 3. El decomiso según el Consejo de Europa. 4. El decomiso según la Unión Europea. 5. El decomiso en otros ámbitos territoriales. 6. Para terminar.

## 1. PARA COMENZAR

[1] Así, como 'sociedad incivil', con ocasión de la promulgación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, calificaba el Secretario General de las Naciones Unidas a "terroristas, criminales, traficantes de drogas, tratantes de personas y otros

grupos que desbaratan las buenas obras de la sociedad civil. Sacan ventaja de las fronteras abiertas, de los mercados libres y de los avances tecnológicos que tantos beneficios acarrearán a la humanidad. Esos grupos prosperan en los países con instituciones débiles y no tienen escrúpulos en recurrir a la intimidación o a la violencia. Su crueldad es la verdadera antítesis de lo que consideramos civil. Son poderosos y representan intereses arraigados y el peso de una empresa mundial de miles de millones de dólares; pero no son invencibles<sup>21</sup>.

Justamente a partir de esta dimensión económica y patrimonial de la acción de la delincuencia organizada transnacional, que ponen en serio riesgo el disfrute de derechos humanos<sup>2</sup>, se exhorta a los países a que actúen y cooperen entre sí diseñando y ejecutando, entre otras herramientas jurídicas —de *hard law* o de *soft law*<sup>3</sup>—, el embargo preventivo, la incautación y el decomiso. Ante su infrautilización<sup>4</sup>, se los *redescubre* para minimizar que los infractores puedan disfrutar de sus ganancias ilegales, de manera personal o grupal, contribuyendo al mantenimiento y crecimiento de las actividades de sus empresas delictivas en un mundo cada vez más globalizado<sup>5</sup>. De ahí el *decomisa que algo queda*: pareciera que, en el *casino de la Justicia*, los países han puesto un número considerable de sus *fichas* en esta institución del sistema penal.

[2] A nuestro juicio, se nos antoja de la máxima relevancia conocer no tanto lo que los diferentes sistemas jurídicos han hecho en esta tarea como estudiar cómo conciben el decomiso los diferentes organismos en

---

1 ANNAN, K. A. (2004): "Prefacio". En: OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO: *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*. Nueva York: Naciones Unidas, p. iii. Frente a esta 'sociedad incivil' se encuentra 'lo civil': "Cuando digo 'lo civil' quiero decir la civilización: los siglos acumulados de conocimientos que sientan las bases del progreso. Cuando digo 'lo civil' también quiero decir la tolerancia: el pluralismo y el respeto con los que aceptamos a los diversos pueblos y nutrimos de ellos nuestras fuerzas. Y, por último, quiero decir la sociedad civil: los grupos de ciudadanos, empresas, sindicatos, profesores y periodistas, los partidos políticos y demás grupos que desempeñan una función esencial en el funcionamiento de toda sociedad".

2 Con relación a los casos de corrupción *vid.* CORIOLANO, M. (2017): "El impacto negativo de la corrupción en el goce de los derechos humanos. Perspectivas desde el informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas". En: LAMOGLIA, C. M., RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (coords.): *Administración pública & corrupción*. Buenos Aires: Zavalía, pp. 109 y ss.

3 EBIKAKE, E. (2016): "Money laundering: An assessment of soft law as a technique for repressive and preventive anti-money laundering control". *Journal of Money Laundering Control*, vol. 19, n.º 4, pp. 346 y ss.

4 Así se reconoce de manera expresa en el Considerando n.º 4 de la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, *sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea* (DOUE n.º L 127, de 29 de abril de 2014) (DIR 2014/42/UE).

5 COMISIÓN EUROPEA (2017): *Documento de reflexión sobre el encauzamiento de la globalización*. Bruselas: Comisión Europea [COM(2017) 240 final/2], pp. 12 y ss.; WORLD BANK GROUP (2017): *Global economic prospects. A fragile recovery*. Washington: International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank; RAMÍO MATAS, C. (2016): "El Estado en el año 2050: entre la decadencia y el esplendor". *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, n.º 66, 5 y ss.

los que se agrupan y a partir de cuya actuación se articulan las vías de asistencia y cooperación internacional. Más en concreto, este estudio puede valer para alcanzar los siguientes logros:

a) saber lo que en realidad dicen —y lo que no<sup>6</sup>—, los diferentes instrumentos normativos supranacionales e internacionales, que día a día son implementados por los diferentes Estados para cumplir con sus compromisos internacionales con esos organismos;

b) conocer cómo se posicionan —o no— esos organismos en los temas fundamentales del régimen jurídico del decomiso<sup>7</sup>;

c) ver si esos planteamientos transnacionales se ajustan a la tradición jurídica, y a los derechos y garantías fundamentales, de cada país en concreto, los cuales operarán siempre como un limitante en los procesos de trasposición de las obligaciones internacionales;

d) detectar dónde hay que fortalecer la asistencia y cooperación para prevenir y combatir más eficazmente las repercusiones económicas derivadas de las actividades de la delincuencia organizada transnacional, lo cual está referido tanto a materias —*v. gr.*, el secreto bancario— como a países —entre ellos, como los más necesitados, los que podemos calificar como *Estados fallidos*<sup>8</sup>—, con el objetivo último de diseñar eficaces estrategias a partir de un enfoque basado en riesgos<sup>9</sup> que reduzca los niveles de impunidad<sup>10</sup> así como los *paraísos penales*<sup>11</sup>; y

e) diagnosticar en qué países y regiones del mundo se dan las mejores condiciones para realizar una transición pacífica de la *cooperación* a la *integración* jurídica<sup>12</sup>, con respeto a los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como al de no intervención en los asuntos internos de otros Estados.

6 RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (2017): "Dilemas en el diseño de una estrategia efectiva en la recuperación de activos procedentes de la corrupción". En: RODRÍGUEZ GARCÍA, N., RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (coords.): *Corrupción y desarrollo*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 367.

7 RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (2016): "Delitos económicos y sistema penal: nueva estrategia en materia de recuperación de activos y decomiso". *Presupuesto y Gasto Público*, n.º 82, pp. 93 y ss.

8 PAVLIDIS, G. (2017): "Asset recovery: a Swiss leap forward?". *Journal of Money Laundering Control*, n.º 2, pp. 150 y ss.

9 LOUGHMAN, B. P., SIBERY, R. A. (2012): *Bribery and corruption: navigating the global risks*. Hoboken: John Wiley & Sons, Inc.

10 LE CLERCQ ORTEGA, J. A., RODRÍGUEZ SÁNCHEZ LARA, G. (coords.) (2017): *Dimensiones de la impunidad global. Índice Global de Impunidad 2017*. Puebla: Fundación Universidad de las Américas.

11 MOISEIENKO, A. (2015): "No safe haven: denying entry to the corrupt as a new anti-corruption policy?". *Journal of Money Laundering Control*, vol. 18, n.º 4, pp. 400 y ss.

12 ALLI TURRILLAS, I. (2016): *Prevención de la delincuencia grave y organizada en la Unión Europea*. Madrid: Dykinson.

## 2. EL DECOMISO SEGÚN LAS NACIONES UNIDAS

[3] La mejor forma de entender cómo y por qué se han sucedido los cambios normativos en los ordenamientos penales y procesales penales de muchas partes del mundo, ya sean del *common* o del *civil law*, entre ellos el español, es repasar la secuencia de los principales convenios internacionales auspiciados desde Naciones Unidas desde la década de los ochenta del siglo pasado y ver la tendencia seguida en los procesos legislativos internos -y también supranacionales-.

Con el paso de los años, las preocupaciones se han ido sucediendo, empezando por el narcotráfico, y siguiendo por el terrorismo, el crimen organizado transnacional y la corrupción. Y en todas ellas, además de enfatizarse los efectos que las comisiones de los hechos delictivos tienen para las víctimas directas y para las bases económicas, culturales y políticas de los países, amenazando su estabilidad, seguridad y soberanía, se han identificado dos ideas clave presentes en todos los convenios:

a) primera, que todos los delitos generan en favor de sus responsables grandes rendimientos económicos, una parte de ellos reinvertidos en invadir, contaminar y corromper las estructuras de la Administración Pública, de las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad en todos sus niveles<sup>13</sup>, todo ello con una doble finalidad: por un lado, maximizar sus beneficios, y por otro tratar de eludir la acción de la justicia para no hacer frente a sus responsabilidades en todos los niveles; y

b) segundo, que las versiones más graves de estas conductas delictivas se producen a nivel internacional, por lo que es una prioridad definir y desarrollar instituciones y mecanismos de asistencia y cooperación jurídica internacional, impulsados por aquellos países que están en mejores condiciones políticas e institucionales para hacerlo.

Siendo así las cosas, se ha convertido en una prioridad en la estrategia internacional para combatir a los delitos más graves impulsada desde Naciones Unidas el privar a sus responsables de todos los elementos patrimoniales que les han posibilitado y permiten actuar, así como del producto obtenido en sus actividades delictivas, que se ha convertido en el principal aliciente para seguir actuando. Por ello, no se escatiman esfuerzos en recurrir a cualquier instrumento que permita afectar el patrimonio

13 BLAGIOLI, A. (2008): "Financial crime as a threat to the wealth of nations". *Journal of Money Laundering Control*, vol. 11, n.º 1, pp. 88 y ss.

ilícitamente obtenido<sup>14</sup>, ocupando un lugar preeminente entre todos ellos el decomiso.

[4] En materia de decomiso, recuperación de activos y cooperación jurídica internacional, los convenios de Naciones Unidas no son los más acabados, los que condicionan más el quehacer de los legisladores nacionales<sup>15</sup>, pero sí con los que se ha iniciado el trabajo colectivo en la prevención y represión de las conductas delictivas más graves y con un cierto componente de transnacionalidad, sirviendo de fuente de inspiración de otras estructuras integradas de ámbito geográfico inferior. Todo ello, además, con el objetivo último de fomentar y favorecer la cooperación -operativa y legislativa- entre los Estados<sup>16</sup>, de manera efectiva, para lo cual se revela esencial el funcionamiento de los mecanismos de seguimiento de las convenciones que en las mismas se establecen, y que de manera periódica analizan los niveles de implementación de sus disposiciones en los diferentes países.

[5] Naciones Unidas comenzó su acción legislativa para hacer frente, y en menor medida prevenir, uno de los delitos más rentables a los que se dedican los grupos organizados: el narcotráfico<sup>17</sup>. Consecuentemente, la *Convención de Viena*<sup>18</sup> dedica en exclusiva el art. 5 al decomiso, al que en el art. 1.f) CNUN se le define como "... la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un Tribunal o de otra autoridad competente".

Partiendo de la obligación impuesta a los Estados Parte de adoptar medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso:

- señala que su ámbito de aplicación comprende los estupefacientes

---

14 BACIGALUPO SAGESSE, S. (2002): *Ganancias ilícitas y Derecho Penal*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 79 y ss.

15 Muchas de las ideas e instituciones que plasman son clara manifestación de *soft law*, a consecuencia de su ámbito geográfico global en el que hay que poner de acuerdo, al menos en los mínimos, a una gran cantidad de países. A este respecto *vid.* KORKEA-AHO, E. (2015): "Legal interpretation of EU framework Directives: a soft Law approach", *European Law Review*, n.º 1, pp. 70 y ss.; LAPORTA SAN MIGUEL, F. J. (2014): "Gobernanza y *soft law*: nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional". En: RUIZ MIGUEL, A. (dir.): *Entre Estado y Cosmópolis: Derecho y justicia en un mundo global*, Madrid: Trotta, pp. 41 y ss.); MEDINA ORTEGA, M. (2009): "Soft-law: su relevancia como instrumento jurídico de la Unión Europea". En: BENEYTO PÉREZ, J. M., MÁILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., BECERRIL ATIENZA, B. (coords.): *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea. Vol. 4: Las fuentes y principios del Derecho de la Unión Europea*. Pamplona: Aranzadi, pp. 263 y ss.

16 *Ud.* BASSIOUNI, M. CH., GUALTIERI, D. S. (1996): "Mecanismos internacionales de control de las ganancias procedentes de actividades ilícitas". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 6, pp. 70 y ss.

17 HUBER, B. (1990): "El comiso de las ganancias en el Derecho Penal. Con especial referencia a la legislación sobre drogas". *Actualidad Penal*, n.º 17, p. 167.

18 Convención de las Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 1988, *contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas* (CNUN).

y sustancias sicotrópicas, los materiales y equipos u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en cualquier forma para cometer los delitos previstos en la Convención, el producto derivado de ellos, así como los beneficios que se hayan generado, y todo ello incluso cuando los bienes se hayan podido transformar o mezclar;

- recoge las modalidades de decomiso directo y el decomiso por sustitución;

- recuerda la necesidad de asegurar el decomiso final de los bienes llevando a cabo actuaciones previas de identificación, detección, embargo preventivo e incautación de los elementos patrimoniales de los sujetos afectados por esta medida;

- atribuye competencias, no sólo a órganos jurisdiccionales, sino también a "otras autoridades competentes", que pueden ser tanto las policiales como las administrativas;

- niega que las autoridades de los Estados puedan abstenerse de actuar amparándose en el secreto bancario, facultando además a sus órganos judiciales u otras autoridades competentes para ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales;

- obliga a que en todo momento las autoridades nacionales sean respetuosas con los derechos de los terceros de buena fe;

- abre la posibilidad, controvertida por su constitucionalidad desde siempre y hasta hoy en día<sup>19</sup>, de que cada uno de los Estados pueda *invertir la carga de la prueba* respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso<sup>20</sup>, en la medida en que ello sea compatible con

19 *Vid.* PLANCHADELL GARGALLO, A. (2017): "La regulación del decomiso en la Ley de Enjuiciamiento Criminal: ¿complemento necesario al Código Penal?". *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 46, pp. 16 y ss.; NEIRA PENA, A. M., PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J. (2017): "El decomiso sin condena y la constitucionalidad de las presunciones legales sobre el origen ilícito de los bienes objeto de decomiso". En: FUENTES SORIANO, O. (coord.): *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 495 y ss.; NIEVA FENOLL, J. (2015): "El procedimiento de decomiso autónomo. En especial, sus problemas probatorios". *Diario La Ley*, n.º 8601, pp. 1 y ss.

20 Problemática que también se da con relación a la prueba de los delitos de blanqueo de capitales y de enriquecimiento ilícito. *Vid.* BLANCO CORDERO, I. (2017): "El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 19-16, pp. 1 y ss.; DURRIEU FIGUEROA, R. (2017): *La ganancia económica del delito. Lavado de dinero, decomiso y financiamiento del crimen organizado y del terrorismo*. Buenos Aires: Marcial Pons, pp. 296 y ss.; FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (2017): "Blanqueo de capitales, enriquecimiento ilícito y decomiso de bienes. Debate sobre la presunción de inocencia". En: RODRÍGUEZ GARCÍA, N., RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (coords.): *Corrupción y desarrollo*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 323 y ss.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (2017): "Las presunciones en el proceso penal. Análisis a propósito del delito de enriquecimiento ilícito". En: ASENCIO MELLADO, J. M. (coord.): *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 268 y ss.; RODRIGUES DA SILVA COSTA, V. C., JUNQUEIRA RIBEIRO, L. M. (2017): "A criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos: limites dogmáticos à intervenção penal". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 132, pp. 85 y ss.; CARPIO DELGADO, J. DEL (2015): "El delito de 'enriquecimiento ilícito': análisis de la normativa internacional".

los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y otros procedimientos<sup>21</sup>; y

- respetando los principios de igualdad soberana y de integridad territorial de los Estados y de la no intervención en los asuntos internos de otros, desarrolla cómo se tiene que proceder cuando el decomiso se refiere al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas que tengan una dimensión internacional, particularizando los mecanismos y actuaciones de cooperación y asistencia judicial recíproca que se recogen en los arts. 6 y ss. CNUN<sup>22</sup>, y, una vez finalizados, entre quiénes repartir los bienes y/o los fondos derivados de su venta, y qué destino darle a los mismos.

Con disposiciones como las señaladas, y siempre preservando las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, la Convención pretende alcanzar su propósito, declarada en el Preámbulo, de ser un instrumento:

- completo, para superar el déficit normativo sustantivo, procesal, orgánico y de cooperación jurídica internacional se puede observar en la mayor parte de los países;

- operativo, puesto que no en vano muchas de las disposiciones más novedosas están referidas a técnicas especiales de investigación, aprovechables para asegurar tanto las responsabilidades penales y civiles como las consecuencias patrimoniales del delito; y

- especialmente eficaz, para lo cual se pide a los Estados que en el enjuiciamiento de los responsables de los hechos delictivos se esmeren en asegurar que cualesquiera facultades discrecionales contempladas en la Convención, una vez que sean conformes con su Derecho interno, se

---

*Revista General de Derecho Penal*, n.º 23, pp. 1 y ss.; PÉREZ CEBADERA, M. A. (2015): "Decomiso ampliado: A vueltas con la prueba del origen del patrimonio". En: DEMETRIO CRESPO, E. A., GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (dirs.): *Halcones y Palomas: Corrupción y delincuencia económica*. Madrid: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, pp. 403 y ss.; RODRÍGUEZ GARCÍA, N., ORSI, O. G. (2015): "El delito de enriquecimiento ilícito en América Latina: tendencias y perspectivas". *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 116, pp. 201 y ss.; MUZILA, L., MORALES, M., MATHIAS, M., BERGER, T. (2012): *On the Take. Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption*. Washington: International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, pp. 27 y ss.

21 Y para hacerlo ello factible, e intentar salvar las dudas de constitucionalidad, el decomiso se reorienta, como señalara VERVAELE, J. A. E. (1998): "Las sanciones de confiscación: ¿Un intruso en el Derecho Penal?". *Revista Penal*, n.º 2, p. 68, para el embargo- confiscación, hacia el objeto (*in rem*), quedando muy reducidas su relación con la persona (*ad personam*) y con el hecho penal (*mens rea-actus reus*). Y ello tanto en la resolución final como en las medidas cautelares que previamente pudieran adoptarse.

22 *Vid.* PALOMO DEL ARCO, A. (2004): "Asistencia internacional en la delincuencia económica", VV.AA.: *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, p. 105 y ss., quien realiza a esta Convención como uno de los antecedentes fundamentales en la creación de procesos internacionales de asistencia judicial.

ejercen para dar la máxima eficacia a las medidas de detección y represión respecto de esos delitos teniendo debidamente en cuenta la necesidad de ejercer un efecto disuasivo en lo referente a la comisión de esos delitos (art. 3.6 CNUN).

Pero con el decomiso no termina la estrategia de tratar de dificultar que los delincuentes se enriquezcan y disfruten de los enormes beneficios que obtienen de una forma lícita para además permitir la reiteración de sus conductas y para obstaculizar la acción de la Justicia, por cuanto se va a dar cabida al delito de blanqueo de capitales que, de esta forma, queda anudado de sus inicios al tráfico de drogas<sup>23</sup>, dato que no conviene olvidar a la hora de estudiar la doctrina jurisprudencial surgida en materia de decomiso, esencialmente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Un instrumento *auxiliar* del que también se dotó el ordenamiento jurídico español y en el que algunos, en aquél momento, creyeron ver una debilidad "o un exceso, según se mire" del Estado, que al ver cómo ha fracasado la Administración de Justicia en la persecución, juzgamiento y sanción del narcotráfico, y en el decomiso de sus beneficios, recurrían a este nuevo delito del blanqueo de capitales<sup>24</sup>. En la actualidad el blanqueo de capitales se ha *independizado* a nivel interno e internacional<sup>25</sup>, si bien mantiene una relación fundamental con el crimen organizado y la corrupción<sup>26</sup>, debido a las enormes cantidades de dinero que se generan con las conductas ubicables en ese concepto.

---

23 FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (1993): "Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 46, f. 2, p. 585 y ss.; MANZANARES SAMANIEGO, J. L. (1988): "Aproximación al comiso del nuevo artículo 344 bis e) del Código Penal (Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas. «B.O.E.» de 26 del mismo mes". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 1500-1502, pp. 3795 y ss.).

24 PALOMO DEL ARCO, A. (2004): "Asistencia internacional en la delincuencia económica", VV.AA.: *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, p. 110.

25 KEESOONY, S. (2016): "International anti-money laundering laws: the problems with enforcement". *Journal of Money Laundering Control*, vol. 19, n.º 2, pp. 132 y ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (2011): "La «emancipación» del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español". En: MUÑOZ CONDE, F., LORENZO SALGADO, J. M., FERRÉ OLIVÉ, J. C., CORTÉS BECHIARELLI, E., NÚÑEZ PAZ, M. A. (dirs.): *Un Derecho penal comprometido: Libro homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 117 y ss.

26 LEVI, M. (2015): "Money for crime and money from crime: Financing crime and laundering crime proceeds". *European Journal on Criminal Policy and Research*, n.º 21, pp. 277 y ss.; AI, L. (2012): "A cost-effective strategy of implementing international anti-corruption initiatives". *Journal of Money Laundering Control*, vol. 16, n.º 1, pp. 83 y ss. Tal y como señala FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (2013): "Corrupción y delincuencia socioeconómica: cohecho transnacional y blanqueo de capitales". *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 8, p. 3, entre la corrupción y el lavado de activos hay una relación de mutua interacción, por cuanto en ocasiones es "[ ] la corrupción la que sirve al blanqueo, relajando deliberadamente el control de las transacciones sospechosas; en otras ocasiones, es el lavado el que sirve a la corrupción, reciclando las ganancias de las transacciones del ejercicio ilícito del poder público".

[6] Mucho más lacónica se mostró Naciones Unidas pocos meses después con ocasión del *Convenio de Nueva York*<sup>27</sup>, y eso que su objeto esencial es de contenido económico y financiero: adoptar medidas para prevenir y contrarrestar, mediante medidas internas apropiadas, la financiación de terroristas y de organizaciones terroristas, materia que es motivo de una profunda preocupación para la comunidad internacional, que es consciente de que el número y la gravedad de los actos de terrorismo internacional dependen de la financiación que puedan obtener los terroristas, razón por la cual hay una necesidad urgente para que se intensifique la cooperación internacional entre los Estados con miras a elaborar y adoptar medidas eficaces y prácticas para prevenir la financiación del terrorismo, así como para reprimirlo mediante el enjuiciamiento y el castigo de sus autores<sup>28</sup>.

Tan sólo en el art. 8 CNUFT se concentran las menciones al decomiso, muy básicas, siempre con respeto a los principios jurídicos internos de cada uno de los Estados:

- adoptar las medidas que resulten necesarias para la identificación, la detección y el aseguramiento o la incautación de todos los fondos utilizados o asignados para cometer los delitos de terrorismo, así como el producto obtenido de esos delitos, con la finalidad de favorecer su posterior decomiso;

- decomisar esos fondos y el producto obtenido del delito;

- estudiar la posibilidad de celebrar acuerdos entre los Estados con el fin de compartir, en general o en casos particulares, los fondos obtenidos de las actuaciones decomisivas;

- analizar los Estados la conveniencia de utilizar los fondos procedentes de los decomisos para indemnizar a las víctimas - o a sus familiares - de los delitos de terrorismo; y

- tutelar de manera efectiva, en la aplicación de estas previsiones, los derechos de los terceros de buena fe.

Ante la ausencia de mayores concreciones normativas sobre el decomiso, nada ha impedido que se tomaran como elementos referenciales esenciales en este ámbito las disposiciones que hemos citado de la Convención de Viena.

---

<sup>27</sup> Convenio de las Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1999, *para la represión de la Financiación del Terrorismo* (CNUFT).

<sup>28</sup> Preámbulo CNUFT.

[7] Entrados ya en el siglo XXI, Naciones Unidas concentró sus esfuerzos en promover la cooperación de los países para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional, tanto los hechos delictivos en sí mismos considerados, como el afán de generar lucro que sirve de acicate a estos delincuentes<sup>29</sup>, los cuales actúan, en la mayor parte de las ocasiones, no de forma fortuita sino de manera estable, organizada y mantenida en el tiempo.

La *Convención de Palermo*<sup>30</sup> penaliza, en general, “delitos graves”<sup>31</sup>, y, en particular, la participación en un grupo delictivo organizado (art. 5 CNUDOT), el blanqueo del producto del delito (art. 6 CNUDOT), la corrupción (art. 8 CNUDOT) y la obstrucción de la justicia (art. 23 CNUDOT).

Además, en el art. 1 CNUDOT se establece la obligación de que los Estados establezcan la responsabilidad de las personas jurídicas, pero sin *mojarse* en cuanto a su naturaleza -puede ser de índole penal, civil o administrativa-, si bien si añade dos matices esenciales: por un lado, que los Estados se aseguren que las sanciones -penales o no penales, incluidas las monetarias- que se impongan a las personas jurídicas sean eficaces, proporcionadas y disuasorias; y, por otro, que dicha responsabilidad exista sin perjuicio de la responsabilidad que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos la cual quedará determina en el correspondiente proceso penal<sup>32</sup>.

Entendiendo por decomiso "la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente" (art. 2.g) CNUDOT), el art. 12 CNUDOT se dedica al decomiso e incautación, con una redacción, en muchas partes, muy similar a la contenida en la Convención de Viena, pudiendo destacar del mismo las siguientes cuestiones:

- se declaran decomisables el producto del delito, los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser usados en la comisión

---

29 Por ello, cuando el art. 2.a) CNUDOT define a un "grupo delictivo organizado", marca que siempre su objetivo es "...obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material". Más ampliamente *vid.* BLANCO CORDERO, I., SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. (2000): "Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y de la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de una participación en una organización criminal y los problemas de la aplicación de la ley penal en el espacio". *Revista Penal*, n.º 6, pp. 3 y ss.

30 Convención de las Naciones Unidas, de 15 de noviembre de 2000, *contra la Delincuencia Organizada Transnacional* (CNUDOT).

31 Definidos en el art. 2.b) CNUDOT como "la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave".

32 NEIRA PENA, A. M. (2017): *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch; GIMENO BEVIÁ, J. (2016): *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. Pamplona: Civitas.

de los delitos, y también los ingresos u otros beneficios derivados del producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido el producto del delito o de bienes con los que se haya entremezclado el producto del delito;

- se permite el decomiso por sustitución con relación a bienes cuyo valor corresponda al del producto del delito;

- se especifican los casos en los cuales, o bien el producto del delito se ha transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, o bien cuando el producto del delito se ha mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas;

- se ordena a los Estados el que adopten las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de cualquier bien con miras a su eventual decomiso;

- también se les encarga facultar a sus tribunales u otras autoridades competentes el poder exigir la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales, prescribiendo expresamente que los Estados no podrán negarse a colaborar en este punto amparándose en el secreto bancario;

- se manda proteger la situación jurídica de los terceros de buena fe en la interpretación de la Convención de Palermo; y

- de forma más laxa en las formas que en la Convención de Viena, en la que como hemos referenciado de forma expresa se habla de "inversión de la carga de la prueba", pero teniendo la misma finalidad, se exhorta a los Estados Parte a considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su Derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas;

El art. 13 CNUDOT se dedica íntegramente a la cooperación internacional para el decomiso, un plus con relación a la *simple* asistencia judicial que hemos señalado que era objeto de tratamiento en la Convención de Viena, y que en esta se establece con carácter general en el art. 18 CNUDOT.

Finalmente, con relación a la disposición del producto del delito o de los productos decomisados, el art. 14 CNUDOT mantiene el criterio de

la Convención del narcotráfico en el sentido de declarar que esta cuestión será establecida por el Derecho interno y los procedimientos administrativos de cada Estado. No obstante, cuando se trata de bienes decomisados a raíz de la solicitud de otro Estado Parte, se busca que el requerido dé consideración prioritaria a la devolución del producto del delito, o de los bienes decomisados al requirente, a fin de que éste pueda indemnizar a las víctimas del delito, o devolver ese producto del delito o esos bienes a sus propietarios legítimos. Igualmente, se admite la celebración de acuerdos entre el Estado que emite la solicitud y el Estado requerido, para que los fondos -total o parcialmente- se depositen en una cuenta destinada a satisfacer en los países en desarrollo o con economías de transición, las necesidades relacionadas con la aplicación de la Convención; se entreguen a organismos intergubernamentales especializados en la lucha contra la delincuencia organizada, o simplemente se repartan entre ellos.

[8] *La Convención de Mérida*<sup>33</sup>, además de promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos, en el art. 1 CNUC se fija una doble finalidad: por una parte, promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; y, por otra, promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en esa prevención y lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos.

Esta línea de trabajo viene marcada al haber podido constatar, según reza el Preámbulo:

- los vínculos que se dan entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero<sup>34</sup>;

- las vastas cantidades de activos que entrañan los casos de corrupción, los cuales pueden constituir una proporción importante de los recursos de los Estados, y que amenazan la estabilidad política y el desarrollo sostenible de los Estados;

- que el enriquecimiento personal ilícito puede ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley; y

<sup>33</sup> Convención de las Naciones Unidas, de 31 de octubre de 2003, *contra la Corrupción* (CNUC).

<sup>34</sup> ROSE-ACKERMAN, S., PALIFKA, B. (2016): *Corruption and Government. Causes, Consequences and Reform* (2.ª ed.). Cambridge: Cambridge University Press, pp. 294 y ss.

- la necesidad que se da a nivel mundial de prevenir, detectar y disuadir con mayor eficacia las transferencias internacionales de activos adquiridos ilícitamente, así como de favorecer la cooperación internacional para la recuperación de activos.

Al estar tan reciente la Convención de Palermo, se utilizan las mismas fórmulas que en ella para regular en el art. 31 CNUC los aspectos básicos del decomiso, referidos en este caso, lógicamente, a los bienes, equipo, instrumentos, producto, ingresos y beneficios relacionados con los delitos de corrupción<sup>35</sup>. Por tanto, un tratamiento en detalle del decomiso transnacional en la investigación -identificando los elementos patrimoniales susceptibles de ser decomisados-, en la adopción de medidas cautelares -como el embargo preventivo- para asegurar su ejecución, en la decisión de su adopción y en las finalidades que pueden ser cubiertas con los bienes -o su realización dineraria- que hayan sido decomisados.

El Capítulo IV de la Convención está dedicada a la cooperación jurídica -policial, judicial y administrativa- y a la asistencia judicial recíproca entre los países, y el Capítulo V al desarrollo de uno de los pilares básicos de la Convención: la recuperación y la restitución de los activos procedentes de la corrupción<sup>36</sup>.

En el art. 52 CNUC se recogen un conjunto de medidas para prevenir y detectar las trasferencias de productos del delito, lo que implica que las instituciones financieras tengan que verificar la identidad de los clientes, adoptando medidas razonables para determinar la identidad de los beneficiarios finales de los fondos depositados en cuentas de valor

35 La "corrupción" entendida como término referencial, como un concepto jurídico indeterminado y no un delito en concreto, pretensión que se abandonó en el momento final de la gestación de la Convención, ante lo abierto e infructuoso que resultaba la definición que se ensayaba en el art. 2.1) del Proyecto de Convención: "Sin perjuicio de los actos de corrupción generalmente reconocidos en los distintos ordenamientos jurídicos, el término corrupción denotará los actos previstos en la presente Convención, independientemente de que se atribuyan a un funcionario público o privado, así como cualesquiera otros actos que el Estado Parte pueda haber tipificado o definido como acto de corrupción en su derecho interno o pueda penalizar o definir de ese modo en el futuro. Nada de lo dispuesto en la presente Convención limitará las posibilidades futuras de penalizar nuevos actos de corrupción o de adoptar medidas de lucha contra tales actos". Siendo así, en el Capítulo III de la Convención, dedicada a la penalización y aplicación de la ley, se especifican los delitos comprendidos en el término corrupción: soborno de funcionarios públicos nacionales (art. 15 CNUC); soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas (art. 16 CNUC); malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público (art. 17 CNUC); tráfico de influencias (art. 18 CNUC); abuso de funciones (art. 19 CNUC); enriquecimiento ilícito (art. 20 CNUC); soborno en el sector privado (art. 21 CNUC); malversación o peculado de bienes en el sector privado (art. 22 CNUC); blanqueo del producto del delito (art. 23 CNUC); encubrimiento (art. 24 CNUC); y obstrucción a la justicia (art. 25 CNUC).

36 Monográficamente sobre el tema *vid.* OLIVERA SERRANO, J. L. (coord.) (2012): *Libro Blanco de mejores prácticas en recuperación de activos*. Madrid: Ministerio del Interior. Dirección General de la Policía; JORGE, G. (coord.) (2008): *Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

elevado, e intensificando el escrutinio de toda cuenta solicitada o mantenida por o a nombre de personas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas prominentes y de sus familiares y estrechos colaboradores -conocidos como Personas Expuestas Políticamente (PEP)<sup>37</sup>-. De igual forma, se busca frenar las operaciones de los bancos que no tengan presencia real y que no estén afiliados a un grupo financiero sujeto a regulación. Y, también, que los Estados compartan con otros la información financiera de importancia para investigar, reclamar o recuperar los activos que son productos de un delito y controlar las actividades financieras de los funcionarios públicos.

Sobre la recuperación directa de activos por parte del Estado perjudicado, en el art. 53 CNUC se pretende, por una parte, que los Estados reconozcan a otros su derecho a interponer una acción civil para determinar la titularidad o propiedad de los bienes adquiridos mediante la comisión de los delitos previstos en la Convención; y que se faculte a los tribunales a ordenar a quienes los han cometido, a resarcir o indemnizar en daños y perjuicios al Estado que resulte perjudicado y que se permita a los tribunales u otras autoridades competentes, a reconocer en relación con el comiso, el derecho de propiedad de otro Estado Parte sobre los bienes que se han adquirido mediante la comisión de un delito de los ya mencionados.

De igual forma se articulan mecanismos de recuperación de activos a través de la cooperación internacional para el decomiso (arts. 54 a 56 CNUC), previendo facultades importantes en tanto en cuanto con frecuencia los delincuentes procuran ocultar el producto, los instrumentos y las pruebas del delito en más de una jurisdicción, a fin de malograr los intentos de los organismos de aplicación de la ley para localizarlos e incautarlos<sup>38</sup>.

En lo relacionado con la restitución y disposición de lo decomisado, el art. 57 CNUC contempla tres clases de bienes: los fondos públicos,

---

37 ALCALDE GUTIÉRREZ, E., RODRÍGUEZ SOLER, L. (2014): "Las Personas Expuestas Políticamente y la prevención del blanqueo de capitales". *Boletín Económico del ICE*, n.º 3047, pp. 47 y ss.); BLANCO CORDERO, I. (2014): "Las personas expuestas políticamente (PEP). Riesgo de blanqueo para los sujetos obligados". En: VERÍSSIMO DE CARLI, C., FABIÁN CAPARRÓS, E. A., RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (coords.): *Lavagem de capitais e sistema penal: contribuições hispano-brasileiras a questões controvertidas*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, pp. 43 y ss.; SERIO, M. (2008): "Politically exposed persons: AML, taking the profit out of corruption and problems for the Banks". *Journal of Money Laundering Control*, vol. 11, n.º 3, pp. 269 y ss.

38 OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (2012): *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (2.ª ed.). New York: United Nations, p. 220.

el producto de los demás delitos contemplados en la Convención y los bienes decomisados en cualquier otro caso. A partir de esta clasificación, se determinará quién sea el beneficiado con la restitución, una vez que se haya tomado en cuenta la situación de los terceros de buena fe:

- cuando se trate de fondos públicos que han sido objeto de malversación, peculado o blanqueo, el Estado requerido los devolverá al Estado Parte requirente, pues éste es su titular;

- cuando se trate del producto de cualquier otro delito previsto en la Convención, los bienes decomisados serán devueltos al Estado requirente si éste demuestra su propiedad anterior sobre ellos, o si ha sufrido daños que deberán ser reconocidos por el Estado requerido; y

- los bienes decomisados en cualquier otro caso deberán restituirse prioritariamente al Estado requirente, a sus propietarios legítimos anteriores, o se dedicarán a la indemnización de las víctimas del delito.

Por último, reseñar que en el art. 58 CNUC se hace mención a algunas necesidades orgánicas para que la eficacia en materia de recuperación de activos sea mayor. Concretamente, a que los países piensen en la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera encargada de recibir, analizar y dar a conocer a las autoridades competentes todo informe relacionado con las transacciones financieras sospechosas relacionada con actos de corrupción. Una materia en la que los países están más avanzados en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo -con las Unidades de Inteligencia Financiera<sup>39</sup> o de narcotráfico<sup>40</sup>, cuya experiencia es esencial en la creación y actuación de las Oficinas de Recuperación -y Gestión- de Activos<sup>41</sup>, debiendo entre todas ellas estar coordinadas tanto en la prevención como en el combate de los fenómenos

39 *Vid.* VERVAELE, J. A. E. (2017): "Uso de información de inteligencia en el proceso penal". En: MORENO CATENA, V., ARNÁIZ SERRANO, A. (dirs.): *El Estado de Derecho a prueba: Seguridad, libertad y terrorismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 27 y ss. y, además, el Documento de Trabajo de la Comisión Europea, de 26 de junio de 2017, *sobre la mejora de la cooperación entre las Unidades de Inteligencia Financiera de la Unión Europea* [SWD(2017) 275 final], así como el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 26 de junio de 2017, *sobre la evaluación de los riesgos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo que afectan al mercado interior y están relacionados con actividades transfronterizas* [COM(2017) 340 final].

40 En el caso de España, con la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones prevista en el art. 6 de la Ley 17/2003, de 29 de mayo, *por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados* (BOE n.º 129, de 30 de mayo de 2003). En esta materia *vid.* VV.AA. (2009): *Estrategia Nacional sobre Drogas 2009-2016*. Madrid: Ministerio de Sanidad y Política Social; ZARAGOZA AGUADO, J. A. (2006): "La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho comparado". *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 10, pp. 20 y ss.

41 GARRIDO CARRILLO, F. J. (2017): "La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos". En: FUENTES SORIANO, O. (coord.): *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 505 y ss.; PERRINO PÉREZ, A. L., JAÉN VALLEJO, M. (2016): *La recuperación de activos frente a la corrupción. La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos*. Madrid: Dykinson.

delictivos en los que son competentes y que tan interrelacionados entre sí están<sup>42</sup>, máxime cuando tienen carácter transnacional<sup>43</sup>.

### 3. EL DECOMISO SEGÚN EL CONSEJO DE EUROPA

[9] Es sabido, y reconocido públicamente<sup>44</sup>, que desde la segunda mitad del siglo XX el Consejo de Europa ha jugado un papel esencial en la definición de una política criminal en la lucha contra el crimen en los cuarenta y siete países miembros. Y más allá, puesto que su influencia se ha extendido a otras áreas geográficas e incluso a las iniciativas normativas de Naciones Unidas, que siempre ha tomado los tratados y convenios del Consejo de Europa como una fuente de inspiración prioritaria.

El decomiso, relacionado con el blanqueo de capitales y con la corrupción, no ha sido una excepción en su línea de trabajo primordial en los últimos años en orden a proteger a la sociedad con una política penal común.

[10] En 1990 se aprobó el *Convenio de Estrasburgo*<sup>45</sup>, considerando que la lucha contra los delitos graves, que constituye un problema con una dimensión cada vez más internacional, requiere del uso de métodos modernos y efectivos a escala internacional, en especial, aquellos que posibiliten el privar a los delincuentes del producto del delito<sup>46</sup>.

42 Como señala la OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (2010): *Guía técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. New York: United Nations, pp. 233 y ss., con carácter general las dependencias de inteligencia financiera desempeñan tres funciones básicas:

1.º) Funcionan como un depositario para centralizar la información sobre blanqueo de dinero, en general procedente de instituciones financieras y otros intermediarios, y ejercen un importante control operacional en relación con el uso y la difusión de esa información.

2.º) Llevan a cabo una "función de análisis" consistente en procesar la información que reciben y agregar datos útiles sobre la operación notificada. Esta información se suele obtener a partir de los propios datos de las dependencias, así como de otras bases de datos gubernamentales a las que las dependencias tienen acceso, las fuentes del dominio público, entidades que proporcionan datos adicionales y dependencias de inteligencia financiera extranjeras. Parte de la función de análisis puede incluir la realización de actividades de investigación con un análisis estratégico y/o estadístico que se compartiría con otras autoridades encargadas de hacer cumplir la ley en relación, por ejemplo, con el desarrollo de nuevas tendencias o tipologías de blanqueo de dinero, el levantamiento de mapas en que se indicarían las actividades financieras delictivas en amplias zonas geográficas y el establecimiento de vínculos internacionales que no son evidentes en las actividades de investigación iniciales.

3.º) Las dependencias sirven para facilitar, de manera activa y reactiva, el intercambio de información sobre operaciones financieras poco frecuentes o sospechosas entre dependencias extranjeras y organismos nacionales encargados de hacer cumplir la ley, regulatorios o judiciales.

43 YASAKA, N. (2017): "Knowledge management in international cooperation for anti-money laundering". *Journal of Money Laundering Control*, vol. 20, n.º 1, pp. 27 y ss.

44 RUIZ VADILLO, E. (1985): "Algunas consideraciones sobre la contribución del Consejo de Europa al desarrollo y perfeccionamiento del Derecho Penal". *Revista General de Derecho*, n.º 489, pp. 1715 y ss.

45 Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990, ratificado por España el 21 de octubre de 1998 (BOE n.º 252, de 21 de octubre de 1998) (CCOEE).

46 Cfr. Preámbulo CCOEE.

Ya con la rotulación del Convenio, en el que se alude al blanqueo, el seguimiento, el embargo y el decomiso de los productos del delito, se deja claro que su contenido es específico en la materia que estamos estudiando, y más detallado en muchos de los aspectos, lo cual es posible teniendo presente que el número de Estados que se tienen que poner de acuerdo son notablemente menos, y en la mayoría de los casos tienen amplios puntos en común en sus tradiciones jurídicas y en los códigos actuales.

Sorprendentemente, el término "decomiso", que aparece en el título, no es utilizado en el articulado, en el que se repiten las alusiones a la "confiscación", empezando por su art. 1 CCOEE en el que se le define como "una sanción o medida ordenada por un tribunal en virtud de un procedimiento relativo a un delito o delitos, cuyo resultado sea la privación definitiva de un bien". Por tanto, para el Consejo de Europa la confiscación no tiene ninguna consideración peyorativa y se utiliza como sinónimo de decomiso.

En los artículos siguientes:

- se declara confiscables los bienes, instrumentos y productos del delito —e, indirectamente, las ganancias<sup>47</sup>—;
- se reconoce la confiscación por sustitución sobre bienes que tengan un valor equivalente al de los productos que no se pueden decomisar;
- se ordena a los Estados, en términos generales, que adopten medidas legislativas y de *otro tipo* que sean necesarias para poder identificar y localizar los bienes que se quieran confiscar, y en especial, medidas para que puedan ordenar la presentación o el embargo de archivos bancarios, financieros o mercantiles, sin que sea posible que los países nieguen la colaboración amparándose en el secreto bancario;
- se encomienda a los Estados que estudien la posibilidad de adoptar técnicas indagatorias especiales que faciliten la investigación y seguimiento del producto y la acumulación de pruebas al respecto; y
- partiendo de una aplicación generalista de la confiscación a cualquier delito<sup>48</sup>, se deja libertad a los países para que en el momento de vincularse de alguna forma al Convenio puedan formular reservas para limitar en su territorio la aplicación del Convenio a los delitos o categorías

<sup>47</sup> Así lo señalamos por cuanto en el art. 1.a) CCOEE se define "producto" se alude a "... todo provecho económico derivado de un delito"; es decir, que se exigen tres requisitos a la ganancia: a) una naturaleza económica; b) un origen en un delito; y una relación con el mismo de manera directa -nada se dice expresamente de las indirectas, por lo cual tienen que ser excluidas-.

<sup>48</sup> Exactamente, a aquellos que "...generen un producto" (art. 1.e) CCOEE).

de delitos que especifique, válvula de escape que si bien quita presión a los Estados favoreciendo la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión al Convenio, complica la armonización legislativa de los países en un espacio geográfico -relativamente- integrado<sup>49</sup>, lo que años más tarde, cuando menos para sus países, trató de ser corregido por la Unión Europea con la AC 98/699/JAI<sup>50</sup>.

Después de regular en el art. 6 CCOEE los delitos de blanqueo, el centro del Convenio de Estrasburgo lo conforma el Capítulo III (arts. 7 a 35), dedicado a la cooperación internacional con relación a la cual se pretende crear un sistema más eficaz que el existente en aquellos momentos, pidiendo a los Estados que atiendan a las solicitudes:

- por un lado, de confiscación de bienes específicos que constituyan producto o instrumentos, así como la confiscación de un producto que consista en el requerimiento de pago de una cantidad de dinero correspondiente al valor del producto; y

- por otro, de auxilio en la investigación y medidas provisionales con el fin de llevar a cabo cualquiera de las formas de confiscación acabadas de mencionar.

Tomando como punto de partida estos principios y medidas generales de cooperación internacional, se regula el tema de la identificación y localización de los bienes que pueden ser sometidos a confiscación; su aseguramiento a través de medidas provisionales y la ejecución del comiso a través de la orden respectiva, sea porque el Estado ejecute la orden dictada por el órgano judicial del Estado peticionario, o la emitida por sus propias autoridades competentes. Por último, el Convenio se refiere al destino de los bienes confiscados, al indicar que será el que señale la legislación nacional del Estado requerido, salvo que se acuerde por los países implicados algo diverso.

[11] Este Convenio de Estrasburgo fue actualizado y sustituido por el *Convenio de Varsovia*<sup>51</sup>, que amplió su ámbito a la financiación del terrorismo (art. 2 CCOEV).

---

49 Igualmente se hace, con relación a los delitos de blanqueo, en el art. 6.4 CCOEE.

50 Acción Común 98/699/JAI, de 3 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, *relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito* (DOUE n.º L 333, de 9 de diciembre de 1998).

51 Convenio *relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo*, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, ratificado por España el 26 de junio de 2010 (BOE n.º 155, de 26 de junio de 2010) (CCOEV).

El art. 1.d) CCOEV sí define el comiso -o decomiso<sup>52</sup>- como "... una sanción o medida ordenada por un tribunal en virtud de un procedimiento relativo a uno o varios delitos, cuyo resultado sea la privación definitiva de un bien".

De las disposiciones generales sobre comiso, destacamos:

– pueden ser decomisados los instrumentos, los bienes —blanqueados<sup>53</sup>— y los productos del delito, tanto directos como indirectos<sup>54</sup>;

- se permite el comiso por sustitución sobre los bienes cuyo valor equivalga al del producto sobre el cual no se ha podido actuar;

- se declara expresamente en varios pasajes que los bienes lícitos del sujeto pasivo también pueden resultar investigados y alcanzados por las actividades relacionadas con el comiso;

- se establecen cautelas para cuando al llevar a efecto la congelación, embargo o comiso el producto se ha transformado o convertido en otros bienes, o se ha mezclado -en todo o en parte- con bienes adquiridos legítimamente;

- los Estados Parte tienen reconocidas variadas facultades con relación a los delitos que pueden dar lugar al comiso: por un lado, pueden hacer reservas para limitar la aplicación del comiso<sup>55</sup> en los delitos de blanqueo de capitales y en las categorías de delitos previstas en el Anexo al Convenio<sup>56</sup>; por otro, pueden prever el comiso con carácter obligatorio con relación a ciertos delitos, siempre que los mismos puedan dar lugar al comiso<sup>57</sup>;

- se pide a los Estados que prevean quién y cómo tienen que gestionar los bienes decomisados; y

<sup>52</sup> El sustantivo y el verbo son usado indistintamente en su articulado.

<sup>53</sup> Así es pedido por el art. 3.1 CCOEV, mención que no era legalmente necesaria por cuando esta clase de bienes ya forman parte del producto del delito en la consideración que la Convención da a esta palabra.

<sup>54</sup> A diferencia del Convenio de Estrasburgo, ahora se define "producto" como "... todo provecho económico derivado u obtenido directa o indirectamente de un delito" (art. 1.a) CCOEV). Y más: el art. 5.c) CCOEV exige a los Estados que adopten las medidas que sean necesarias para garantizar la congelación, el embargo y el comiso de "as rentas u otros beneficios derivados del producto de los bienes en que se haya transformado o convertido el producto del delito o de los bienes con los que se haya mezclado el producto del delito, hasta el valor estimado del producto mezclado, de la misma manera y en la misma medida que el producto".

<sup>55</sup> Declarando formalmente, como se recoge en el art. 3.2 CCOEV, que se aplicará "... [únicamente en la medida en que el delito sea punible con una pena de privación de libertad o una medida de seguridad de una duración máxima superior a un año. No obstante, cada Parte podrá realizar una declaración en relación con esta disposición respecto del comiso del producto de los delitos fiscales, con el único objetivo de que le esté permitido decomisar dicho producto, ya sea a escala nacional o en el marco de la cooperación internacional, en virtud de la legislación nacional e internacional en materia de cobro de deudas fiscales; y/o únicamente a una relación de delitos especificados".

<sup>56</sup> El 22 de octubre de 2014 se enmendó el Anexo al Convenio, en el que se listan los delitos a los que es aplicable el Convenio, modificación que entró en vigor de forma general y para España el 25 de octubre de 2015 (*BOE* n.º 294, de 9 de diciembre de 2015).

<sup>57</sup> El art. 3.3 CCOEV señala, a título de ejemplo, el blanqueo, el tráfico de estupefacientes, la trata de seres humanos y otros delitos graves.

- se encomienda en los arts. 12 y siguientes CCOEV un papel esencial en la eficacia de las actuaciones de comiso, así como en la prevención<sup>58</sup> de los delitos de los que trae causa, a las Unidades de Inteligencia Financiera<sup>59</sup>, a las que se pide que cooperen entre sí<sup>60</sup>.

Tal y como hemos visto que se hacía en el ámbito de Naciones Unidas, el art. 3.4 CCOEV, de manera clara pero sin utilizar la expresión *inversión de la carga de la prueba*, el art. 3.4 CCOEV obliga a los países a adoptar, siempre que ello sea compatible con los principios de su Derecho interno, "...medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para exigir, en el caso de uno o varios delitos graves definidos por su derecho interno, que el autor demuestre el origen de sus bienes sospechosos de ser producto o de otros bienes que puedan ser objeto de comiso".

Finalmente, siguiendo la tendencia surgida en el Convenio de Estrasburgo, de manera prolija los arts. 15 a 45 CCOEV se dedican a regular las condiciones en las que tiene que ser prestada la cooperación internacional por los Estados Parte, prestando especial atención los arts. 23 a 27 CCOEV cuando la misma está referida al comiso de bienes.

#### 4. EL DECOMISO SEGÚN LA UNIÓN EUROPEA

[12] En materia penal y procesal penal, desde hace más de veinte años la Unión Europea está considerada como el mejor laboratorio de

---

58 En el art. 13.3 CCOEV se impone a los Estados la obligación de adoptar las medidas legislativas necesarias para: a) Exigir que las personas físicas y jurídicas que se dediquen a actividades que sean especialmente susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de dinero, en el marco de dichas actividades: (i) determinen y verifiquen la identidad de sus clientes y, cuando sea oportuno, de sus beneficiarios efectivos, y que sometan la relación de negocios a una vigilancia constante basada en un enfoque adaptado al riesgo; (ii) comuniquen sus sospechas sobre blanqueo, con sujeción a garantías; y (iii) adopten medidas de apoyo, tales como la conservación de los datos relativos a la identificación de los clientes y a las operaciones, la formación de personal y el establecimiento de políticas y procedimientos internos y adaptados, cuando proceda, a la magnitud y la naturaleza de las actividades. b) Prohibir, cuando proceda, a las personas mencionadas en la letra a) revelar el hecho de que se ha transmitido un informe de operación sospechosa o de información conexa o de que se está realizando o puede realizarse una investigación por blanqueo. c) Garantizar que las personas a que se hace referencia en la letra a) se sometan a sistemas eficaces de seguimiento y, cuando proceda, de control con vistas a garantizar que cumplan sus obligaciones en materia de lucha contra el blanqueo de dinero. En su caso, estos dispositivos pueden adaptarse en función del riesgo.

59 En el art. 1.f) CCOEV se establece que la Unidad de Inteligencia Financiera será un organismo nacional central encargado de recibir -y, en la medida en que se le permita, de solicitar-, analizar y transmitir a las autoridades competentes las comunicaciones de información financiera, bien relativa a activos de los que se sospeche que sean producto del terrorismo o que sirvan para su financiación, o bien exigidas por la legislación o por la regulación nacional, con objeto de combatir el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo. De utilidad en esta materia tomar en consideración también la Recomendación 29 del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), y la *nota interpretativa* que a la misma se ha efectuado. *Vid.* GAFILAT (2015): *Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y de la proliferación. Las Recomendaciones del GAFI*. Buenos Aires: Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica, pp. 98 y ss.

60 *Vid.* los arts. 46 y 47 CCOEV.

integración penal regional<sup>61</sup>, en el que se trabaja tanto por las acciones delictivas que se producen *en* Europa, como las que se hacen *contra* Europa, todo ello de manera acorde a cómo se viene trabajando fundamentalmente en Naciones Unidas, en la Organización de Estados Americanos, en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y en el Consejo de Europa, en aras a erradicar los espacios de impunidad<sup>62</sup>.

Uno de sus ámbitos de actuación más desarrollados es el que tiene que ver con el combate al fraude, a la corrupción, al blanqueo de capitales y a los delitos económicos<sup>63</sup>, en orden a proteger, en última instancia, los intereses financieros de la Unión y el euro, para lo cual se ha legislado en materia de Derecho Penal, de Derecho Procesal penal, e inclusive desde la perspectiva orgánica, en la que se viene trabajando en la creación de una Fiscalía Europea<sup>64</sup>.

Tomando como referente la actividad legislativa en materia penal del Consejo de Europa, progresivamente, con la sucesión de los Tratados de Maastricht, Ámsterdam, Niza y Lisboa, se ha ido pergeñando, en la *política de los pequeños pasos* de la que se hablaba en la Declaración Schuman, un espacio común integrado, cada vez más amplio -de la *pequeña Comunidad de los Seis* a la *Unión de los veintiocho*-, que entre otros objetivos se marca el ofrecer a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de prevención y lucha contra la delincuencia" (art. 3.2 TUE). En orden a ello, la Unión se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia y de lucha en contra de ella, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de

---

61 MANACORDA, S. (1999): *La corruzione internazionale del pubblico agente. Linee dell'indagine penalistica*. Napoli: Jovene, pp. 206 y ss.

62 SZAREK-MASON, P. (2011): "The European Union policy against corruption in the light of international developments". En: ECKES, C., KONSTADINIDES, T. (edits.): *Crime within the Area of Freedom, Security and Justice. A European Public Order*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 43 y ss.

63 Y, a consecuencia de ello, el comiso. *Vid.* RODRÍGUEZ PUERTA, M. J. (2009): "La política europea en materia de comiso". En: TAMARIT SUMALLA, J. (coord.): *Las sanciones penales en Europa*, Pamplona: Aranzadi, pp. 399 y ss.

64 Sobre la misma, prevista en el art. 86 TFUE, *vid.* MORENO CATENA, V. (2014): *Fiscalía Europea y derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch; RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (2013): "Aprendiendo del pasado en el proceso de creación de la Fiscalía Europea". *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 31, pp. 31 y ss.; MORÁN MARTÍNEZ, R. A. (2011): "La nueva Decisión de Eurojust y la previsión del Tratado de Lisboa de la creación, a partir de Eurojust, de la Fiscalía Europea". *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 4, pp. 1 y ss.

las resoluciones judiciales en materia penal<sup>65</sup>, de acuerdo a los principios de legalidad, subsidiariedad y proporcionalidad, y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales (art. 67.3 TFUE). Y todo ello con un claro contrapunto: respetando los derechos fundamentales y las garantías definidas a nivel europeo<sup>66</sup>, y además las tradiciones jurídicas y los principios constitucionales de cada uno de los países.

En la *fiducia recíproca*<sup>67</sup>, que es el punto de partida de las relaciones interestatales en la Unión Europea, desde finales de los años noventa del siglo pasado se han ido sucediendo en la Unión Europea acciones comunes, decisiones marco y directivas en materia penal y procesal penal, cada día más amplias en su contenido y obligaciones para los Estados<sup>68</sup>, pero cuya eficacia siempre queda supeditada a los procesos de transposición que en cada uno de ellos se haga a su sistema jurídico interno<sup>69</sup>.

El estudio de cómo se han implementado cada una de las normas permite evidenciar, por un lado, los diferentes niveles de compromiso entre los veintiocho países miembros en la prevención y represión de la delincuencia grave que tenga dimensión transfronteriza<sup>70</sup>, y, por otro, el cómo

65 FAGGIANI, V. (2016): "El principio de reconocimiento mutuo en el espacio europeo de justicia penal. Elementos para una construcción dogmática". *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 38, pp. 73 y ss.; VV.AA. (2015): *La cooperación judicial penal en Europa: De la asistencia judicial al reconocimiento mutuo*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial; DÍAZ PITA, M. P. (2013): "La lucha contra los delitos transfronterizos y no transfronterizos en la unión europea: los instrumentos de investigación transfronteriza y el principio de reconocimiento mutuo". *Revista General de Derecho Penal*, n.º 20, pp. 1 y ss.; LICATA, G. F. (2013): "El principio de Reconocimiento Mutuo y su desarrollo". En: CARMONA RUANO, M., GONZÁLEZ VEGA, I., MORENO CATENA, V. M. (dirs.): *Cooperación Judicial Penal en Europa*. Madrid: Dykinson, pp. 705 y ss.; VV.AA. (2011): *Reconocimiento y ejecución de resoluciones penales en el Espacio Judicial Europeo*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

66 IZQUIERDO SANS, C. (2016): "La llamada configuración de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea". En: PÉREZ MANZANO, M., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (dirs.): *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*. Madrid: Marcial Pons, pp. 57 y ss.; RUIZ MIGUEL, C. (2015): "Derechos fundamentales constitucionales y derechos humanos internacionales: su articulación normativa en España". *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 26, pp. 33 y ss.; ETXEBERRÍA GURIDI, J. F. (2008): "Los derechos fundamentales en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia penal". *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 82, f. 2, pp. 103 y ss.; ARANGÜENA FANEGO, C. (coord.) (2007): *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea*. Valladolid: Lex Nova.

67 HOYOS SANCHO, M. DE (2005): "El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: ¿asimilación automática o corresponsabilidad?". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 22, pp. 807 y ss.

68 PÉREZ CEPEDA, A. I. (2016): "¿Existe un sistema penal transnacional?". En: PÉREZ CEPEDA, A. I. (dir.): *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 219 y ss.; GASCÓN INCHAUSTI, F. (2007): "En torno a la creación de un derecho procesal penal europeo". *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 23, pp. 371 y ss.

69 MORÁN MARTÍNEZ, R. A. (2007): "Decisión Marco de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas". *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 117, p. 170.

70 Según el art. 83.1 TFUE, el Parlamento Europeo y el Consejo pueden establecer, por medio de directivas, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que reúnan dos características: que sean de especial gravedad y que además tengan una dimensión transfronteriza, la cual puede derivar del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes. En particular, se establece que estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada. Además, teniendo

estas normas se han *usado* por los gobiernos nacionales como justificación de muchas de las reformas orgánicas, penales y procesales llevadas a cabo en los países en los últimos años, o mejor dicho de *cobertura*<sup>71</sup>, conscientes de que la Unión Europea, con sus normas, aporta estándares mínimos que no impide que los Estados miembros mantengan o instauren un nivel más elevado de protección de las personas<sup>72</sup>.

[13] La AC 98/699/JAI<sup>73</sup> nació con la pretensión general de mejorar la actuación contra la delincuencia organizada, bastante ineficaz hasta esos momentos debido, entre otras cuestiones, a que los países europeos habían formulado reservas a los arts. 2 y 6 CCOEE (art. 1.1 AC 98/699/JAI), las cuales se pide que no se mantengan -ni que se formulen otras nuevas-. Y ello con dos actuaciones legislativas:

- confiscación generalizada cuando los delitos lleven aparejada una pena de privación de libertad -o medida de seguridad- de un máximo de más de un año; e

- instrumentalmente<sup>74</sup>, tipificación del blanqueo de capitales cuando se trata de -delitos graves-, expresión en la que tienen que estar incluidos, al menos, los delitos que lleven aparejada una pena de privación de libertad -o medida de seguridad- de un máximo de más de un año, o, en lo referente a los Estados en cuyo sistema jurídico existe un umbral mínimo para los delitos, los delitos que lleven aparejada una pena máxima de privación de libertad o medida de seguridad de un máximo de más de seis meses

---

en cuenta la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión que determine otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios que acabamos de indicar.

71 De manera muy gráfica AGUADO CORREA, T. (2014): "Comiso: crónica de una reforma anunciada. Análisis de la propuesta de Directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013". *InDret*, n.º 1, p. 1, señala como "[ ] el Gobierno Español, bajo el lema de que «más vale que sobre que falte», aborda la reforma de esta sanción elevando a régimen general lo que se prevé a nivel europeo como régimen especial para delitos e cierta gravedad, los conocidos como eurodelitos". Con el mismo tono crítico *vid.* también VIDALES RODRÍGUEZ, C. (2015): "Consecuencias accesorias: Decomiso (arts. 127 a 127 octies)". En: GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir.): *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 391 y ss., quien a la luz de la reforma penal de 2015 sobre el decomiso alerta para que se tomen medidas para "[ ] extremar el patente riesgo de una aplicación desmedida".

72 Así lo declara el art. 82.2.III TFUE, después de atribuir competencia al Parlamento Europeo y al Consejo para legislar, mediante directivas adoptadas conforme al procedimiento legislativo ordinario, en: a) la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros; b) los derechos de las personas durante el procedimiento penal; c) los derechos de las víctimas de los delitos; d) otros elementos específicos del procedimiento penal, que el Consejo habrá determinado previamente mediante una decisión.

73 Acción Común 98/699/JAI, de 3 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, *relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito* (AC 98/699/JAI).

74 Desde su origen, vinculado al narcotráfico y, posteriormente, al crimen organizado, el blanqueo de capitales ha sido un tipo penal controvertido a causa de no se pacifica la determinación de cuál es el bien jurídico que se protege con el mismo. A este respecto *vid.* FERNÁNDEZ DE CEBALLOS Y TORRES, J. (2014): *Blanqueo de capitales y principio de lesividad. Análisis en el orden punitivo español*. Salamanca: Ratio Legis.

Además de ello, los Estados quedaron obligados a garantizar que su legislación y procedimientos sobre confiscación de los productos del delito<sup>75</sup> permitan el decomiso de bienes cuyo valor corresponda a dicho producto -decomiso por sustitución-, tanto en procedimientos estrictamente nacionales como en procedimientos incoados a petición de otro Estado miembro, incluidas las solicitudes para la ejecución de órdenes de decomiso procedentes del extranjero (art. 1.2 AC 98/699/JAI).

En la Acción Común también se sentaron bases importantes de cara a facilitar la cooperación internacional en diversos aspectos:

- los Estados deberán atender las solicitudes que le formule otro país miembro para posibilitar la identificación y seguimiento del presunto producto de delitos, siempre que existan motivos razonables que permitan presumir que se ha cometido una infracción penal, una asistencia que tendrá que ser prestada en una fase de la investigación tan temprana como sea posible (art. 1.3 AC 98/699/JAI), y ello sin dar prioridad a ninguna de las peticiones que se reciban (art. 3 AC 98/699/JAI);

- tendrán que elaborar los Estados una guía de fácil consulta en la que se dé información sobre dónde conseguir asesoramiento, con mención de la asistencia que puedan ofrecer en la identificación, el seguimiento, el embargo o la incautación y el decomiso de instrumentos y productos del delito (art. 2.1 AC 98/699/JAI);

- se potenciará en los países el contacto directo entre los investigadores, los magistrados encargados de las investigaciones y los fiscales de los Estados miembros, limitando al máximo las peticiones de asistencia a través de canales oficiales (art. 4.1 AC 98/699/JAI), mucho más formales y menos efectivos;

- se tomarán por los Estados todas las medidas necesarias para reducir al mínimo el riesgo de desaparición de los activos, entre las que se incluirán aquéllas necesarias para que los activos objeto de la petición de otro Estado miembro puedan ser rápidamente embargadas o incautadas a fin de que no se vean frustradas posteriores demandas de decomiso (art. 5.1 AC 98/699/JAI);

- los Estados simplificarán las peticiones de investigadores que sean adicionales o complementarias a otras ya formuladas (art. 5.2 AC 98/699/JAI); y

---

<sup>75</sup> La vinculación de la AC 98/699/JAI con el Convenio de Estrasburgo alcanzaba incluso a asumir la definición que en el mismo se daba a los términos "instrumentos", "bienes", "producto" y "decomiso" (art. 1.2 *in fine* AC 98/699/JAI), que como hemos señalado está limitado a las ganancias *directas* generadas por los delitos.

- en materia de formación en el ámbito de cooperación en materia de identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de instrumentos y productos del delito, los Estados de la Unión tienen que garantizar una adecuada formación a los jueces y magistrados, fiscales, investigadores y otros funcionarios con actuaciones operativas en estos asuntos (art. 6.1 y 2 AC 98/699/JAI).

[14] La DM 2001/500/JAI<sup>76</sup> derogó -y reformuló- varios de los preceptos de la AC 98/699/JAI<sup>77</sup> para reforzar aún más<sup>78</sup> la lucha contra la delincuencia organizada<sup>79</sup>, teniendo presente que uno de los sectores clave en los que es prioritario actuar es la delincuencia financiera, específicamente aproximando el Derecho Penal y Procesal penal en materia de blanqueo de capitales -*u. gr.*, en materia de decomiso de activos—, lo que precisa que la gama de actividades delictivas que constituyen delitos principales en materia de blanqueo de capitales debe ser uniforme y lo suficientemente amplia en todos los Estados miembros<sup>80</sup>.

Partiendo de ello:

- en el art. 2 DM 2001/500/JAI obliga a los Estados a sancionar los delitos de blanqueo de capitales, en los términos en los que están formulados en el art. 6 del Convenio de Estrasburgo, con penas privativas de libertad cuya duración máxima no pueda ser inferior a cuatro años; y

- también les impone el adoptar el decomiso por sustitución con relación al producto del delito que no pueda ser aprehendido, tanto en procedimientos estrictamente nacionales como en procedimientos incoados a petición de otro Estado miembro, incluidas las solicitudes para la ejecución de órdenes de decomiso procedentes del extranjero, eximiendo a los

<sup>76</sup> Decisión Marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, *relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito* (DOUE n.º L 182, de 5 de julio de 2001).

<sup>77</sup> En concreto, los arts. 1, 3, 5.1 y 8.1 (art. 5 DM 2001/500/JAI).

<sup>78</sup> En la Recomendación n.º 16 del documento "Prevención y control de la delincuencia organizada. Estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio" (DOCE n.º C 124, de 3 de mayo de 2000), cuyo capítulo 2.7 está dedicado al seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito, se dispone que "...conveniría que el Consejo adoptase un instrumento que exhorte a los Estados miembros a que revisen su legislación y la aplicación de la misma con respecto a las decisiones de seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los activos de origen delictivo, y a que a continuación establezcan, en caso necesario, unos estándares mínimos que posibiliten el reconocimiento mutuo y la ejecución de dichas decisiones lo antes posible en las investigaciones y procedimientos en materia penal, teniendo en cuenta los derechos de terceros de buena fe".

<sup>79</sup> En su art. 1 reitera la necesidad de que no se hagan reservas, ni se mantengan, las reservas en relación a los arts. 2 y 6 CCOE, dejando la excepción de cuando el decomiso se refiera al producto de los delitos fiscales.

<sup>80</sup> Considerandos núms. 4 y 5 DM 2001/500/JAI. Por este motivo, sin desconocer la importancia de la AC 98/699/JAI, en esta DM 2001/500/JAI, BLANCO CORDERO, I., CERRO ESTEBAN, J. A. DEL (2006): "Blanqueo de capitales". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 2015, p. 77, fijan el inicio verdadero de la estrategia penal europea en el combate al blanqueo de capitales.

Estados de esta obligación cuando el valor que corresponda al producto del delito sea inferior a cuatro mil euros (art. 3 DM 2001/500/JAI)

[15] La DM 2002/475/JAI<sup>81</sup> está dedicada a combatir monográficamente al terrorismo, por considerarlo una de las acciones más graves que pueden violar los valores -dignidad humana, libertad, igualdad, solidaridad, respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales- y principios -democracia y Estado de Derecho- de la Unión Europea<sup>82</sup>. Como en su tutela son insuficientes los esfuerzos independientes y aislados que puedan realizar cada uno de los países de la Unión, la Unión Europea lleva a la práctica el principio de reciprocidad fijando medidas que, respetando los derechos fundamentales garantizados tanto en el CEDH como en la CDFUE<sup>83</sup>, tienen que ser incorporadas a sus sistemas penales por cada uno de los Estados miembros.

Para el art. 2.1 DM 2002/475/JAI, un "grupo terrorista" tiene que tener las siguientes características:

- organización estructurada, teniendo esta consideración la que no se haya formado "... fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en la que no necesariamente se ha asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni hay continuidad en la condición de miembro o una estructura desarrollada";

- establecida durante cierto periodo de tiempo;
- compuesta por dos o más personas;
- que actúan de manera concertada; y
- todo ello con la finalidad de cometer delitos de terrorismo<sup>84</sup>.

---

81 Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, *sobre la lucha contra el terrorismo* (DOUE n.º 164, de 22 de junio de 2002).

82 Considerando n.º 1 DM 2002/475/JAI. Además de ello, teniendo presente la vulnerabilidad de las víctimas en estos delitos de terrorismo, en el art. 10 DM 2002/475/JAI se contienen tres menciones fundamentales para ellas: 1.ª) Desligar la investigación y/o el enjuiciamiento de los hechos delictivos de la formulación de denuncia o acusación por una persona que haya sido víctima de ellos, cuando menos si los hechos fueron cometidos en el territorio de un Estado miembro. 2.ª) Recordar a los países la necesidad de hacer efectivas las medidas contenidas en la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, *sobre el estatuto de la víctima en el procedimiento penal* (DOUE n.º L 82, de 22 de marzo de 2001), la cual ha sido derogada y sustituida por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, *por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos* (DOUE n.º L 315, de 14 de noviembre de 2012), que en el caso de España ha traído como consecuencia la aprobación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito* (BOE n.º 101, de 28 de abril de 2015). 3.ª) Extender a los familiares de víctimas las medidas de protección y asistencia.

83 Junto a esta declaración general, común a otros muchos instrumentos jurídicos, en el Considerando n.º 10 *in fine* se declara que "... [n]ada de lo dispuesto en la presente Decisión marco podrá interpretarse como un intento de reducir u obstaculizar derechos libertades fundamentales tales como el derecho de huelga, la libertad de reunión, de asociación o de expresión, ni, en particular, el derecho de fundar un sindicato con otras personas o de afiliarse a un sindicato para defender los intereses de sus miembros, así como el correspondiente derecho a manifestarse".

84 Estos "delitos de terrorismo" son detallados en los arts. 1.1 y 2 DM 2002/475/JAI, y a ellos en el art. 3 DM 2002/475/

Destacar como para favorecer la persecución efectiva de los delitos de terrorismo, en el art. 6 DM 2002/475/JAI a los Estados se les da la posibilidad de incluir en sus Códigos Penales medidas en beneficio del autor del delito, siempre y cuando:

- a) abandone la actividad terrorista; y
- b) proporcione a las autoridades, administrativas o judiciales, información de que éstas no hubieran podido obtener de otra forma, si con ello se les ayuda a impedir o atenuar los efectos del delito, identificar o procesar a los otros autores del delito, encontrar pruebas, o impedir que se comenten otras actividades terroristas.

Lógicamente, hay que entender que estos *beneficios* para los autores de los hechos deben alcanzar las actividades terroristas en sí mismo consideradas como su financiación, lo que tiene relación directa con la operatividad del decomiso en todas sus modalidades.

[16] Hay que destacar también la DM 2003/577/JAI<sup>85</sup>, que entre otras finalidades tiene la de establecer las normas en virtud de las cuales un Estado miembro tiene que reconocer y ejecutar en su territorio una resolución de embargo preventivo dictada por una autoridad judicial de otro Estado miembro en el marco de un procedimiento penal, con el objetivo de impedir, con carácter provisional, la destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de bienes que pudieran ser sometidos a decomiso<sup>86</sup>. Por tanto, las resoluciones de embargo de bienes tienen una función instrumental con relación a su posterior decomiso.

En la tramitación de las peticiones, se eximen de tener que superar el control de la doble tipificación de los hechos un amplio listado de delitos,

---

JAI se les añaden otros "delitos ligados a las actividades terroristas".

85 Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, *relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas* (DOUE n.º L 196, de 2 de agosto de 2003). La misma fue transpuesta al ordenamiento jurídico español por la Ley 18/2006, de 5 de junio, *para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales* (BOE n.º 134, de 6 de junio de 2006), así como por la Ley Orgánica 5/2006, de 5 de junio, *complementaria de la Ley para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (BOE n.º 134, de 6 de junio de 2006). *Vid.* DELGADO MARTÍN, J. (2007): "Emisión de una Decisión de embargo preventivo de bienes o aseguramiento de pruebas en el ámbito de la Unión Europea". *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 117, pp. 1 y ss.; IRURZUN MONTORO, F. (2007): "Principio de confianza y reconocimiento mutuo. Su reflejo en la ejecución de resoluciones de embargo preventivo y aseguramiento de pruebas en la Unión Europea". *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 117, pp. 1 y ss.; MORÁN MARTÍNEZ, R. A. (2004): "El embargo preventivo y aseguramiento de pruebas, la ejecución de sanciones pecuniarias y el comiso: las Decisiones marco". En: GALGO PECO, A. (dir.): *Derecho Penal Supranacional y cooperación jurídica internacional*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, pp. 381 y ss.

86 Art. 2.c) DM 2003/577/JAI.

ampliable en el futuro, entre los que se encuentran la pertenencia a una organización delictiva, el terrorismo, la corrupción, el fraude y el blanqueo del producto del delito<sup>87</sup>, tomado como referencia la definición que se haga de los mismos en el Estado de emisión y siempre y cuando sean castigados con penas privativas de libertad cuya duración máxima sea de al menos tres años.

La parte nuclear de la Decisión Marco la constituyen los arts. 4 a 12, dedicados al procedimiento de ejecución de las resoluciones de embargo preventivo de bienes, en los que se recogen los trámites a seguir, la duración de la medida de embargo, los motivos de no reconocimiento o no ejecución, así como los de su suspensión, y el tratamiento subsiguiente a dar a los bienes embargados.

[17] La DM 2004/757/JAI<sup>88</sup>, en la que se destaca como el tráfico ilícito de drogas no sólo representa una amenaza para la salud, la seguridad y la calidad de vida de los ciudadanos de la Unión Europea, sino también para la economía legal, la estabilidad y la seguridad de los Estados miembros<sup>89</sup>, recoge también menciones –pocas– con relación al decomiso, que permiten ir asentando los criterios europeos en esta materia:

– la obligación de los Estados de decomisar las sustancias, los instrumentos utilizados o que se pretenda utilizar en estos delitos, y los productos de dichos delitos (art. 4.5 DM 2004/757/JAI);

– para asegurar la eficacia final del decomiso, al menos en términos económicos, en los países los órganos judiciales tendrán que adoptar el embargo de bienes cuyo valor corresponda al de los productos, sustancias o instrumentos referenciados (art. 4.5 *in fine* DM 2004/757/JAI);

– bajo el rubro "sanciones a las personas jurídicas" (art. 7.1.f) DM 2004/757/JAI), la aplicación a ellas del decomiso;

– la protección de los derechos de los terceros, siempre que hayan actuado de buena fe (art. 4.5 DM 2004/757/JAI); y

– el respecto a los derechos de las víctimas, que en materia de narcotráfico siempre van a tener una consideración especial a la hora de prever el destino a dar a los bienes decomisados o a los recursos económicos que se obtengan de su venta (art. 4.5 DM 2004/757/JAI).

<sup>87</sup> Art. 3.2 DM 2003/577/JAI.

<sup>88</sup> Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, *relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas* (DOUE L 335, de 11 de noviembre de 2004).

<sup>89</sup> Considerando n.º 1 DM 2004/757/JAI.

[18] Con la DM 2005/212/JAI<sup>90</sup> el Consejo de la Unión Europea dio un paso más en la estrategia de ahogar financieramente a la delincuencia transfronteriza organizada, privándola de todo beneficio económico, considerando que la prevención y lucha contra ella deben centrarse en el seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito, acciones que siempre se ven dificultadas por las asimetrías que se dan entre las legislaciones de los países europeos<sup>91</sup>.

Los cambios realizados comienzan desde el art. 1 DM 2005/212/JAI con las definiciones, puesto que:

– "decomiso" es "toda pena o medida dictada por un tribunal a raíz de un proceso penal relativo a una o varias infracciones penales, que tenga como consecuencia la privación definitiva de algún bien", con lo cual, por un lado, se afirma su carácter retributivo, y por otro, se reserva su imposición, en exclusiva, a los órganos judiciales del orden jurisdiccional penal<sup>92</sup>; y

– "productos" es "todo beneficio económico derivado de una acción penal", que pueden consistir "... en cualquier clase de bienes, materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, así como los actos jurídicos o documentos que acrediten la titularidad u otros derechos sobre tales bienes", lo que mantiene la idea recogida en otros textos de su naturaleza económica, su asimilación a las ganancias y su carácter derivado con relación a los delitos cometidos.

El decomiso, total o parcial, va a alcanzar a bienes, instrumentos y productos de infracciones penales, pero siempre que las mismas estén tipificadas –en abstracto– con penas privativas de libertad de duración superior a un año (art. 2.1 DM 2005/212/JAI). Y, como en textos ya analizados, el art. 2.1 *in fine* DM 2005/212/JAI permite el decomiso por sustitución.

La novedad más importante que se recoge en esta Decisión Marco la constituye la "potestad" otorgada a los órganos jurisdiccionales de decretar el "decomiso ampliado", regulado con detalle en el art. 3 DM 2005/212/JAI:

---

90 Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, *relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito* (DOUE n.º L 68, de 15 de marzo de 2005).

91 Considerando n.º 1 DM 2005/212/JAI.

92 No obstante, para la privación del producto de las infracciones fiscales los Estados podrán aplicar procedimientos distintos de los penales (art. 2.2 DM 2005/212/JAI).

– pese a que el artículo utiliza en su rotulación el término "potes-tad", estamos ante una obligación que la Unión Europea impone a los Estados, al menos en los niveles mínimos que se marcan en el mismo;

– la infracción que puede dar lugar al decomiso tiene que cumplir dos exigencias: que haya sido cometida en el marco de una "organización delictiva"<sup>93</sup>, y que la misma esté recogida en concretas Decisiones Marco referidas a: falsificación del euro<sup>94</sup>; blanqueo de capitales<sup>95</sup>; trata de seres humanos<sup>96</sup>; represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares<sup>97</sup>; lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil<sup>98</sup>; tráfico ilícito de drogas<sup>99</sup>; y terrorismo<sup>100</sup>; y

– esas infracciones tienen que tener dos rasgos: primero, tener capacidad de generar un beneficio económico, esto es, ganancias<sup>101</sup>, y, segundo, si se trata del blanqueo de capitales, que se castiguen con penas de prisión de al menos cuatro años en su grado máximo, y para las infracciones diferentes que se castiguen con penas de prisión de al menos entre cinco y diez años en su grado máximo.

Cumpléndose todas estas exigencias, los Estados tendrán que posibilitar el decomiso ampliado en las siguientes situaciones<sup>102</sup>:

1.ª) Cuando el órgano jurisdiccional –nacional–, basándose en hechos concretos, considere razonable el decomiso al estar plenamente con-

---

93 A los efectos de esta DM 2005/212/JAI, se toma el concepto de "organización delictiva" recogido en el art. 1 de la Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998, *adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea* (DOUE L 351, de 29 de diciembre de 1998): "una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aún más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública".

94 Decisión Marco 2000/383/JAI del Consejo, de 29 de mayo de 2000, *sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro* (DOUE n.º L 140, de 14 de junio de 2000).

95 DM 2001/500/JAI.

96 Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, *relativa a la lucha contra la trata de seres humanos* (DOUE n.º L 203, de 1 de agosto de 2002).

97 Decisión Marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, *destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares* (DOUE L 328, de 5 de diciembre de 2002).

98 Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, *relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil* (DOUE n.º L 13, de 20 de enero de 2004).

99 DM 2004/757/JAI.

100 DM 2002/475/JAI.

101 Esto significa que, al menos expresamente, quedan excluidas del decomiso ampliado los bienes, efectos e instrumentos del delito.

102 VARGAS GONZÁLEZ, P. (2012): *El comiso del patrimonio criminal*. Salamanca: Universidad de Salamanca –tesis doctoral inédita–, pp. 58 y ss.

vencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas desarrolladas por la persona sentenciada durante un periodo anterior –abierto– a su condena, y que sean de la misma clase que la que ha motivado la condena. En este primer caso, el decomiso parte de una sentencia de condena en el proceso penal principal por una actividad delictiva, que como se ha venido dando también con hechos antecedentes –imprejuzgados– se aprovecha el que se acuerde el decomiso para privar a su titular de la totalidad de los bienes, esto es, sin hacer distinción si proceden de los hechos enjuiciados o de otros previos pero que por ser iguales generan los mismos bienes.

2.<sup>a</sup>) Cuando en caso sea como en anterior, pero que las infracciones presenten sólo similitudes entre sí. Este supuesto es más conflictivo, porque la valoración jurisdiccional tiene que alcanzar a ponderar la relación existente entre los hechos ilícitos sentenciados que han generado unos bienes que son decomisados de manera directa, y los hechos similares anteriores a la condena con los que tiene relación y que dan lugar a bienes, que sin que se exija responsabilidad penal a sus autores –al menos ahora– van a caer en el ámbito del decomiso –ampliado– acordado en el proceso principal. Sin olvidar que como hemos señalado esta Decisión Marco abarca delitos complejos en los que se reúnen gran cantidad de hechos delictivos muy relacionados –cuando menos por la búsqueda de un rédito económico que tendrá que ser blanqueado–, lo que habrá que deslindar es si los distintos hechos que se pretende que justifiquen distintos decomisos están o no relacionados, conforme a qué criterio –temporal, fáctico – y con qué alcance, porque si no alcanzan un grado muy alto de *similitud*, que es muy difícil de predeterminar, el acordar sobre ellos el decomiso sería una extralimitación inaceptable de los juzgados y tribunales<sup>103</sup>.

---

103 Coincidimos con el comentario crítico que realiza a este art. 3.2.b) GASCÓN INCHAUSTI, F. (2007): *El decomiso transfronterizo de bienes*. Madrid: Cóllex, p. 75: “...el pronunciamiento judicial que decreta el decomiso ha de fundarse en la certeza judicial —que puede sustentarse en indicios— de que los bienes a los que afecta proceden de una actividad delictiva que no es la enjuiciada en ese proceso. Se abren, con ello, dos posibles opciones:

– La primera pasa por exigir que el sujeto en cuestión haya sido previamente condenado por las actividades delictivas *similares* –que son aquellas de las que, a juicio del tribunal en el otro proceso, proceden de los bienes decomisados–: ahora bien –y dando por sentado que la primera condena no hubiera llevado aparejado decomiso alguno –, cabría plantearse si decretar en el segundo proceso el decomiso de los bienes asociados al delito enjuiciado en el primero no comporta un *bis in idem*, que sirva para corregir errores o deficiencias en ese punto del primer proceso o, en cualquier caso, un ataque a la cosa juzgada de la sentencia que no impuso la sanción del decomiso.

– La segunda opción consistiría en no exigir una previa condena por las actividades delictivas similares, de modo que el tribunal estaría pronunciándose sobre ellas a título incidental, a los únicos efectos de decretar el decomiso de los bienes procedentes de aquéllas: se aprovecharía así un proceso penal en curso para sancionar «indirectamente» a través del decomiso conductas distintas de aquéllas que son objeto actual de persecución. Tampoco parece una forma muy

3.<sup>a</sup>) Cuando se tenga constancia de que el valor de la propiedad es desproporcionado con respecto a los ingresos legales de la persona condenada y un órgano judicial nacional, basándose en hechos concretos, esté plenamente convencido de que los bienes en cuestión provienen de la actividad delictiva de la persona condenada. En este caso, a los órganos judiciales no les tiene que bastar el acreditar la desproporción patrimonial entre los bienes que posee el condenado penal y sus ingresos legales, sino que además para acordar el decomiso ampliado tiene que tener certeza de la conexión entre esos bienes y la actividad delictiva de esa persona, en cuya investigación puede ayudar, en un inicio, esa previa desproporción patrimonial, sin que se indique que el titular de los bienes tenga que llevar a cabo alguna actuación. Por tanto, a diferencia de otras normas ya comentadas, no hay una inversión de la carga de la prueba, ni expresa ni tácita: es la acusación quien tiene que probar la desproporción y la conexión de los bienes con las infracciones.

Estos tres supuestos comentados son de implementación obligatoria para los Estados, puesto que el art. 3.2 DM 2005/212/JAI usa la expresión "como mínimo"<sup>104</sup>. A mayores, los países van a poder considerar introducir en sus ordenamientos penales la extensión del decomiso ampliado, total o parcial, a terceras personas concretas –de las que cabe presumir que actúan de mala fe–, sean:

- físicas, *allegadas* al condenado; o
- jurídicas, cuando sean receptoras de la transferencia de bienes por parte del condenado, siempre que ejerza sobre ella un control efectivo individualmente o junto con sus allegados, siendo igualmente posible proceder así cuando la parte interesada recibe una parte considerable de los ingresos de la persona jurídica.

Y a ambos colectivos, cuando los bienes tienen su origen en las actividades delictivas que el sujeto realizó con anterioridad a su condena, y que pueden ser de igual o similar naturaleza a la de aquellos que sirven de fundamento a la sentencia.

---

razonable de proceder, puesto que, en rigor, o bien podría abrirse el correspondiente proceso penal que tuviera por objeto esas actividades delictivas similares (y en el que podría decretarse el decomiso), o bien ya no procede hacerlo, por razones sustantivas y procesales, en cuyo caso la legitimidad del decomiso quedaría en entredicho".

<sup>104</sup> A nuestro juicio, son tres supuestos *obligatorios* a implementar, y no tres *opciones*, por una de las cuales podría decantarse cada legislador nacional, como defiende JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F. (2011): "Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos". *Revista de Derecho Penal*, n.º 34, p. 100.

Finalmente, el art. 3.4 DM 2005/212/JAI plantea la posibilidad a los Estados de que puedan recurrir a procedimientos distintos de los de carácter penal para privar al autor de la infracción de los bienes de que se trate. No se dice cuáles pueden ser, ni de qué naturaleza –jurisdiccional o no–, ni de quién pueden ser competencia –órganos judiciales u otras autoridades–, ni en qué hechos delictivos o infracciones se puede aplicar, ni a qué decomiso se refiere –si está ubicado en el precepto dedicado a la modalidad ampliada–, etc. Y casi mejor que no lo haya hecho, porque esta puerta que abre el legislador europeo, de resultados inciertos y a buen seguro con importantes *costes* para los derechos y garantías del sistema penal en caso de traspasarla, o bien se refiere a las infracciones fiscales, dando continuidad a lo expresado en el art. 2.2 DM 2005/212/JAI, o mal se compadece con el concepto de decomiso, que ya hemos comentado que reserva su adopción a jueces y magistrados del ámbito penal.

[19] Con la DM 2005/214/JAI<sup>105</sup> los Estados de la Unión Europea formalizaron la necesidad de que las sanciones pecuniarias impuestas por las autoridades nacionales, judiciales o administrativas, sean sometidas al empleo del principio de reconocimiento mutuo para que las mismas puedan ser aplicadas en un Estado miembro distinto de aquel en el que fueron acordadas.

A nuestros efectos, cuando en el art. 1 DM 2005/214/JAI se define qué es una –sanción pecuniaria– se excluyen las órdenes de confiscación de instrumentos o productos del delito, y sí se incluyen:

- una cantidad de dinero en virtud de una condena por una infracción, impuesta mediante una resolución;
- una compensación impuesta en la misma resolución en beneficio de las víctimas, siempre que la víctima no pueda ser parte civil en el procedimiento y el órgano jurisdiccional actúe en el ejercicio de su competencia penal;
- una cantidad de dinero en costas judiciales o gastos administrativos originados por los procedimientos que conducen a la resolución; y
- una cantidad de dinero a un fondo público o a una organización de apoyo a las víctimas, que imponga la misma resolución.

---

105 Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, *relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias* (DOUE n.º L 76, de 24 de febrero de 2005) (DM 2005/214/JAI).

[20] La DM 2006/783/JAI<sup>106</sup> hace aplicación específica del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones de decomiso, con la que se pretende *automatizar*<sup>107</sup> de manera inmediata su ejecución en otros países diferentes de aquél en el que juzgados y tribunales competentes en materia penal de otro Estado de la Unión lo ha dictado; incluso, cuando se haya de ejecutar una resolución de decomiso en más de un Estado miembro simultáneamente.

El sustento que permite poder actuar así es la confianza de que las resoluciones que se han de reconocer y ejecutar se dictarán siempre de acuerdo con los principios de legalidad, subsidiariedad y proporcionalidad. Y, además, el carácter inmutable de los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales recogidos en el art. 6 TUE y reflejados, fundamentalmente, en el Capítulo VI de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 1.2 DM 2006/783/JAI).

La Decisión Marco se centra en este aspecto concreto de la cooperación jurídica porque se ha venido constatando como no basta simplemente con garantizar el reconocimiento mutuo dentro de la Unión Europea de medidas legales temporales como el embargo preventivo y la incautación<sup>108</sup>.

El art. 2.c) DM 2006/783/JAI conceptúa por "resolución de decomiso" la "sanción o medida firme impuesta por un órgano jurisdiccional a raíz de un procedimiento relacionado con una o varias infracciones penales, que tenga como resultado la privación definitiva de bienes". A partir de ella:

– queda difuminada la naturaleza jurídica del decomiso, que puede ser una "sanción" o una "medida";

106 Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, *relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso* (DOUE n.º L 328, de 24 de noviembre de 2006) (DM 2006/783/JAI), la cual ha sido implementada en España tanto por la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (BOE n.º 282, de 21 de noviembre de 2014) como por la Ley Orgánica 6/2014, de 29 de octubre, *complementaria de la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (BOE n.º 263, de 30 de octubre de 2014). Una materia en la que además se está trabajando activamente para modificarla, como lo demuestra la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de diciembre de 2016, *sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso* [COM(2016) 819 final]. *Vid.* GONZÁLEZ CANO, M. I. (2016): *El decomiso como instrumento de la cooperación judicial en la Unión Europea y su incorporación al proceso penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch; VV.AA. (2016a): *Cooperación jurídica penal internacional*. Madrid: Lefebvre-El Derecho, pp. 603 y ss.; ARANGÜENA FANEGO, C., HOYOS SANCHEZ, M. DE, RODRIGUEZ-MEDEL NIETO, C. (dirs.) (2015): *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Análisis teórico-práctico de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre*. Cizur Menor: Aranzadi; GASCÓN INCHAUSTI, F. (2010): "Mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales en la Unión Europea y decomiso de bienes". *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 6, pp. 1 y ss.

107 DURBÁN SICILIA, L. (2011): "Reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso: un paso más en la lucha contra la delincuencia en la Unión Europea (comentario a la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso)". *Noticias de la Unión Europea*, n.º 316, p. 32.

108 Considerando n.º 7 DM 2006/783/JAI.

– se restringe al ámbito jurisdiccional la potestad de acordar el decomiso; y

– no se establece expresamente que el procedimiento en el que se dicte tenga que ser penal, aunque sí tiene que estar relacionado con uno en el que se resuelvan una o varias infracciones penales —"a raíz de" —.

Sí hay que resaltar el amplísimo contenido que se le da en el art. 2.d) DM 2006/783/JAI al término "bienes", al que se le relaciona con la actividad decomisiva que sobre ellos haya acordado el juzgado o tribunal competente en una resolución que se pretende sea reconocida por otro Estado miembro, lo que sirve entonces para saber a qué modalidades de decomiso se aplica esta Decisión Marco.

Estarán afectos al decomiso cualquier tipo de bienes, ya sean materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, así como los documentos con fuerza jurídica u otros documentos acreditativos de un título o derecho sobre esos bienes. Y ellos van a poder ser:

– el "producto" de una infracción penal, es decir, el beneficio económico que se produce a partir de la comisión de las mismas;

– los bienes que "equivalen" —parcial o totalmente— al valor de dicho producto, con lo cual se está permitiendo que el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales de decomiso se aplique al decomiso por sustitución, pero sólo con relación al producto;

– los que constituyen los "instrumentos" de la infracción, sin que los mismos estén vinculados al hecho de que hayan sido usados en la comisión de los hechos delictivos que se han juzgado y que dan lugar al decomiso<sup>109</sup>; y

– los que puedan ser decomisados con motivo de la aplicación en el Estado de emisión de cualquiera de los supuestos de potestad de decomiso ampliada que se especifiquen, bien en su Derecho interno, bien en la DM 2005/212/JAI.

El resto de la Decisión Marco está dedicada a regular, siguiendo esquemas similares de otras, quienes son las autoridades competentes para emitir y ejecutar la resolución judicial de decomiso (art. 3 DM 2006/783/JAI) y cuál es el procedimiento que tienen que seguir en la tramitación

109 En este sentido, el art. 2.d) DM 2006/783/JAI describe a los "instrumentos" como "cualquier bien utilizado o destinado a utilizarse de cualquier forma, total o parcialmente, para cometer una o varias infracciones penales"; por tanto, en actividades delictivas del pasado —"utilizado"— o del futuro —"destinado a utilizarse"—.

de las solicitudes, sean una o varias, así como el régimen de reembolsos y gastos por las actuaciones practicadas y los eventuales daños que se han generado a alguna de las partes y que hayan tenido que ser indemnizados.

Destacar únicamente que también en esta Decisión Marco, como en otras muchas elaboradas en los dos mil por la Unión Europea –*n. gr.*, en la de la orden europea de detención y entrega<sup>110</sup>–, el Consejo de la Unión ha pensado fundamentalmente en su aplicación a determinadas infracciones, a las cuales en el art. 6.1 DM 2006/783/JAI se les exime de tener que superar el control de la doble tipificación, si bien supeditado a que tomando como referencia la definición del tipo penal en el Estado de emisión en el mismo se castiguen los hechos con penas privativas de libertad cuya duración máxima sea de al menos tres años. Entre ellas están, como no podría ser de otra forma, la pertenencia a una organización delictiva, el terrorismo, la corrupción, el fraude y el blanqueo de los productos del delito<sup>111</sup>.

[21] Con la DM 2008/841/JAI<sup>112</sup> se da continuidad a la política legislativa de la Unión Europea de intentar armonizar las legislaciones penales de los países miembros ante problemas transfronterizos, en este caso la delincuencia organizada. Un paso más que motivó la derogación de la AC 98/733/JAI.

110 Art. 1.2 Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, *relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros* (DOUE n.º L 190, de 18 de julio de 2002).

111 El listado de las infracciones del art. 6.1 DM 2006/783/JAI lo conforman: pertenencia a una organización delictiva; terrorismo; trata de seres humanos; explotación sexual de menores y pornografía infantil; tráfico ilícito de drogas y sustancias psicotrópicas; tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos; corrupción; fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas –con arreglo al Convenio de 26 de julio de 1995 relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas –; blanqueo de los productos del delito; falsificación de moneda, con inclusión del euro; delitos informáticos; delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas; ayuda a la entrada y a la estancia irregulares; homicidio y agresión con lesiones graves; tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos; secuestro, retención ilegal y toma de rehenes; racismo y xenofobia; robos organizados o a mano armada; tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte; estafa; chantaje y extorsión de fondos; violación de derechos de propiedad intelectual o industrial y falsificación de mercancías; falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos; falsificación de medios de pago; tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento; tráfico ilícito de materias nucleares y radiactivas; tráfico de vehículos robados; violación; incendio provocado; delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional; apoderamiento ilegal de aeronaves y buques; y sabotaje.

Esta enumeración de infracciones es cerrada, pero puede ser objeto de dos modificaciones ampliando con ello el ámbito de aplicación de la Decisión Marco:

1.º) El Consejo, previa Consulta al Parlamento Europeo, puede en todo momento ampliar o modificar las categorías de infracciones contenidas en la lista;

2.º) Cada Estado de emisión puede emitir resoluciones de decomiso por infracciones diferentes a las contenidas en el listado, aunque en esos supuestos la misma sólo será atendida por el Estado de ejecución si cumple con la condición de que los hechos que han suscitado la resolución de decomiso sean constitutivos de una infracción que permita el decomiso con arreglo a la legislación del Estado de ejecución, sean cuales fueren los elementos constitutivos o la manera en la que esté descrita en la legislación del Estado de emisión.

112 Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, *relativa a la lucha contra la delincuencia organizada* (DOUE n.º L 300, de 11 de noviembre de 2008).

Si bien en su breve articulado no encontramos alusión alguna al término decomiso, esta Decisión Marco es de mucha utilidad puesto que en el art. 1 de la misma se fijan conceptos que van a ser utilizados en otros instrumentos legales.

Tomando como referencia lo que ya hemos reseñado del art. 2 DM 2002/475/JAI para el terrorismo, se define lo que es una "organización delictiva", concepto descriptivo en el que se recogen los rasgos que sumados permiten calificar así a una asociación de personas:

- asociación estructurada, que significa que la misma no ha sido formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarrollada;
- de más de dos personas;
- establecida durante un determinado periodo de tiempo;
- que actúa de manera concertada;
- con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa;
- con el objetivo de obtener –directa o indirectamente– un beneficio económico u otro beneficio de orden material<sup>113</sup>.

Además de ello, en el art. 2 DM 2008/841/JAI se obliga a los Estados miembros a tipificar como delito a uno o ambos de los siguientes tipos de conducta relacionados con una organización delictiva:

a) la conducta de toda persona que, de manera intencionada y a sabiendas de la finalidad y actividad general de la organización delictiva o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en las actividades ilícitas de la organización, incluida la facilitación de información o de medios materiales, reclutando a nuevos participantes, así como en toda forma de financiación de sus actividades a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva de esta organización;

b) la conducta de toda persona que consista en un acuerdo con una o más personas para proceder a una actividad que, de ser llevada a cabo,

---

113 En el Considerando n.º 4 *in fine* DM 2008/841/JAI, se recuerda como más allá de este objetivo contenido en el concepto del art. 1.1), los Estados miembros son libres para tipificar como organizaciones delictivas a otros grupos de personas, como por ejemplo aquellos grupos cuya finalidad no sea la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

suponga la comisión de delitos considerados en el art. 1, aun cuando esa persona no participe en la ejecución de la actividad.

[22] La DIR 2014/41/UE<sup>114</sup>, dedicada a las resoluciones judiciales emitidas o validadas por una autoridad judicial Estado miembro para llevar a cabo una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro con vistas a obtener pruebas, de soslayo extiende el ámbito de aplicación de la orden europea de investigación al decomiso del producto del delito<sup>115</sup>.

[23] La DIR 2014/42/UE, ya citada, aborda de manera monográfica la institución del decomiso, y por ello los veintiocho países miembros están en pleno proceso de transposición de sus previsiones, o los han terminado en fechas recientes<sup>116</sup>, como es el caso de España.

La Directiva parte de una realidad criminológica y forense marcada por los siguientes hechos<sup>117</sup>:

– la motivación principal de la delincuencia organizada transfronteriza, incluida la de carácter mafioso, es la obtención de beneficios financieros, que hace necesario que los Estados cuenten con mecanismos y medios para localizar, embargar, administrar y decomisar el producto del delito;

– como los grupos de delincuencia organizada no conocen fronteras y cada vez adquieren más activos en Estados miembros diferentes de aquellos en los que están basados y en terceros países, cada vez es más necesario que entre ellos se de una cooperación internacional eficaz en materia de recuperación de activos y de asistencia jurídica mutua;

---

114 Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, *relativa a la orden europea de investigación en materia penal* (DOUE n.º L 130, de 1 de mayo de 2014) (DIR 2014/41/UE). *Vid.* GARCIMARTÍN MONTERO, R. (2017): "The European Investigation Order and the Respect for Fundamental Rights in Criminal Investigations". *EUCRIM*, n.º 1, pp. 45 y ss.; JIMENO BULNES, M. (2016): "Orden europea de investigación en materia penal". En: JIMENO BULNES, M. (coord.): *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar*. Barcelona: J. M. Bosch, pp. 151 y ss.; MARTÍNEZ GARCÍA, E. (2016): *La orden europea de investigación: actos de investigación, ilicitud de la prueba y cooperación judicial transfronteriza*. Valencia: Tirant lo Blanch; VV.AA. (2016): *Cooperación jurídica penal internacional*. Madrid: Lefebvre-El Derecho, pp. 387 y ss.; BACHMAIER WINTER, L. (2015): "Prueba transnacional penal en Europa: La Directiva 2014/41 relativa a la orden europea de investigación". *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 36, pp. 1 y ss.; y ESCRIBANO MORA, A. (2015): "El exhorto europeo de obtención de pruebas y la Orden Europea de Investigación". En: GONZÁLEZ CANO, M. I. (dir.): *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: Reflexiones sobre algunos aspectos de la investigación y el enjuiciamiento en el espacio europeo de justicia penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 499 y ss.

115 Concretamente, en el Considerando n.º 34. Una técnica legislativa seguida en España por el Ministerio de Justicia de España con el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la orden europea de investigación, en el que se proponen diferentes cambios en el régimen jurídico del decomiso.

116 El art. 12 DIR 2014/42/UE concede a los Estados miembros plazo hasta el 4 de octubre de 2015 para transponer y dar cumplimiento a lo establecido en la misma.

117 *Vid.* Considerandos núms. 1 a 4 DIR 2014/42/UE.

– entre los medios más eficaces en la lucha contra la delincuencia organizada se encuentran, además del establecimiento de consecuencias jurídicas graves por la comisión de delitos, la detección eficaz y el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito; y

– los procedimientos de decomiso, nacionales, están infrautilizados, teniendo como consecuencia que las cantidades producto del delito recuperadas en la Unión parecen insuficientes en comparación con las estimaciones de ese producto<sup>118</sup>.

Ante esta tesis, la Directiva recoge normas mínimas sobre el embargo de bienes con vistas a su posible decomiso, y sobre el decomiso de bienes en el ámbito penal, disposiciones que, según indica el art. 1 DIR 2014/42/UE, serán complementarias a las que regulen los procedimientos que pueden utilizar los Estados miembros para decomisar los bienes de que se trate. Estamos, pues, ante un intento armonizador que trate de paliar las graves y relevantes divergencias que se dan en las legislaciones de los países en esta materia.

Pero la búsqueda de la eficacia, al menos en el plano teórico, de las actividades y procedimiento de decomiso, no se hace sin límites: mientras que la jurisdicción penal tiene facultades para delimitar situaciones fraudulentas y a constatar la verdadera realidad que subyace tras una titularidad jurídica aparente, el art. 8.1 DIR 2014/42/UE impone a los Estados, con carácter general, la obligación de tomar medidas para garantizar que las personas afectadas por la Directiva tengan derecho a una tutela judicial efectiva y a un juicio justo, a fin de que puedan defender adecuadamente sus derechos<sup>119</sup>. Y *afectados* lógicamente van a ser los

---

118 Esta falta de datos, que impide saber a ciencia cierta la realidad fáctica en la que va a operar la Directiva, de cara al futuro trata de ser corregida con las obligaciones que se impone a los Estados miembros en el art. 11 DIR 2014/42/UE, los cuales tienen que:

a) Recopilar, de forma periódica, y llevar estadísticas exhaustivas a través de las autoridades pertinentes. Siendo así, en las estadísticas anuales que envíen a la Comisión tendrán que incluir el número de órdenes de embargo ejecutadas; el número de resoluciones de decomiso ejecutadas; el valor estimado de los bienes embargados, al menos el de los bienes embargados con vistas a un posible decomiso, en el momento del embargo; y el valor estimado de los bienes recuperados en el momento del decomiso.

b) Enviar cada año a la Comisión estadísticas en las que se recoja el número de solicitudes de ejecución de órdenes de embargo en otro Estado miembro; el número de solicitudes de ejecución de resoluciones de decomiso en otro Estado miembro; y el valor –o el valor estimado– de los bienes recuperados de resultados de la ejecución en otro Estado miembro.

119 En este mismo sentido, en el art. 8 DIR 2014/42/UE se desarrollan algunos derechos y garantías a reconocer y respetar en los procesos penales, debiendo destacar, además, que los mismos tienen que completarse con lo establecido en los siguientes textos:

– Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, *relativa al derecho a interpretación y traducción en los procesos penales* (DOUE n.º L 280, de 26 de octubre de 2010);

terceros adquirentes de los bienes de buena fe, y también, no hay que olvidar, las víctimas de los delitos, interesadas en el reparto final que se haga del resultado económico del decomiso.

[24] La DIR 2015/849/UE<sup>120</sup> es otro de los importantes instrumentos normativos de la Unión Europea en los que se aborda la institución del decomiso, o, al menos como en este caso, acciones de prevención específica y proporcionada del uso del sistema financiero para el blanqueo de capitales —y la financiación del terrorismo, más recientemente—, puesto que quienes cometen esas actividades se aprovechan de la libre circulación de capitales y de la libre prestación de servicios financieros, ambos surgidos con la construcción de un sistema financiero integrado<sup>121</sup>. Pero tienen

---

– Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, *relativa al derecho a la información en los procesos penales* (DOUE n.º L 142, de 1 de junio de 2012);

– Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, *por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos* (DOUE n.º L 315, de 14 de noviembre de 2012);

– Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, *sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad* (DOUE n.º L 294, de 6 de junio de 2013);

– Directiva 2016/343/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, *por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio* (DOUE n.º L 65, de 11 de marzo de 2016);

– Directiva 2016/680/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, *relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo* (DOUE n.º L 119, de 4 de mayo de 2016);

– Directiva 2016/800/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, *relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales* (DOUE n.º L 132, de 21 de mayo de 2016);

– Directiva 2016/1148/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, *relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad en las redes y sistemas de información en la Unión* (DOUE n.º L 194, de 19 de julio de 2016);

– Directiva 2016/2258/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de diciembre de 2016, *por la que se modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que se refiere al acceso de las autoridades tributarias e información contra el blanqueo de capitales* (DOUE n.º L 342, de 16 de diciembre de 2016).

120 Directiva 2015/849/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, *relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) no 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión* (DOUE n.º L 141, de 5 de junio de 2015).

121 Por tanto, esta DIR 2015/849/UE continúa el camino legislativo que se inició en la década de los noventa del pasado siglo con los siguientes textos:

– AC 98/699/JAI;

– DM 2001/500/JAI;

– Directiva 1991/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, *relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales* (DOCE L 166, de 28 de junio de 1991);

– Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, *por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales* (DOCE n.º L 344, de 28 de diciembre de 2001);

– Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, *relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo* (DOUE n.º L 309, de 25 de

que ser acciones limitadas, que den equilibrio entre los objetivos de protección de la sociedad frente a las actividades delictivas y de la estabilidad y la integridad del sistema financiero de la Unión y la necesidad de crear un entorno regulador que permita que las empresas desarrollen sus negocios sin incurrir en costes de cumplimiento desproporcionados.

Se han dispuesto, como consecuencia de estas premisas, medidas dirigidas a la manipulación de fondos procedentes de delitos graves y a la recogida de fondos o bienes, lícitos, para ser empleados en actividades delictivas, en este caso en aquellas que tengan fines terroristas<sup>122</sup>. Del fracaso de ellas dependerá que con posterioridad haya que recurrir al decomiso de bienes y productos del delito.

[25] Más recientemente, en esta misma materia de lucha contra el terrorismo la DIR 2017/541/UE<sup>123</sup> obliga en su art. 20.2 a que los países miembros adopten las medidas necesarias para garantizar que sus autoridades competentes —embarguen o— decomisen el producto derivado de la comisión o la contribución a la comisión de cualquiera de los delitos contemplados en la misma Directiva y los instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados para tal comisión o contribución.

## 5. EL DECOMISO EN OTROS ÁMBITOS TERRITORIALES

[26] Sin la importancia, pujanza e influencia que han tenido y tienen los instrumentos normativos de la Unión Europea, en otros continentes se han dado hace años, como manifestación regional de un movimiento internacional de prevención y combate a la corrupción y al terrorismo, textos legales en los que se relacionan los beneficios económicos que producen esos delitos y la utilidad que puede tener un instrumento jurídico

---

noviembre de 2005);

– Directiva 2006/70/CE de la Comisión, de 1 de agosto de 2006, *por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la definición de «personas del medio político» y los criterios técnicos aplicables en los procedimientos simplificados de diligencia debida con respecto al cliente así como en lo que atañe a la exención por razones de actividad financiera ocasional o muy limitada* (DOUE n.º L 214, de 4 de agosto de 2006);

– Directiva 2009/110/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, *sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como sobre la supervisión prudencial de dichas entidades, por la que se modifican las Directivas 2005/60/CE y 2006/48/CE y se deroga la Directiva 2000/46/CE* (DOUE L n.º 267, de 10 de octubre de 2009).

122 *Id.* Considerandos núms. 1, 2 y 5 DIR 2015/849/UE. Y más ampliamente *vid.* MET-DOMESTICI, A. (2016): “The fight against money laundering in the EU: the framework set by the Fourth Directive and its proposed enhancements”. *Eucriim: The European Criminal Law Associations’ Forum*, n.º 4, pp. 170 y ss.

123 Directiva 2017/541/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, *relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo* (DOUE L n.º 88, de 31 de marzo de 2017).

como el decomiso para prevenir y luchar contra los efectos que se derivan de los mismos. Creemos que su cita es oportuna para dejar constancia de cómo en todas las regiones del mundo se trabaja sobre los mismos temas con la pretensión de reducir los espacios a la impunidad.

[27] La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico lleva un cuarto de siglo alertando a los países sobre que el cohecho es una práctica generalizada en las transacciones comerciales internacionales, que provoca, amén de efectos comunes a otras prácticas corruptas, una distorsión de las condiciones competitivas internacionales. Por ello, el 21 de noviembre de 1997 aprobó la "Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales", *peaje jurídico* que han debido flanquear todos los países miembros —como España<sup>124</sup>— y los candidatos a la adhesión, en la cual, dentro de las *sanciones* del art. 3, se obliga a los Estados Parte a que tomen las medidas que sean necesarias para disponer que el soborno y el producto de la corrupción de un agente público extranjero —o de los bienes cuyo valor corresponda al de ese producto— estén sujetos a embargo y confiscación, o para que sean aplicables sanciones pecuniarias de efecto comparable.

[28] La *Convención de Caracas*<sup>125</sup>, que es el primer tratado internacional dedicado monográficamente al tema de la corrupción, obliga a los Estados parte en el art. XV.1 a adoptar determinadas "medidas sobre bienes": que se presten mutuamente la más amplia asistencia posible con relación a la identificación, el rastreo, la inmovilización, la confiscación y el decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de actos de corrupción, y de los bienes utilizados en dicha comisión o del producto de dichos bienes. Por tanto:

— una asistencia judicial entre países no general, sino focalizada a las actividades decomisivas sobre los bienes relacionados con los hechos corruptos que se describen en la Convención;

---

124 *Vid.* el Instrumento de Ratificación del Convenio de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997 (BOE n.º 46, de 22 de febrero de 2002). Sobre el mismo, y la consecuente modificación operada en el Código Penal español para regular el delito de cohecho internacional, primero en el art. 445 bis, luego en el art. 445 y actualmente en el art. 286 ter —dentro de los *delitos de corrupción en los negocios*—, *vid.* BENITO SÁNCHEZ, C. D. (2015): "Análisis de las novedades incorporadas al delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo". *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, vol. 63, n.º 1, pp. 205 y ss.; ID. (2012): *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*. Madrid: Iustel; FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (2003): *La corrupción de agente público extranjero e internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.

125 Convención Interamericana *contra la Corrupción*, aprobada el 29 de marzo de 1996 en Caracas, bajo los auspicios de la Organización de Estados Americanos —comúnmente conocida como *Convención de Caracas*— (CICC).

- un decomiso —y actividades complementarias— *tradicional*, aplicable sobre bienes, instrumentos, efectos y productos relacionados con los delitos;
- unas actuaciones que se tienen que desarrollar de conformidad con las legislaciones nacionales aplicables y los tratados pertinentes u otros acuerdos que puedan estar en vigencia entre ellos, lo que supone tener que analizar caso por caso que no se producen situaciones antagónicas entre diferentes normas, las cuales debieran ser superadas con sentido flexible y en favor de una investigación efectiva<sup>126</sup>.

Con posterioridad, el art. XV.2 CICC acoge el criterio esgrimido por Estados Unidos en su tramitación conforme al cual el Estado de ejecución aplicará su normativa interna para dar el destino procedente a los bienes decomisados, quien podrá, a pedido de otro Estado signatario, compartir con él parte de esos recursos obtenidos como *premio* de su colaboración en la investigación o en las actuaciones judiciales conexas.

[29] Consciente de la necesidad de coordinar e intensificar la cooperación, la unidad, la cohesión y los esfuerzos para alcanzar unas condiciones de vida mejor para los pueblos de África, la mayor parte de ellos flagelados durísimamente por el problema de la corrupción en los sectores público y privado, lo que frena drásticamente su desarrollo económico, la Unión Africana aprobó el *Convenio de Maputo*<sup>127</sup>.

Aunque sea de manera sucinta, su articulado repasa las cuestiones básicas relacionadas con la confiscación y comiso de los productos e instrumentos de la corrupción (art. 16 CAC)<sup>128</sup>, y con el secreto bancario (art. 17 CAC), que no puede ser un obstáculo al desarrollo de esas actuaciones.

126 MANFRONI, C. (2001): *La Convención Interamericana contra la Corrupción. Anotada y comentada* (2.ª ed.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 189.

127 Convención sobre prevención y combate a la corrupción, aprobada el 11 de julio de 2003 en Maputo bajo los auspicios de la Unión Africana —comúnmente conocida como *Convenio de Maputo*—.

128 Art. 16 CAC: “1. Each State Party shall adopt such legislative measures as may be necessary to enable: (a) its competent authorities to search, identify, trace, administer and freeze or seize the instrumentalities and proceeds of corruption pending a final judgement; (b) confiscation of proceeds or property, the value of which corresponds to that of such proceeds, derived, from offences established in accordance with this convention; (c) repatriation of proceeds of corruption. 2. The Requested State Party shall, in so far as its law permits and at the request of the Requesting State Party, seize and remit any object: (a) which may be required as evidence of the offence in question; or (b) which has been acquired as a result of the offence for which extradition is requested and which, at the time of arrest is found in possession of the persons claimed or is discovered subsequently.

3. The objects referred to in clause 2 of this Article may, if the Requesting State so requests, be handed over to that State even if the extradition is refused or cannot be carried out due to death, disappearance or escape of the person sought.

4. When the said object is liable for seizure or confiscation in the territory of the Requested State Party the latter may, in connection with pending or ongoing criminal proceedings, temporarily retain it or hand it over to the Requesting State Party, on condition that it is returned to the Requested State Party”.

[30] La Liga Árabe, con la finalidad de mejorar el marco normativo de la región con medidas preventivas y represivas que promuevan la cooperación internacional entre los países en la lucha contra el terrorismo, actividad delictiva relacionada directamente con el crimen organizado, el tráfico de armas, el narcotráfico, la corrupción y el lavado de capitales, el 29 de mayo de 2000 se aprobó la "Convención árábica para combatir el terrorismo", cuyos arts. 19 y 20 regulan el comiso de los bienes y productos derivados de los delitos.

## 6. PARA TERMINAR

[31] Una vez hecho un repaso sucinto a los principales instrumentos supranacionales que abordan en mayor o menor extensión esta institución, podemos concluir en primer término que el combate a la delincuencia grave pasa por alcanzar mayores niveles de efectividad en la investigación y enjuiciamiento penal de las conductas delictivas, condenando penalmente a sus responsables, para también privándoles de todos los elementos patrimoniales con los que han actuado, con los que pueden reiterar sus actividades y con los que se han enriquecido. Una línea de trabajo que tiene que ser lo más perfeccionada posible cuando quienes cometen los hechos lo hacen de manera organizada.

[32] Como los delinquentes en la comisión de los hechos, en la elusión de las responsabilidades o en la ocultación y/o blanqueo de los beneficios financieros, recurren a las estructuras económicas y administrativas de más de un país, no elegidos al azar, en los que los intereses económicos priman sobre los sociales<sup>129</sup>. Ante ello, la acción aislada de cada uno de ellos es de todo punto ineficiente, lo que motiva que ante una delincuencia transfronteriza la cooperación jurídica internacional sea más que una *opción* una *necesidad*. Incluso más: de la cooperación, imprescindible, hay que pasar a la armonización legislativa, tanto en lo sustantivo como en lo procesal para reducir la existencia de *paraísos legales*, incluso dentro de espacios geográficos limitados e integrados, o en países que predicen una política activa en la persecución eficaz de las finanzas del delito<sup>130</sup>.

---

129 ESPINOSA LABELLA, M. (2012): "El blanqueo de capitales, los modos de blanquear y los paraísos fiscales". *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 1, p. 26.

130 VV.AA. (2016): *Paradise lost: Ending the UK's role as a safe haven for corrupt individuals, their allies and assets*. London: Transparency International UK.

[33] Igualmente es importante la cooperación económica y financiera entre los países, porque si el gran problema en el castigo de los delitos económicos es la prueba, si entre ellos no facilitan la investigación financiera las *cifras negras* en estos delitos no harán más que crecer. Por ello, también tiene que ser una prioridad globalizar a la policía<sup>131</sup>, que tiene que cumplir un rol esencial en las acciones en pro de la recuperación de activos<sup>132</sup>, empezando por su cooperación en la que participen servicios de policía, servicios de aduanas y otros servicios con funciones coercitivas especializados en la prevención y en la detención e investigación de infracciones penales<sup>133</sup>.

[34] La acción legislativa de los Estados, y de los organismos internacionales en los que se agrupan, no puede empezar y acabar con la institución del decomiso: dentro de una política general de recuperación de activos, para que pueda prosperar eficazmente el decomiso de los bienes, instrumentos y productos del delito que se acuerde en una sentencia penal de condena son precisas previamente actividades de localización, embargo y administración de los elementos a decomisar. Por tanto, junto a necesarios cambios sustantivos y procesales no menos importantes son los orgánicos, de los que poco se habla en las iniciativas internacionales, en especial, entre ellos, de las Oficinas de Recuperación —y Gestión— de Activos.

[35] La normativa analizada no utiliza de manera uniforme y única el término decomiso. Se habla de "decomiso", de "comiso", de "confiscación", de "incautación", de "bloqueo", de "embargo", etc. En ocasiones marcando diferencias entre ellos en las definiciones que elaboran, en otras usándolos como sinónimos —cuando no lo son—. Si bien alguna *culpa* pueden tener los traductores de los documentos internacionales<sup>134</sup>, en to-

131 ALAIN, M. (2001): "Transnational Police Cooperation in Europe and in North America: Revisiting the Traditional Border Between Internal and External Security Matters, or How Policing is Being Globalized". *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 9, n.º 2, pp. 113 y ss.

132 SIERRA CARO, J. A. (2013): "Estrategia de la Unión Europea sobre la recuperación de activos y prospectiva legal en España". *Ciencia Policial*, n.º 121, pp. 25 y ss.

133 Así se prevé en el art. 87.1 TFUE, encomendando al Parlamento Europeo y al Consejo el estudiar el poder adoptar medidas relativas a la recogida, almacenamiento, tratamiento, análisis e intercambio de información pertinente; el apoyo a la formación de personal, así como la cooperación para el intercambio de personal, los equipos y la investigación científica policial; y las técnicas comunes de investigación relacionadas con la detección de formas graves de delincuencia organizada. *Vid.* MORAL TORRES, A. DEL. (2010): *La cooperación policial en la Unión Europea: propuesta de un modelo de inteligencia criminal*. Madrid: Real Instituto Elcano; CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A. (2008): "Instrumentos de asistencia policial en la Unión Europea: de Schengen a las estructuras orgánicas de cooperación policial". En: BUJOSA VADELL, L. M. (coord.) (2008): *Hacia un verdadero espacio judicial europeo: perspectivas para la construcción de un proceso penal europeo e instrumentos de cooperación policial y judicial en la Unión Europea*. Granada: Comares, pp. 159 y ss.

134 En este sentido, NAVAS BLÁNQUEZ, J. J. (2016): "Aspectos prácticos derivados del embargo preventivo y el aseguramiento de prueba bajo la perspectiva de la Ley 23/2014". *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 12, p. 3, nos habla del proceso *colonizador* de carácter lingüístico procedente del acervo comunitario que ha sufrido el ordenamiento jurídico español.

dos los ámbitos se deja manifiesto que el interés siempre está en desposeer al titular de bienes obtenidos ilícitamente de los mismos, para evitar su enriquecimiento injusto y que pueda reiterar la actividad delictiva.

[36] No hay un pronunciamiento claro y asentado acerca de cuál es la naturaleza jurídica del decomiso, y la dualidad de finalidades buscadas con el mismo —retributiva y, si cabe, preventiva— es inferida tanto por su catalogación como "medida", como "pena" o como "consecuencia" como fundamentalmente por las finalidades que trata de satisfacer, sobre las que en muchas ocasiones se pronuncia con rotundidad —y no siempre acierto— en legislador en las exposiciones de motivos o en los preámbulos.

[37] También es difícil dar con un concepto cerrado y aceptado sobre qué es el decomiso, quizá porque siempre que se ensaya uno lo que se hace es adicionar los elementos que lo constituyen, y debido a la variabilidad en muchos de ellos, como estamos poniendo de manifiesto, el resultado no puede ser más dispar. Por eso un poco más adelante señalaremos lo que a nuestro juicio el decomiso *es*, y lo que por el contrario *no es*, que es tanto como reconocer: por un lado, que como en otras muchas instituciones<sup>135</sup>, hay una concepción amplia y otra estricta de la misma institución; y, por otro, que hay que ser precavido y riguroso, primero al legislar y luego al regular, en esta materia, para que no se produzca un *frande de etiquetas* generador de desigualdades e inseguridad jurídica, lo cual no es fácil de evitar cuando, como en el caso español, llamándose todos por igual no hay *un* decomiso sino *varios* decomisos.

[38] La potestad para acordar el decomiso en la generalidad de los casos se atribuye a un órgano jurisdiccional, y además del ámbito penal, puesto que no en vano el bien y/o el producto que se quiere decomisar está relacionado con una infracción penal. No obstante, como la conexión que se establece entre ellos no siempre se tiene que producir como consecuencia del enjuiciamiento penal de ésta, no se excluye que en caso de legislaciones sobre "extinción de dominio" los Tribunales puedan ser de otros órdenes jurisdiccionales, o que incluso el decomiso pueda ser ordenado por "otra autoridad competente", situación que introduce nuevas dudas acerca de la naturaleza jurídica única del decomiso. Incluso, hay casos en los cuales la atención no se centra en el *quién* sino en el *cómo*: tanto en procedimientos penales como en vías distintas a la penal.

---

135 Esto mismo lo abordamos, por ejemplo, en el estudio de la conformidad: RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (1996): *El consenso en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch.

[39] En la fijación del ámbito de aplicación, en principio el decomiso se va a aplicar a los "instrumentos" –para evitar la reiteración delictiva– y a los "productos" –para evitar el aprovechamiento económico– de la infracción. Ahora bien, según el cuerpo normativo al que nos referimos, aparecen otros términos como "efectos", "bienes" y "ganancias"; es una secuencia que unas veces aparece completa y otras no, sin saber en cada caso si es una omisión o una exclusión deliberada. Además, cada palabra va a ser utilizada, bien de manera reducida, bien en términos amplios, absorbiendo alguna de las otras. Incluso, las dudas surgirán respecto a la cualificación de algunos de los elementos, a la determinación de su alcance, como acontece los que integran las ganancias o beneficios, que en ocasiones no se sabe si son *brutos* o *netos*, o *indirectos* o *directos*.

[40] En cuanto a los delitos en los que se debe aplicar el decomiso, de siempre la regulación ha tenido carácter sectorial, empezando por el tráfico de drogas, por el crimen organizado –especialmente si es transnacional– y, más recientemente, por la corrupción. Con posterioridad, se ha generalizado el uso del decomiso, al menos el *directo*, a cualquier delito, si bien parece que sólo *compensa*, o es proporcional, cuando supere un umbral mínimo penológico, colocado en una pena en abstracto de privación de libertad superior a un año.

En aquellas versiones más controvertidas sobre las que surgen dudas de constitucionalidad por vulnerar derechos y garantías procesales, como en el decomiso *ampliado*, se comenzó parcelando su uso al terrorismo y al crimen organizado, que son dos categorías jurídicas complejas y en las que se producen variaciones en su conceptualización, para pasar a extenderlo a lo que se entiende por *delincuencia grave* con *dimensión transfronteriza*.

Y en el caso del *decomiso autónomo*, su ámbito de aplicación no se determina ni por la naturaleza de los hechos delictivos enjuiciados, ni por la pena en la que estén tipificados, sino con las circunstancias concurrentes con relación al sujeto pasivo: su muerte, su ausencia injustificada, el que esté enfermo, etc.

[41] La idea actualmente presente en toda la normativa sobre decomiso es mejorar su eficacia. Un parámetro que se mide en la *cantidad* de bienes decomisados, en su valor económico, y no en la *calidad* de las resoluciones judiciales que los acuerdan, haciendo en ocasiones uso de dis-

posiciones legales cuya constitucionalidad es muy cuestionable. Así, con los cambios operados progresivamente en los ordenamientos penales se han establecido disposiciones que tratan de *legalizar* situaciones que han venido estando resueltas por la jurisprudencia de los altos tribunales. En esencia, cómo actuar:

- cuando sobre los bienes originariamente decomisible no es posible actuar —decomiso *por sustitución*—;
- cuando por las actuaciones llevadas a cabo se puede acreditar que los bienes de procedencia ilícita del condenado penal son mayores —decomiso *ampliado*—;
- cuando hay certeza o riesgo de que el proceso penal principal no se va a poder culminar con una sentencia condenatoria que permita acordar el decomiso directo o por sustitución —decomiso *autónomo*—;
- cuando los bienes de procedencia ilícita, que se quieren decomisar, están *mezclados* con otros de procedencia lícita; o
- cuando los bienes a los que se extiende el decomiso se han *transformado*.

[42] De forma explícita en la redacción del articulado, en los menos de los casos, o de forma encubierta, en todos los ámbitos territoriales referenciados se expresa la necesidad de *invertir la carga de la prueba* sobre el origen lícito de los bienes<sup>136</sup>, siempre y cuando ello sea compatible con los principios y tradiciones que sustenten en ordenamiento jurídico nacional<sup>137</sup>. Un *mal necesario*<sup>138</sup> con relación al que se utiliza como *excusa*

136 Frente a ello, el art. 6 DIR 2016/343/UE establece que los Estados miembros tienen la obligación de garantizar que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recaiga en la acusación, disposición que se entiende sin perjuicio de cualquier obligación del órgano jurisdiccional competente de buscar pruebas tanto de cargo como de descargo, y del derecho de la defensa a proponer pruebas con arreglo al Derecho nacional aplicable. Además de ello, los Estados miembros garantizarán que cualquier duda sobre la culpabilidad beneficie siempre al sospechoso o acusado, incluso cuando el órgano jurisdiccional valore si el interesado debe ser absuelto.

137 Conviene recordar como en la STC 13/1982, de 1 de abril (Supl. BOE n.º 95, de 21 de abril de 1985), el Tribunal Constitucional ya sostuvo que "[ ] el derecho a la presunción de inocencia no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos".

138 En el ya citado documento "Prevención y control de la delincuencia organizada. Estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio", se incluye como mandato a los países "... estudiar la posibilidad de que, una vez dictada condena contra un delincuente por un delito grave pueda mitigarse la carga de la prueba en lo que se refiere al origen de los activos en su posesión. Esta mitigación haría que sea la persona condenada quien tenga que demostrar que ha adquirido dichos activos lícitamente. Si el tribunal [no] queda convencido, se puede declarar que dichos activos son productos ilegales del delito y confiscarlos". Una opción que ha encontrado respaldo en la doctrina: *vid.* AGUADO CORREA, T. (2003): "La regulación del comiso en el Proyecto de modificación del Código Penal". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 4, p. 11.

para mitigar las acusaciones de vulneración de la presunción de inocencia y el proceso debido que el comportamiento a exigir al titular de los bienes sólo se produce una vez que ha sido condenado penalmente en el proceso principal, en el que se han tenido que cumplir todas las garantías procesales para alcanzar el fallo; es decir, que la actuación sobre su patrimonio es diferida y tiene como presupuesto precisamente esa sentencia de condena.

[43] La salvedad que siempre está incluida en las normas sobre decomiso es que su aplicación debe respetar los derechos legítimos de los terceros que han adquirido, de buena fe, los bienes decomisables que pertenecieron al condenado penal. Y para ello hay que darles audiencia, escucharles, dejarles defenderse y, aunque sobre este extremo siempre se guarda silencio, si su proceder no ha sido ajustado a Derecho iniciar actuaciones penales frente a él como cooperador necesario, o como cómplice, e incluso responsable por delitos como el blanqueo de capitales.

[44] De quien no se habla tanto, desafortunadamente, es de la víctima del delito, que en teoría es por quién se extreman los rigores retribucionistas de la reforma, y a quien –entre otros– tiene que *beneficiar* que se decomise mucho. Las previsiones no pasar de pedirle un deber de colaborar con la administración de justicia, tanto testificando en el proceso penal principal, como ayudante a las autoridades a identificar y localizar bienes del acusado que sean susceptibles de ser decomisados.

[45] Relacionado con esto último, se echa en falta que en los convenios y directivas no se establezcan lineamientos básicos y mínimos relacionados con el destino que hay que dar a los bienes decomisados o al resultado económico obtenido de su enajenación.

Quizá la *excusa* pueda estar en que la mayor parte de los delitos en los que se aplica el decomiso, y muchas de sus versiones más severas con las que se busca engrandecer el resultado final de su práctica, son pluriofensivos, *delitos sin víctima*<sup>139</sup> o delitos con en Estado como principal o único perjudicado, razón que justificaría que a él se le ingresen todos los bienes y recursos económicos, para que le dé el destino que le permita cubrir las necesidades manifestadas en su regulación nacional, tanto de tipo preventivo

---

139 HASSEMER, W. (2016): *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 201 y ss.; LASCOUTES, P. (2000): *Corrupciones. El poder frente a la Ética*. Barcelona: Edicions Bellaterra, p. 20; LAMO DE ESPINOSA, E. (1989): *Delitos sin víctima. Orden social y ambivalencia moral*. Madrid: Alianza.

como represivo, fortaleciendo con personal, infraestructuras y formación a los operadores encargados de combatir estos delitos.

Las pocas menciones que sobre esta materia podemos encontrar se refieren a que de la cantidad decomisada haya que descontar los gastos en los que se haya incurrido en su incautación, gestión y realización, y a que cuando el asunto del que provienen es transfronterizo y han participado relevantemente terceros Estados hay que compensar económicamente su colaboración.

[46] Como los delitos a los que fundamentalmente se va a aplicar el decomiso con frecuencia se efectúan en un contexto internacional, no bastan ni las acciones propias de cada uno de los Estados ni las medidas que se puedan acordar en espacios comunitarizados si todos ellos no están en sintonía con la política que se sigue a nivel internacional y que emerge fundamentalmente del trabajo de Naciones Unidas. La existencia de diferentes niveles de exigencia en los actos legislativos procedentes de tantos foros diversos es una causa más del crecimiento descontrolado en muchas regiones del mundo de flujos de dinero ilícito, que los delinquentes en parte lo disfrutan y en parte lo reinvierten en estrategias de protección personal y de sus negocios. Por tanto, es intrínseco a la idea de maximizar la eficacia del decomiso hablar de *coordinación*, de *asistencia* y de *cooperación operativa*<sup>140</sup>, y de *armonización* y, más lejana en el tiempo se barrunta, de *unificación legislativa*<sup>141</sup>. ❖

---

140 VV.AA. (2015): *La cooperación judicial penal en Europa: De la asistencia judicial al reconocimiento mutuo*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

141 CUESTA ARZAMENDI, J. L. DE LA, PÉREZ MACHIO, A. I., UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I. (dirs.) (2012): *Armonización penal en Europa*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2006): "Modelos del sistema europeo de derecho penal: ¿unificación versus armonización?". En: BAJO FERNÁNDEZ, M., BACIGALUPO SAGGESE, S., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coords.): *Constitución Europea y derecho penal económico: mesas redondas de Derecho y Economía*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 326 y ss.

# Cláusula de Barreira: do Aspecto Histórico, Constitucional e Atual

**Ines da Trindade Chaves de Melo**

*Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.*

## RESUMO

Sendo colocados como sinônimos, a cláusula de exclusão ou cláusula de desempenho é uma norma que impede ou restringe o funcionamento parlamentar ao partido que não alcançar determinado percentual de votos. O dispositivo foi aprovado pelo Congresso em 1995 para ter validade nas eleições de 2006, mas foi considerado inconstitucional pela unanimidade dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), sob o argumento de que prejudicaria os pequenos partidos.

A regra determinava que os partidos com menos de 5% dos votos nacionais não teriam direito à representação partidária e não poderiam indicar titulares para as comissões, incluindo CPIs (Comissões Parlamentares de Inquérito). Também não teriam direito à liderança ou cargos na Mesa Diretora. Além dessas restrições, perderiam recursos do fundo partidário e ficariam com tempo restrito de propaganda eleitoral em rede nacional de rádio e de TV.

O presente artigo, antes de adentrar na própria discussão sobre o tema, primeiramente visa a esclarecer a origem da cláusula de barreira em outros países e a discussão no Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, o que culminou na inconstitucionalidade do instituto e, principalmente, no posicionamento nos dias de hoje sobre a cláusula de barreira. Tal não sugere uma solução em si, mas apenas um norte de como a política brasileira poderá caminhar pelos próximos anos.

**Palavras-chave:** Cláusula de barreira; cláusula de exclusão; cláusula de desempenho.

A cláusula de barreira (cláusula de desempenho ou de exclusão) está presente em outros ordenamentos jurídicos, em países nos quais se entende haver uma democracia consolidada, e o referido instituto compõe o rol de normas partidárias, e por vezes de modo muito mais severo que no Brasil.

Na Alemanha, por exemplo, (país cujo sistema eleitoral serve de base para as modificações havidas na legislação do Brasil) a cláusula de barreira consta no art. 6º, § 6º, da Lei Federal de Regime Eleitoral.

O número de representantes de cada Estado não é fixo, pois as eleições se dividem em duas partes, uma decidida por votação majoritária e a outra proporcional, que poderá variar conforme o comparecimento do eleitorado, já que o voto é facultativo. A partir disso, são desconsiderados os votos dos partidos que não receberem, pelo menos, 5% dos votos nas eleições proporcionais, ou partidos que não elegerem individualmente candidatos em três distritos, no mínimo.<sup>1</sup>

Assim, como o sistema alemão é misto, a cláusula de exclusão é composta tanto de regras para partidos como para candidatos, considerados sujeitos propriamente ditos.

Outros países também possuem a cláusula de barreira, como no caso da Suécia, França, Espanha Itália e Grécia. Todavia, em Portugal o referido instituto é proibido constitucionalmente.

Dessa forma, historicamente, a cláusula de desempenho ou cláusula de barreira teve origem na Alemanha pós-guerra. No meio jurídico brasileiro, os primeiros sinais de visibilidade do instituto ocorreram nas décadas de 1940 e 1950.

O art. 5º do Decreto Lei nº 8.835/46 estipulava a cassação do registro dos partidos políticos que, nas eleições a que tivessem concorrido, não obtivessem votação pelo menos igual ao número de eleitores com que tivessem alcançado seu registro definitivo.

Posteriormente, o Código Eleitoral de 1950, em seu artigo 148, aduzia que o partido que não elegeisse pelo menos um representante para

---

<sup>1</sup> VOGEL, Luiz Henrique. Estudo sobre a PEC 10/1995, que institui o sistema distrital misto. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. Disponível em: <[www2.camara.gov.br/publicacoes/estnottec/tema3](http://www2.camara.gov.br/publicacoes/estnottec/tema3)>

o Congresso Nacional, ou que não tivesse a adesão de pelo menos cinquenta mil votos, teria o registro na Justiça eleitoral cancelado.

A Lei nº4.740/65 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos), na época da ditadura militar, tinha como requisito para a constituição originária do partido que este contasse, inicialmente, com pelo menos 3% (três por cento) do eleitorado que tivesse votado na última eleição geral para Câmara dos Deputados, distribuídos em onze ou mais estados, com o mínimo de 2% (dois por cento) em cada um deles.

Já a Constituição de 67 impedia a existência de coligações partidárias. Em suas várias emendas, pelas quais essa Constituição passou, algumas abordaram a cláusula de desempenho; a título de exemplo, a Emenda Constitucional nº1, de 1969, em seu art. 152, inciso VII, a Emenda Constitucional nº 11, de 1978, em seu art. 152, parágrafo 2º, inciso II e §3º e a Emenda Constitucional nº 25, de 1985, em seu art. 152, parágrafo 1º.

Vale ressaltar que a matéria empregada pelas Emendas Constitucionais nº 11 e nº 25 sobre a cláusula de barreira não chegou a ser aplicada. A primeira estabeleceu que a cláusula não se aplicaria às eleições subsequentes. A segunda emenda previu que a cláusula não seria aplicada às eleições de 15 de novembro de 1986.

De todo modo, a Constituição Federal de 1988, por sua vez, não estabeleceu qualquer percentual referente a uma cláusula de desempenho. Posteriormente, com a Revisão Constitucional de 1993, ocorreu uma tentativa de reintrodução do instituto através do Parecer nº 36, de autoria do deputado Nelson Jobim. O objetivo era alterar o art. 17 da Constituição Federal inserindo uma cláusula de barreira.

No parecer, existia a previsão de que somente teria direito à representação na Câmara dos Deputados o partido que obtivesse o apoio de 5% (cinco por cento) dos votos válidos, excluídos brancos e nulos, apurados em eleição geral, distribuídos em pelo menos um terço dos Estados, atingindo dois por cento em cada um deles. Entretanto, tal parecer não chegou a entrar em votação.

Ainda em 1993 foi editada a Lei nº 8.713/93, que restringia a apresentação da candidatura para a eleição a ser realizada em 1994, com base em desempenho eleitoral da eleição anterior. Os artigos dessa lei foram alvo de duas ações diretas de inconstitucionalidade julgadas procedentes (ADIs 958-3 e 966-4).

Dois anos após, adveio a Lei 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos), com seu art. 13 dispondo que se reservava à lei a questão do funcionamento parlamentar. Assim, o legislador ordinário previu que *“tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha eleito representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles”*.

Esta lei também previu uma norma de transição com eficácia até as eleições de 2006, com a finalidade de os partidos se adaptarem aos novos parâmetros legais. Tal previsão se encontra no art. 57 e incisos.<sup>2</sup>

Após a Lei 9.096/95, foram apresentadas duas ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, as ADIs 1351-3 e ADI 1354-8, com o objetivo de impugnar o artigo 13 da mencionada lei e dos demais dispositivos. No fim, se confirmou a inconstitucionalidade da cláusula de barreira prevista na lei. Esse julgamento ocorreu em 07 de dezembro de 2006.

Todavia, logo após, o senador Marco Maciel apresentou a PEC 02/07, que visava a construir uma cláusula de desempenho dos partidos. Porém, por via de emenda à Constituição, e não mais por uma legislação infraconstitucional. Dessa forma, o projeto foi apresentado em 6 de fevereiro de 2007 à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), cumprindo a determinação de cinco sessões de discussão em plenário.

---

2 Art. 57. No período entre o início da próxima Legislatura e a proclamação dos resultados da segunda eleição geral subsequente para a Câmara dos Deputados, será observado o seguinte:

I - direito a funcionamento parlamentar ao partido com registro definitivo de seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral até a data da publicação desta Lei que, a partir de sua fundação tenha concorrido ou venha a concorrer às eleições gerais para a Câmara dos Deputados, elegendo representante em duas eleições consecutivas:

- a) na Câmara dos Deputados, toda vez que eleger representante em, no mínimo, cinco Estados e obtiver um por cento dos votos apurados no País, não computados os brancos e os nulos;
- b) nas Assembléias Legislativas e nas Câmaras de Vereadores, toda vez que, atendida a exigência do inciso anterior, eleger representante para a respectiva Casa e obtiver um total de um por cento dos votos apurados na Circunscrição, não computados os brancos e os nulos;

II - vinte e nove por cento do Fundo Partidário será destacado *17 da Constituição Federal e a ele acrescenta os §§ 5º, 6º, 7º e 8º, para autorizar distinções entre partidos políticos, para fins de funcionamento parlamentar, com base no seu desempenho eleitoral*. para distribuição, aos Partidos que cumpram o disposto no art. 13 ou no inciso anterior, na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados;

III - é assegurada, aos Partidos a que se refere o inciso I, observadas, no que couber, as disposições do Título IV:

- a) a realização de um programa, em cadeia nacional, com duração de dez minutos por semestre
- b) a utilização do tempo total de vinte minutos por semestre em inserções de trinta segundos ou um minuto, nas redes nacionais e de igual tempo nas emissoras dos Estados onde hajam atendido ao disposto no inciso I, b.

Ainda assim, em cumprimento ao disposto no art. 332 do Regimento Interno, a Presidência determinou, após análise de cada proposição, o arquivamento de todas as matérias em tramitação no Senado, salvo aquelas que se enquadrassem nas hipóteses elencadas nos incisos do mencionado dispositivo regimental e no Ato nº 2, de 2014, da Mesa do Senado Federal.<sup>3</sup> Por fim, a proposta de emenda foi arquivada ao final da Legislatura (art. 332 do RISF).

Recentemente, a cláusula de barreira voltou novamente ao debate pela Proposta de Emenda à Constituição nº 36/2016.<sup>4</sup> O mencionado texto teve encaminhamento em 24 de novembro de 2016 para a Câmara dos Deputados. Porém, antes deste encaminhamento, o Parecer nº 903/2016 propôs a redação final da Proposta de Emenda à Constituição nº 36, de 2016, e, no que tange a cláusula de barreira, ficou consignado o seguinte:

*Art. 1º A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:*

*“Art. 17 (...)*

*§ 2º Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral, e terão direito a funcionamento parlamentar aqueles que obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos 14 (quatorze) unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma destas.*

*Art. 3º As restrições ao funcionamento parlamentar dos partidos políticos previstas nos §§ 2º, 3º e 6º do art. 17 da Constituição Federal aplicar-se-ão a partir das eleições de 2022.*

*Parágrafo único. Nas eleições de 2018, as restrições de que trata o caput se aplicarão aos partidos políticos que não obtiverem, nas eleições para a*

<sup>3</sup> <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79844>

<sup>4</sup> Ementa:

Altera os §§ 1º, 2º e 3º, do art. 17. Somente terão funcionamento parlamentar os partidos que, a partir das eleições de 2018, obtenham um mínimo de dois por cento dos votos válidos apurados nacionalmente e a partir das eleições de 2022, um mínimo de três por cento desses votos, distribuídos em, pelo menos, quatorze unidades da Federação, com um mínimo de dois por cento dos votos válidos em cada uma delas; prevê que apenas os partidos que obtiverem o desempenho eleitoral exigido terão assegurado o direito à proposição de ações de controle de constitucionalidade, estrutura própria e funcional das casas legislativas, participação nos recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à TV.

*Câmara dos Deputados, no mínimo 2% (dois por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelos menos 14 (quatorze) unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma destas.*

Na Câmara dos Deputados, o Projeto de Emenda à Constituição ganhou o número 282/2016. Iniciou-se no Senado Federal, com a assinatura de 36 dos seus membros, ali constando nomes das mais expressivas lideranças do governo e da oposição. Em seguida, a proposta encaminhada à Câmara, onde obteve parecer favorável à sua constitucionalidade, sendo, então, criada a Comissão Especial para discuti-la, em 16 de maio de 2017, com posterior aprovação no Senado, como se verificará posteriormente.<sup>5</sup>

Conforme já mencionado, várias foram as tentativas de implementação da cláusula de barreira no Brasil. Dessas tentativas, tivemos ações impetradas objetivando o julgamento de inconstitucionalidade no país. Dentre elas está a ADI 958-3 e 966-4.

Em outubro de 1993, essas duas ações foram propostas perante o Supremo Tribunal Federal com o objetivo de declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei 8.713/93, que fundamentava a cláusula de barreira, com o seguinte teor:

*Art. 5º Poderá participar das eleições previstas nesta lei o partido que, até 3 de outubro de 1993, tenha obtido, junto ao Tribunal Superior Eleitoral, registro definitivo ou provisório, desde que, neste último caso, conte com, pelo menos, um representante titular na Câmara dos Deputados, na data da publicação desta lei.*

*§ 1º Só poderá registrar candidato próprio à eleição para Presidente e Vice-Presidente da República:*

*I - O partido que tenha obtido, pelo menos, cinco por cento dos votos apurados na eleição de 1990 para a Câmara dos Deputados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados;*

*II - o partido que conte, na data da publicação desta lei, com representantes titulares na Câmara dos Deputados em número equivalente a, no mínimo, três por cento da composição da Casa, desprezada a fração resultante desse percentual;*

<sup>5</sup> <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2118401>

*III - coligação integrada por, pelo menos, um partido que preencha condição prevista em um dos incisos anteriores, ou por partidos que, somados, atendam às mesmas condições.*

**§ 2º** *Só poderá registrar candidatos a Senador, Governador e Vice-Governador:*

*I - o partido que tenha atendido a uma das condições indicadas nos incisos I e II do parágrafo anterior;*

*II - o partido que, organizado na circunscrição, tenha obtido na eleição de 1990 para a respectiva Assembléia ou Câmara Legislativa três por cento dos votos apurados, excluídos os brancos e nulos;*

*III - coligação integrada por, pelo menos, um partido que preencha uma das condições previstas nos incisos I e II deste parágrafo, ou por partidos que, somados, atendam às mesmas condições.*

**§ 3º** *Até cinco dias a contar da data da publicação desta lei, a Presidência da Câmara dos Deputados informará ao Tribunal Superior Eleitoral o número de Deputados Federais integrantes de cada bancada partidária naquela data.*

**§ 4º** *Até 31 de dezembro de 1993, o Tribunal Superior Eleitoral divulgará a relação dos partidos aptos a registrar candidatos próprios às eleições para Presidente e Vice-Presidente da República, e ainda daqueles que, em cada Estado e no Distrito Federal, poderão registrar candidatos para Senador, Governador e Vice-Governador.*

Em resumo, o PRONA (Partido da Reedificação da Ordem Nacional), autor da ADI 958, tinha como argumentos que os preceitos dessa lei estavam violando os princípios da isonomia, da irretroatividade do preceito legal, do direito adquirido e da coisa julgada, e requereu tanto a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos mencionados como a concessão de liminar.

No que tange a cautelar nessa ação, apreciada em 20 de outubro de 1993, cumpre destacar que, por maioria dos votos, foi indeferido o

requerimento, totalizando sete ministros. Dentre os votos de destaque, o ministro Carlos Velloso apresentava uma tendência de concordância com o instituto de cláusulas que impediam a participação de certos partidos políticos. Entretanto, não vislumbrou à época os requisitos da cautelar do “*fumus boni juris*” e “*periculum in mora*” e de relevância do fundamento da inicial, votando pela não concessão da liminar.

No julgamento final, como as ações ADI 958-3 e ADI 966-4 versavam sobre o mesmo assunto, foi determinado o apensamento da segunda ação direta de inconstitucionalidade mencionada à primeira ação, e ambas foram julgadas pela sessão de plenário do Supremo Tribunal Federal em 11 de maio de 1994.

A título de fundamento, vale ressaltar que os pareceres da Advocacia - Geral da União como o da Procuradoria Geral da República - foram pela improcedência do pedido formulado. Entretanto, uma alteração de entendimento do PGR considerou a procedência parcial do pedido.

Pois bem. A partir da análise dos votos proferidos no Supremo Tribunal Federal nas ADIs 958-3 e 966-4, os parágrafos 1º e 2º, com seus respectivos incisos, do artigo 5º da Lei 8713/93 foram julgados inconstitucionais. No entanto, o *caput* do artigo 5º da Lei 8.713/93 foi considerado constitucional.<sup>6</sup>

O último caso de discussão do tema nos Tribunais Superiores, após a declaração de inconstitucionalidade de parte do artigo da Lei 8.713/93, foi com a sanção da nova lei referente ao funcionamento parlamentar dos partidos políticos. Essa lei, cuja constitucionalidade foi atacada, era a de nº 9.096/95.

Os partidos entraram com ação visando a inconstitucionalidade de alguns artigos da lei (ADI 1351-3 e ADI 1358-8, esta em caráter liminar). A Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 1.351-3/DF tinha como objetivo a retificação dos dispositivos da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, especialmente o art. 13 e os demais artigos vinculados a ele. Tais artigos mencionavam o funcionamento parlamentar dos partidos políticos e justamente a cláusula de barreira.

Na visão dos partidos que ingressaram com a ação, essa medida tinha como objetivo a proteção constitucional à liberdade partidária, pois a

---

<sup>6</sup> <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/133>

lei continha, a partir do seu art. 13, requisitos de representatividade para o funcionamento dos partidos políticos no Congresso Nacional e, segundo o entendimento dos autores da ação, e depois no entendimento unânime do Supremo Tribunal Federal, tal consistia em grave atentado à democracia representativa brasileira.

A Lei 9.096/95, denominada Lei dos Partidos Políticos, previa, ainda, a distribuição desigual do Fundo Partidário (art. 41 da Lei) e do tempo de programa televisivo para a propaganda partidária. São os artigos mencionados na Ação Direita de Inconstitucionalidade em questão:

*Art. 13. Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles.*

(...)

*Art. 41. O Tribunal Superior Eleitoral (...) fará a respectiva distribuição aos órgãos nacionais dos partidos, obedecendo aos seguintes critérios:*

*I - um por cento do total do Fundo Partidário será destacado para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral;*

*II - noventa e nove por cento do total do Fundo Partidário serão distribuídos aos partidos que tenham preenchido as condições do art. 13, na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.*

(...)

*Art. 48. O partido registrado no Tribunal Superior Eleitoral que não atenda ao disposto no art. 13 tem assegurada a realização de um programa em cadeia nacional, em cada semestre, com a duração de dois minutos.*

*Art. 49. O partido que atenda ao disposto no art. 13 tem assegurado:*

*I - a realização de um programa, em cadeia nacional e de um programa, em cadeia estadual em cada semestre, com a duração de vinte minutos cada;*

*II - a utilização do tempo total de quarenta minutos, por semestre, para inserções de trinta segundos ou um minuto, nas redes nacionais, e de igual tempo nas emissoras estaduais.*

Conforme se verifica, esses dispositivos encontram suporte na denominada “cláusula de barreira”, adotado pela Carta outorgada de 1967, com exigências semelhantes às dispostas no art. 13 da Lei de 1995. Tal Constituição esteve sujeita a diversas retificações até sua total extinção em 1985, com a redemocratização do país.

Para os autores das ações de inconstitucionalidade, a invalidade da cláusula de barreira tornou-se evidente após a Constituição de 1988, na qual tornaram como princípios fundamentais o pluralismo político, a igualdade e a liberdade de associação, adotando-se assim o pluripartidarismo como forma de garantir a igualdade de representação, princípios caros ao regime democrático.

Assim, é justamente nesse ponto que os partidos requerentes fazem uso das ADIs 958-3 E 966-4, anteriormente abordadas, demonstrando a preocupação com a cláusula de barreira, que, por meio dessas ações, já havia sido julgada inconstitucional o instituto.

Pois bem. Primeiramente, a medida liminar na ADI nº1354-8 sedimentou que a exceção de suspeição deduzida contra o Ministro Presidente, por unanimidade, não ficou conhecida, pois tal arguição na época era incabível no âmbito do processo objetivo de controle normativo abstrato de constitucionalidade. Em seguida, por unanimidade de votos, a medida liminar restou indeferida com o fundamento de que, pelo menos na fase do exame cautelar, nenhum casuísmo pode comprometer a legalidade e o juízo de conveniência e oportunidade para a vigência das normas atacadas.

No que tange a matéria propriamente dita, no caso, a ADI 1.351-3/DF, o Supremo Tribunal Federal entendeu, por unanimidade, pela inconstitucionalidade, com o fundamento que seguiria o previsto na Constituição Federal, garantindo que o direito das minorias prevalecesse em relação aos interesses das majorias, bem como afastou um precedente atentatório à essência das garantias e liberdades brasileiras. A seguir, o fundamento de cada ministro:

- Marco Aurélio (relator) – Argumentos utilizados: Pluralismo político, soberania popular, liberdade dos partidos políticos, pluripartidarismo e proteção às minorias - Necessidade de matéria ser tratada por via constitucional – Razoabilidade- O ministro inicia seu voto através da análise dos votos obtidos por cada partido com o registro no TSE na eleição de 2006. A análise visa a demonstrar que apenas sete partidos, dos vinte e nove partidos registrados, alcançariam os patamares exigidos pela Lei 9.096/95. Posteriormente, o ministro expõe um histórico da cláusula de barreiras, aduzindo que a Constituição de 88 optou por um caminho oposto ao ordenamento anterior, proclamando valores como o pluralismo político, a soberania popular, a liberdade dos partidos políticos e a proteção das minorias, não possibilitando a Constituição a existência de partidos de primeira e segunda classes. O ministro reconhece a preocupação com a proliferação exagerada dos partidos políticos, mas acredita que a diminuição do rol de partidos ocorre automaticamente por meio do voto popular. Afirma que o legislador ordinário deve abordar a matéria relativa ao funcionamento parlamentar, desde que observe os princípios constitucionais. Também menciona que a matéria deveria ter um trato constitucional e critica em seu voto a Lei 9.096/95 por ignorar a necessidade de se tratar da matéria em sede constitucional, aprovando um conteúdo que já havia sido rejeitado por via de emenda constitucional. Por fim, a argumentação do ministro segue pela via de razoabilidade e da proteção das minorias, pois a negação de funcionamento parlamentar aos partidos minoritários carece de razoabilidade, também no ponto da divisão do fundo partidário e para o acesso ao rádio e à televisão. Dessa forma, os partidos minoritários estariam sendo condenados à ditadura da maioria e ignorando-se a proteção constitucional que deve ser dada aos setores minoritários. Assim, o ministro acaba por declarar a inconstitucionalidade do art. 13; a expressão “obedecendo os seguintes critérios”, contida no *caput* do art. 41; incisos I e II do artigo 41; artigo 48; a expressão “que atenda ao disposto no art. 13”, contida no *caput* do artigo 49, com re-

dução de texto; *caput* dos artigos 56 e 57, com interpretação que elimina as limitações temporais neles presentes até que sobrevenha nova lei a respeito; e a expressão “no art. 13”, presente no inciso II do art. 57. Entretanto, não considera inconstitucional o inciso II do artigo 56.

- Lewandowski – Argumentos utilizados: Reforma política - Pluralismo político - Proteção às minorias. O ministro, após abordar a evolução histórica da cláusula de barreira, insere sua relevância em um contexto mais amplo de reforma política. Afirma entender que a matéria tratada, num plano inconstitucional, fere o princípio gasalhado no inciso V do art. 1º da Constituição, qual seja, o pluralismo político, fundamento do Estado Democrático de Direito. Aduz que deve ser observado o art. 17 da Constituição, no que diz respeito à necessidade de lei que regulamente a questão do funcionamento parlamentar e o direito ao fundo partidário e aos meios de comunicação, e que não se deve nunca perder de vista os valores constitucionais inerentes ao princípio republicano e democrático. O ministro votou pela procedência das duas ações.
- Gilmar Mendes- Argumentos utilizados: Direito eleitoral comparado: direito alemão- Princípio da proporcionalidade e igualdade de chances- proteção às minorias- crise do sistema eleitoral proporcional. É no direito eleitoral alemão que o ministro Gilmar Mendes buscará as bases para a fundamentação de seu voto. Considera o ministro que restrições decorrentes do desempenho eleitoral do partido não sejam, a princípio, inconstitucionais, mas que a fórmula estabelecida pelo caso brasileiro representa uma limitação inaceitável. Enquanto o direito alemão prevê que o desempenho eleitoral seja determinante para a própria eleição do representante, a Lei 9096/95 não afeta a eleição do representante, mas restringe o funcionamento parlamentar do partido. Tal restrição evidenciaria uma clara violação ao princípio da proporcionalidade e um sacrifício às minorias. Além dis-

so, as restrições impostas quanto ao rateio do fundo partidário e o acesso aos meios de comunicação configurariam clara afronta ao princípio da igualdade de chances, que o ministro entende ser princípio integrante da ordem constitucional brasileira e exigência básica de um modelo democrático e pluripartidário. A partir daí, o ministro enfatiza a existência de uma verdadeira crise no sistema eleitoral proporcional brasileiro, fazendo, inclusive, algumas reflexões sobre a questão da fidelidade partidária. No contexto dessa crise e de uma reforma política, o ministro Gilmar Mendes entende ser perfeitamente possível a instituição de cláusulas fundadas no desempenho eleitoral do partido político, cláusulas que versem não apenas sobre o funcionamento parlamentar como também sobre a própria eleição do representante, assim como ocorre em outros países. Entretanto, tais cláusulas deveriam assegurar a todos os partidos os meios e recursos necessários para participar das eleições, em observância ao princípio da igualdade de chances. De acordo com o ministro, a tentativa realizada pela legislação brasileira equivocou-se tanto quanto à forma como quanto à proporção da barreira estabelecida. Barreira que, nos termos colocados, só poderia ter como consequências práticas a anulação da efetividade da atuação do partido como bancada específica e a acentuação do desvirtuamento da fidelidade partidária, o que iria de encontro aos objetivos da reforma política. Quanto a uma possível via pela qual pudesse ser instituída a cláusula de barreira, o ministro chega até mesmo a enunciar que: “É possível, sim, ao legislador – não precisaria elevar a questão para o patamar da legislação constitucional – estabelecer uma cláusula de barreira”. Concluindo seu voto, Gilmar Mendes vota pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 13; da expressão “obedecendo aos seguintes critérios” contida no art. 41, assim como dos incisos I e II deste artigo; do art. 48; da expressão “que atenda ao disposto no artigo 13” contida no artigo 49; e da expressão “no art. 13 ou” contida no inciso II do art. 57. Quanto ao artigo 57, o ministro vota no sentido de que as normas de transição nele contidas continuem em vigor

até que o legislador regulamente a matéria de acordo com o entendimento proferido pelo Tribunal.

- Cármen Lúcia – Argumentos utilizados: Pluralismo político - Proteção às minorias - Princípio da proporcionalidade - Igualdade de voto do eleitor. A ministra segue muito dos argumentos já comentados nos votos apresentados anteriormente, entre eles a questão da ditadura da maioria, a necessidade de proteção às minorias, o respeito ao pluralismo político e violação aos princípios da proporcionalidade e da oportunidade. O ponto principal está no fato de que a lei configuraria uma afronta ao art. 14 da CRFB. Afirma que o direito ao voto de cada cidadão não é um direito que se pede após a eleição, é um direito que permanece durante todo o mandato do representante. Negar o funcionamento parlamentar a um partido com representantes eleitos por meio desse voto seria restringir também esse próprio direito ao voto, além de restringir o direito à representação popular por meio de um partido. Nesse sentido, a ministra votou pela inconstitucionalidade dos artigos impugnados, acompanhando os termos do relator Marco Aurélio.
- Eros Grau – Principais argumentos: Pluralismo político - Liberdade de associação - Princípio da igualdade de chances - Igualdade de voto do eleitor. O ministro embasa seu voto pela procedência das ações no princípio do pluralismo político, no direito de associação e no princípio da igualdade de chances. Afirma que a igualdade de chances deve ser observada também no exercício dos mandatos dos representantes eleitos, sob pena de se atacar não apenas a isonomia entre os partidos políticos como também a isonomia entre os eleitores.
- Carlos Britto – Principais argumentos: Princípio da proporcionalidade estrita - Liberdade de associação - Igualdade de voto do eleitor - Proteção às minorias - Art.17 – inciso IV: não constitui norma de eficácia limitada. Afirma o ministro que é um caso de aplicabilidade do princípio da proporcio-

nalidade estrita, fazendo uma opção pelo lado que privilegia os partidos políticos e o princípio da liberdade associativa. Evoca o argumento utilizado pela ministra Cármen Lúcia e Eros Grau sobre o respeito à soberania popular e a igualdade do eleitor. Afirma sobre a necessidade de proteção das minorias e considera que o artigo 17, em seu inciso IV, não constitui norma de eficácia limitada. Assim, o funcionamento parlamentar seria um direito de todos os partidos, só cabendo ao legislador ordinário versar sobre o *modus operandi* desse funcionamento. Seu voto acompanhou o ministro relator.

- Cezar Peluso – Principais argumentos: Isonomia - Liberdade dos partidos políticos - Pluralismo político. O ministro atentou para o fato para expressar ponto de vista pessoal referente, ao art. 13, que, para o ministro, parece ser o artigo mais denso em termos de discussão. Além de ofender textualmente o artigo 17, *caput*, o artigo 1º e vários outros, também dificilmente escapa ao teste do postulado da igualdade. Afirma que toda desigualdade se funda em algum critério. No caso em concreto, tem-se o critério de desigualdade, baseado no número de votos atribuídos ou imputáveis aos partidos políticos como tais, ou seja, qualidade atribuída aos partidos políticos nas razões de sua existência e, em particular, na razão da sua capacidade jurídica específica de apresentar e eleger candidatos. Assim, se o critério fosse utilizado para finalidade de restringir a existência ou essa capacidade dos partidos, não se teria dúvidas em aceitar tal situação. Dessa forma, ressalta não repudiar a ideia de medidas que objetivem evitar o multipartidarismo excessivo, mas não vislumbra que a solução seja a encontrada pela Lei 9.096/95, pois ofenderia o postulado constitucional de igualdade, o *caput* do art. 17 da CF, o postulado de proibição de excessos e o princípio do pluralismo político, acompanhando os termos do voto do relator.
- Sepúlveda Pertence – Principais argumentos: Pluralismo partidário, liberdade dos partidos políticos, proteção às

minorias. Federalismo e o art. 17, inciso IV não constitui norma de eficácia limitada. Afirmou que dois aspectos o impressionaram na decisão liminar (ADI 1354-8): primeiro, o cotejo com a decisão anterior do Tribunal, a da Adin 958, quando foi declarada inconstitucional um dispositivo da Lei. 8.713/93, que vedava aos partidos que não tivessem obtido nas eleições anteriores determinado desempenho à apresentação de candidatos às eleições majoritárias, a começar pela de presidente da República. Assim, o argumento predominante na Adin 958 foi o que se chamou de ofensa ao “substantive due process of law”, porque se fundava a diferenciação entre os partidos em dados concretos já conhecidos. De acordo com o ministro, a inconstitucionalidade era chapada. Afirmou também adesão integral ao voto do relator, o ministro Marco Aurélio, bem como a relativa igualdade de chances, que há de entender-se contida no próprio princípio fundamental do pluralismo político e no da liberdade de criação de partidos políticos. Ressaltou que democracia não se faz apenas com o governo da maioria, mas como um governo da maioria em que a minoria pode aspirar a transforma-se em maioria. Abordou ainda no voto que uma interpretação míope do art. 17, IV, da CRFB diria tratar-se de norma de eficácia limitada. Afirmou que cabe à lei regular o funcionamento parlamentar que ali se assegura aos partidos políticos. Entendeu não se tratar de uma reserva absoluta de regimento interno, pois a Constituição confiou à lei e estabeleceu uma competência legislativa explícita para modular o funcionamento partidário. Para o ministro, o critério universal básico será, realmente, a diferenciação pelo desempenho e representatividade de cada partido no conjunto do eleitorado. Aduz que diversamente da fórmula da República Federal da Alemanha, a nossa cláusula de exclusão não extingue o partido político, não lhes decreta a morte, mas é mais cruel porque condena partidos políticos que não tenham atingido o patamar legal. Também menciona que a fórmula da Lei 9.096 traz implicações sérias para o federalismo. Por fim, pugnou pela procedência das ações.

- Ellen Gracie - Termos da lei excessivamente draconianos-Pela Inconstitucionalidade. A ministra acompanha os termos do voto do relator.

O julgamento termina por declarar a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei nº 9.096/95, por unanimidade: inconstitucionalidade do art. 13; a expressão “obedecendo os seguintes critérios”, contida no *caput* do art. 41; incisos I e II do artigo 41; artigo 48; a expressão “que atenda ao disposto no art. 13”, contida no *caput* do artigo 49, com redução de texto; *caput* dos artigos 56 e 57, com interpretação que elimina as limitações temporais neles presentes até que sobrevenha nova lei a respeito; e a expressão “no art. 13”, presente no inciso II do art. 57. Por unanimidade também, o STF declarou constitucional o inciso II do artigo 56.

Como já mencionado, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Emenda à Constituição sobre a cláusula de barreira ganhou o número 282/2016. Iniciou-se no Senado Federal, com a assinatura de 36 dos seus membros, ali constando nomes das mais expressivas lideranças do governo e da oposição. Em seguida, a proposta foi encaminhada à Câmara, onde obteve parecer favorável à sua constitucionalidade, sendo, então, criada a Comissão Especial para discuti-la em 16 de maio de 2017.

Com o retorno ao Senado Federal, a proposta de emenda à Constituição ganhou o nº 33, de 2017, sendo aprovada no dia 3 de outubro de 2017, originando a Emenda Constitucional nº 97/2017 e criando, a partir dos resultados das eleições de 2018, cláusulas de desempenho eleitoral para que os partidos políticos tenham acesso ao fundo partidário e ao tempo gratuito de rádio e televisão, além de acabar com as coligações para eleições proporcionais para deputados e vereadores, nesse caso a partir de 2020.<sup>7</sup>

Para restringir o acesso dos partidos a recursos do Fundo Partidário e ao tempo de rádio e TV, a emenda criou uma espécie de cláusula de desempenho, com exigências gradativas até 2030.

Só terá direito ao fundo e ao tempo de propaganda na legislatura seguinte às eleições de 2018, o partido que tiver recebido ao menos 1,5% dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com o mínimo de 1% (um por cento) dos votos válidos em

<sup>7</sup> <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/10/03/aprovado-fim-das-coligacoes-em-eleicoes-proporcionais-a-partir-de-2020>

cada uma delas. Se não conseguir cumprir esse parâmetro, o partido poderá ter acesso também se tiver eleito pelo menos 9 deputados federais, distribuídos em um terço das unidades da Federação.

Na opinião dos defensores da medida, a proposta não afronta as cláusulas pétreas da Constituição. Ao contrário, o que se tem é a alteração do texto constitucional para estabelecer um limite mínimo de votos bem inferior ao que aprovado em 1995, que era de 5% (cinco por cento) pela via da legislação ordinária, e que acabou sendo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Na legislatura seguinte às eleições de 2022, a exigência será maior: terão acesso ao fundo e ao tempo de TV aqueles que receberem 2% dos votos válidos obtidos nacionalmente, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 1% (um por cento) dos votos válidos em cada uma delas ou que tiverem eleito pelo menos 11 deputados federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação.

Na legislatura seguinte às eleições de 2026 o acesso dependerá de um desempenho ainda melhor: 2,5% dos votos válidos obtidos nacionalmente, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 1,5% (um e meio por cento) dos votos válidos em cada uma delas ou tiverem eleito pelo menos 13 deputados federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação.

Os percentuais agora propostos parecem válidos, sob a ótica dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A medida não revela qualquer viés de restrição à representatividade das minorias, mas, ao contrário, pugna pela organização racional do sistema partidário e da distribuição dos escassos recursos públicos entre os partidos que dispõem de um mínimo de expressão eleitoral na sociedade.

Na verdade, é hora de conferir racionalidade e coerência ao nosso sistema político-partidário. As propostas, sob qualquer ângulo, não ofendem a Constituição. A Constituição está sendo homenageada, uma vez que essas propostas permitirão o bom funcionamento do modelo de democracia partidária por ela desenhado.

Nesse sentido, convém reproduzir, ainda, uma contundente manifestação do cientista político Jairo Nicolau:<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Nicolau, Jairo. Representantes de quem? Editora Zahar, 2017.

*O montante do Fundo Partidário recebido pelos micropartidos é expressivo. Nas eleições para a Câmara dos Deputados de 2014, treze partidos receberam menos de 1% dos votos (a soma de seus votos chega a 6%).*

*No ano seguinte, esses mesmos partidos receberam somados R\$ 63 milhões do Fundo Partidário e ainda tiveram direito à propaganda partidária nos meios de comunicação – que também é paga pelos cidadãos, já que os canais de rádio e TV têm renúncia fiscal pelo uso desse tempo. Um passo importante é estabelecer uma distinção entre registro partidário, o acesso aos recursos do Fundo Partidário e a propaganda eleitoral e partidária. É descabido que a sociedade financie organizações que não conseguem um mínimo de apoio eleitoral.*

Em resumo, o parecer do deputado Betinho Gomes reconhece que a proposta preserva o princípio constitucional da livre criação de partidos, propõe limites mínimos razoáveis (ainda passíveis de ajustes, no âmbito da Comissão Especial), fixa regras de transição, e institui caminhos alternativos de que podem se valer os partidos com afinidade ideológica para somar forças e superar as novas exigências.

No tocante à representatividade das minorias, não haveria qualquer prejuízo. Ao contrário, seria forçoso reconhecer, nessa visão, que a fragmentação e a dispersão partidária em nada contribuem para esse fim. A formação de um quadro político-partidário racional, coerente e ideológico, como o que se espera em consequência das medias ora propostas é que irá contribuir para a verdadeira identificação das minorias e de seus representantes.

Em relação aos modelos adotados por outros países com sistema eleitoral proporcional, julgamos que os limites propostos pela PEC nº 282/2016, agora PEC 33/2017, não destoam da maioria. Em relação à Alemanha, por exemplo, que exige 5% (cinco por cento dos votos) para que os partidos tenham acesso ao Parlamento, a medida ora proposta é bem mais branda.

Ainda com vários argumentos contra a cláusula de barreira, fato é que o número excessivo de legendas partidárias vem sendo objeto de preocupação no meio jurídico, em decorrência dos danos irreversíveis para o funcionamento do regime democrático restaurado com a Constituição Federal de 1988.

O Supremo Tribunal Federal mostrou-se sensível ao problema, ao reconhecer a constitucionalidade das normas que fortalecem o controle quantitativo e qualitativo dos partidos, sem afronta ao princípio da igualdade ou qualquer ingerência em seu funcionamento interno. Neste mesmo julgamento, enfatizou-se que a exigência constitucional do caráter nacional dos partidos políticos objetiva impedir a proliferação de agremiações sem expressão política, que podem atuar como “legendas de aluguel”, fraudando a representação, base do regime democrático.<sup>9</sup>

Nesse sentido, *in verbis* parte do voto do Ministro Gilmar Mendes:

*“Extremamente artificial. É evidente que todas essas fórmulas vêm acompanhadas de um certo grau de provisoriedade, no mínimo. Tanto é que nós vimos aqui, em todos os debates que tivemos que, se há uma coisa que sofre mudança, mesmo nos países de legislação estável, é o sistema político-eleitoral. Quer dizer, a toda hora está havendo ajustes no sistema e aqui nós estamos vivenciando isso. Então, de um lado, realmente, temos essa perspectiva de que vai dificultar a fusão. É muito provável que, em algum momento, venha talvez uma reforma mais profunda, de índole constitucional, a baliçar tudo isto. Veja que chegamos a este número incrível de partidos, trinta e cinco. Hoje, esses chamados pequenos partidos já formam um bloco significativo, o que dificulta, por exemplo, a aprovação de fórmulas como essa da superação da coligação em âmbito proporcional, porque eles formam, como bloco, um bloco significativo. Tanto é que a fórmula de cláusula de barreira que se inventou era bloquear o partido que não atingisse um deputado só. Portanto, não se consegue consenso em torno desse tema. Então, a mim me parece que não há uma fórmula ótima. O que o Parlamento está a fazer com esse tipo de legislação é tentar dar respostas a fenômenos que revelam autênticas distorções. Ai, a gente pode discutir se adequado seria um ano, dois anos etc. Mas o que se quis talvez foi pelo menos um partido que tenha disputado uma eleição, ou tenha chance de disputar duas eleições, uma municipal e uma nacional, considerando que ele tenha caráter nacional; portanto, cinco anos, neste sentido, está longe de parecer abusivo.”*

Aliás, essa mudança de entendimento por parte do ministro ficou visivelmente destacada no momento do seu voto no caso de cassação da

<sup>9</sup> ADI 5.311 MC, j. 30.09.2015, p. 04.02.2016

chapa formada por Dilma e Temer. Gilmar Mendes afirmou que, na época do julgamento da inconstitucionalidade da cláusula de barreira, o posicionamento era de que a ideologia dos pequenos partidos deveria ser protegida. Entretanto, no momento atual, afirma o ministro que esses partidos menores já não possuiriam qualquer ideologia para justificar proteção.

Assim, além das notáveis mudanças no entendimento sobre a cláusula de barreira, diante do exposto, entende-se que houve acerto do Grupo de Reforma Política da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, não havendo óbice jurídico algum para a aprovação política dessa alteração do parágrafo 3º do artigo 17 da Constituição Federal, instituindo saneadora cláusula de desempenho em nosso sistema eleitoral para fortalecimento da própria democracia. ❖

# O Registro Eletrônico da Prova Oral sob a Ótica do Acesso à Justiça

## The Electronic Registry Of Oral Evidence Under The View Of Access To Justice

**Felipe Carvalho Gonçalves da Silva**

*Mestrando em Direito Processual pela UERJ*

*Ex-Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro*

*Juiz de Direito do Estado do Rio de Janeiro*

**RESUMO:** A tecnologia da informação é manejada cada vez mais em prol da celeridade processual, afinal, a duração razoável do processo foi erigida a princípio constitucional. Pretende-se demonstrar, por meio deste escrito, que sua importância como mecanismo de acesso à Justiça reside de igual modo na segurança e fidelidade do registro da prova oral.

**PALAVRAS-CHAVE:** Acesso à Justiça; prova oral; documentação eletrônica; segurança do registro.

**ABSTRACT:** Information technology is increasingly managed in favor of procedural speed, after all, the reasonable duration of the process has been constituted in principle constitutional. The purpose of this paper is to demonstrate that its importance as a mechanism for access to justice resides equally in the security and fidelity of the record of oral evidence.

**KEY WORDS:** Access to justice; oral evidence; electronic documentation; registry security.

**SUMÁRIO:** 1. O Código de Processo Civil e o Acesso à Justiça. 2. A prova documentada eletronicamente. 3. A disciplina legal da documentação eletrônica da audiência. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

## 1. O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O ACESSO À JUSTIÇA.

O Código de Processo Civil de 2015, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, foi elaborado para atingir o anseio do cidadão. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, importante jurista do nosso tempo e um dos pais do novo diploma de Processo Civil, sublinha que o Código ambiciona a rapidez, a isonomia das decisões de caso similares e a efetividade, sem olhar de soslaio para as demais garantias processuais constitucionais<sup>1</sup>.

Arruda Alvim destaca os objetivos concretos do recente diploma: a) maior organicidade do texto; b) imprimir simplicidade aos procedimentos; c) conferir maior rendimento a cada processo em si mesmo considerado; e d) incentivar a uniformidade e a estabilidade da jurisprudência<sup>2</sup>.

A Lei nº 13.105/2015 é cristalina na adoção da teoria do direito processual constitucional ao inaugurar-se trazendo um livro dedicado às normas fundamentais do processo civil e à sua aplicação. Os princípios e valores constitucionais são fontes e legitimam o exercício do direito processual. Logo no artigo 1º, o recente Código diz a que veio: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Assim, na Parte Geral do Código, o Livro I é composto de um só título: “Das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais”. Nele, são estatuídos os seguintes princípios: inércia – artigo 2º; acesso à Justiça - artigo 3º; duração razoável do processo – artigo 4º; boa-fé – artigo 5º; cooperação – artigo 6º; igualdade de tratamento – artigo 7º; contraditório - artigos 7º, 9º e 10; publicidade – artigos 8º e 11; atendimento dos fins sociais – artigo 8º; exigências do bem comum – artigo 8º; dignidade da pessoa humana – artigo 8º; eficiência – artigo 8º; legalidade

1 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Comentários ao capítulo I – Das normas fundamentais do processo civil*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coordenadores). *Breves comentários ao novo código de processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 57.

2 ALVIM, Arruda. *Aspectos principiológicos no projeto do novo CPC*. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (organizadores). *O processo em perspectiva: jornadas brasileiras em direito processual: homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 6.

– artigo 8º; proporcionalidade – artigo 8º; utilidade – artigo 9º, parágrafo único; motivação – artigo 11<sup>3</sup>.

Qualquer Estado que se preocupe com o bem-estar dos seus cidadãos deve estabelecer mecanismos para o acesso ao direito e o acesso à Justiça. O acesso ao direito tem diversos pressupostos, jurídicos e extra-jurídicos, sem os quais não se pode afirmar que o Estado visa à realização dos direitos de seu povo. Dentre eles, podemos mencionar: educação básica; oferecimento a todos de condições mínimas de sobrevivência e de existência condignas, através de acesso ao trabalho produtivo, livremente escolhido, e da percepção da correspondente remuneração capaz de prover ao sustento dos trabalhadores e de suas famílias; fortalecimento dos grupos intermediários e de associativismo; a responsabilidade do Estado, no cumprimento dos seus deveres para com os cidadãos, e a transparência do Estado no trato de questões que possam afetar a esfera dos interesses coletivos, com a possibilidade de influência nas decisões do Poder Público através dos instrumentos de participação democrática; redução dos privilégios estatais em face dos particulares; aconselhamento aos pobres a respeito dos seus direitos; e, por fim, o acesso à Justiça<sup>4</sup>.

A efetivação de qualquer direito pressupõe, portanto, a possibilidade de acesso à Justiça. De nada adianta a previsão normativa de direitos e a consciência de um povo acerca destes, se o Estado deixar de forjar mecanismos para resolução dos conflitos de interesses juridicamente protegidos.

Nesta senda, tão importante quanto o próprio direito tutelado, é a possibilidade de exigir do Estado a sua satisfação.

O acesso à Justiça é concretizado por meio das garantias fundamentais do processo. Leonardo Greco, referindo-se à classificação proposta no Luigi Paolo Comoglio, registra que as garantias fundamentais podem ser divididas em individuais e estruturais. As primeiras atendem à proteção dos direitos de cada uma das partes no caso concreto. As últimas, a condições prévias para o adequado funcionamento da estrutura judiciária<sup>5</sup>.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Maria Maria Martins Silva relembram a importância da obra de Mauro Cappelletti no desenvolvi-

---

3 *Ibidem*, pp. 57/87.

4 GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, vol. I, 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 9/14.

5 GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. In: Estudos de direito processual, Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 228.

mento do princípio do acesso à Justiça, postulado essencial ao funcionamento do Estado de Direito<sup>6</sup>, responsável por assegurar a isonomia substancial aos cidadãos. Apesar de o processo ser fenômeno cultural e por esta razão sofrer influência dos costumes, tradições e experiências sociais e políticas, próprios de cada povo<sup>7</sup>, é certo que o acesso à Justiça é fim almejado universalmente.

Lecionando sobre os princípios fundamentais, Mauro Cappeletti repara que o acesso à Justiça é almejado há séculos<sup>8</sup>.

Michelle Taruffo<sup>9</sup> nos ensina que o devido processo legal substancial pressupõe a prolação de decisões justas. Em torno deste pensamento, constrói uma teoria:

A teoria da decisão aqui proposta é baseada no pressuposto de que não há um critério único e capaz de construir o ponto de referência para o feedback sobre a justeza da decisão judicial. Em vez disso, parece necessário um conjunto de três critérios: apenas pela sua combinação pode vir um sistema de avaliação que permite determinar se e quando a decisão é acertada. Como se verá melhor a seguir, então a justiça da decisão toma a forma de um algoritmo que engloba e liga três conjuntos de valores.

Os três critérios a que se refere são: (a) correção da escolha e interpretação da regra legal aplicável ao caso; (b) uma avaliação confiável dos fatos relevantes do caso; (c) o uso de um procedimento válido e justo para chegar a uma decisão.

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

7 TARUFFO, Michele. *Cultura y proceso. Páginas sobre justicia civil*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, Espanha, 2009, p.189.

8 "These rights and guarantees are not necessarily new. Most of them are rooted in past centuries, and all of them can still be reduced to such ancient rules as the two that have traditionally represented the core of a system of "natural justice"—judicial impartiality and the right to be heard. Yet even these old rights and guarantees have acquired new force and significance through their modern constitutionalization and internationalization." CAPPELLETTI, Mauro. *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation: comparative constitutional, international, and social trends*. Stanford: 25 Stan. L. Rev. 651, Maio, 1973, p. 24.

9 Livre tradução. Transcreve-se o original: "La teoria della decisione giusta che qui si propone si fonda sul presupposto che non esista un singolo ed unico criterio idoneo acostituire il punto di riferimento per le valutazioni attinenti alla giustizia della decisione giudiziaria. Piuttosto, sembra necessario far capo ad un insieme di tre criteri: solo dalla loro combinazione potrà scaturire uno schema di valutazione che consente di determinare se e quando la decisione è giusta. Come si vedrà meglio in seguito, allora, la giustizia della decisione assume la forma di un algoritmo che ricomprende e collega tre ordini di valori. I tre criteri ai quali si allude sono i seguenti: a) correttezza della scelta e dell'interpretazione della regola giuridica applicabile al caso; b) accertamento attendibile dei fatti rilevanti del caso; c) impiego di un procedimento valido e giusto per giungere alla decisione". TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. LI (núm. 2), 1997, p. 319.

Voltando ao estudo de Leonardo Greco, a garantia da ampla defesa, vista como necessária para o acesso à Justiça e a construção do processo justo, pressupõe a possibilidade de se propor e produzir todas as provas que, a juízo do jurisdicionado, possa levar ao acolhimento da sua pretensão ou à rejeição da demanda contra si existente<sup>10</sup>.

Neste contexto, a prova tem relevantíssimo papel na busca da decisão justa, afinal, a avaliação confiável dos fatos relevantes do caso se obtém por meio de sua análise. E para que seja bem analisada, deve ser registrada da forma mais fiel possível.

## 2. A PROVA DOCUMENTADA ELETRONICAMENTE

Compete ao juiz, na condução do processo, a prática de atos que podem ter as seguintes espécies: atos decisórios, atos de movimentação, atos de instrução, atos de coação e atos de documentação<sup>11</sup>.

As provas são produzidas no processo para convencimento do magistrado em relação à verdade dos fatos<sup>12</sup>. São essenciais, portanto, para o acesso à Justiça, pois, por meio delas, a postulação será julgada procedente ou improcedente.

Michele Taruffo<sup>13</sup> destaca o papel da prova como instrumento dirigido à obtenção da verdade.

---

10 “As partes ou os interessados na administração da Justiça devem ter o direito de apresentar todas as alegações, propor e produzir todas as provas que, a seu juízo, possam militar a favor do acolhimento da sua pretensão ou do não acolhimento da postulação do seu adversário. Esse direito abrange tanto o direito à autodefesa quanto à defesa técnica por um advogado habilitado, e também o direito a não ser prejudicado no seu exercício por obstáculos alheios à sua vontade ou pela dificuldade de acesso às provas de suas alegações. A ampla defesa é por si mesma uma garantia genérica que se concretiza em muitas outras, sendo impossível delimitar aprioristicamente todo o seu alcance e, portanto, dela estarei tratando em muitos momentos no curso do presente estudo.” GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. In: Estudos de direito processual, Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 235.

11 GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*, vol. I, 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 268.

12 “Na civil law, o juiz é ativo, não é inerte, na busca da verdade, no suprimento das deficiências defensivas e probatórias das partes, no exercício de uma autêntica função assistencial. É também ativo na provocação de questões, especialmente quando se trata de questões de ordem pública. Busca-se, assim, sem comprometer a necessária imparcialidade do julgador, assegurar a paridade de armas, superando os obstáculos econômicos, probatórios e postulatórios, com o intuito de dar efetividade à igualdade das partes em juízo.” *Ibidem*, p. 9.

13 “Existen además distintas concepciones del modo en el cual la verdad podría ser descubierta, y también aquí entran en juego diferentes implicaciones culturales de carácter general. Así, por ejemplo, en una perspectiva fundamentalmente psicologista e irracionalista, se puede pensar que la verdad se deriva simplemente de la íntima convicción de los jurados o del juez, excluyendo por lo tanto que esa verdad pueda ser identificada aplicando un método controlable. Si, por el contrario, se adopta una perspectiva racionalista — que hoy parece predominar en diferentes áreas culturales y en algunos ordenamientos de common law incluido Estados Unidos, además de otros de civil law como Italia y España — ello implica discutir el método por medio del cual se practican las pruebas, y se analizan y valoran las informaciones respectivas. Surge así una dimensión epistémica del fenómeno probatorio, en la cual se analizan las pruebas desde el punto de vista de su capacidad de operar como instrumentos dirigidos a la determinación de la verdad.” TARUFFO, Michele. *Cultura y proceso. Páginas sobre justicia civil*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, Espanha, 2009, p. 203.

O julgador necessita avaliar a pertinência da prova a ser produzida para deferi-la ou não. Especificamente no respeitante à prova oral, determinada sua produção, os atos de instrução precisam ser registrados para que o seu conteúdo seja preservado.

Existem duas formas de constituição da prova: a) as provas pré-constituídas são produzidas em procedimentos extraprocessuais, através de fontes pré-existentes e, quando juntadas aos autos, são submetidas a contraditório judicial posterior, diferido; b) as provas constituídas são constituídas e produzidas com atos do processo, formadas em contraditório de partes e perante um juiz terceiro e imparcial.

A prova oral, tal como a pericial e a inspeção judicial, é constituenda<sup>14</sup>.

Ordinariamente, o juiz registra a audiência ditando os atos para o escrivão. A presença das partes, advogados, Ministério Público e testemunhas, o horário de início e término, as decisões prolatadas, enfim, tudo de importante é consignado e, ao final, assinado pelo juiz e demais personagens do processo, assumindo a documentação a presunção de fé pública<sup>15</sup>. É neste cenário que será produzida a prova oral.

Greco chama a atenção para a importância da tarefa de documentação dos atos processuais: “A documentação é uma atividade aparentemente acessória, mas muito importante no processo, pois todos os seus atos devem estar perenizados, conservados com o seu conteúdo preciso, através de algum tipo de registro. É um poder que a lei confere ao juiz e aos seus auxiliares imediatos, como o escrivão e o oficial de Justiça”<sup>16</sup>.

A documentação tem como objeto dar perenidade ao ato produzido judicialmente<sup>17</sup>.

---

14 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, v. II, 2009, p. 96.

15 GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*, vol. I, 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 276.

16 *Ibidem*, p. 108

17 “A perenidade é requisito que diz respeito à necessidade de conservação do documento. Sendo o documento físico constituído geralmente em papel, a sua conservação é tema que não traz maiores questionamentos. Contudo, ao tratarmos do documento eletrônico, as dificuldades de conservação demandam algumas observações. O documento é típico meio de representação fática, que possui como um de seus elementos a coisa, ou melhor, um suporte que deixará transparecer o seu conteúdo. Mesmo os bits não prescindem de matéria para existir, necessitando do elemento suporte para que ganhem vida, bem como se conservem ao longo do tempo. Em sendo a conservação do documento medida mais do que aconselhável, não poderia o documento eletrônico escapar de tal requisito. O natural descarte de arquivos eletrônicos, que podem ser varridos de nosso computador quando de sua formatação, ou mesmo pela ação de vírus, aflora a necessidade de encontrar maneiras para perenizar o seu conteúdo. Resta claro que somente o documento eletrônico conservado até o momento do litígio poderá ser utilizado como meio de prova. Isso posto, cumpre à parte interessada na produção dessa espécie de prova, a utilização de suporte apto a conservar o seu conteúdo. O uso de CDs, disquetes ou mesmo a memória do próprio computador podem se prestar a tanto. Por derradeiro, de se salientar ser a perenidade assunto que diz respeito ao modo de conservação do documento eletrônico, alguns dos quais foram acima elencados. Assim, dos requisitos aqui es-

Leonardo Greco nota, ainda, que ao contrário da *common law*, em que o juiz de primeiro grau tem muito mais poder, pois a ele é atribuída a confiança própria de um representante dos cidadãos e da comunidade, o modelo da *civil law* tenta documentar tudo, para que a segunda instância possa ter a mesma amplitude de cognição a que teve o juízo *a quo*.

Assim, enquanto o modelo da *common law* é predominantemente oral, o da *civil law* preza pelo registro. Essa tentativa, logicamente, é falha, porquanto os atos orais, ao serem reduzidos a termo pelo magistrado, passam antes pelo seu olhar e são interpretados. Desta feita, muito se perde. O juízo não consegue reproduzir cada formação intelectual com exatidão. O que se dizer dos movimentos corporais, gestuais, olhar...

Releva notar, nesta quadra, a importância da documentação eletrônica<sup>18</sup> para efetivação do processo justo.

Basta nos lembrarmos dos depoimentos das operações de combate ao crime organizado, registrados por meio audiovisual, que foram veiculados em matérias jornalísticas, para reafirmamos a impressão de quão realista são e quantos detalhes contêm. Caso fossem reduzidos a termo, certamente perderiam muito de sua substância.

DANIELA NEGRAES, em trabalho interdisciplinar sobre Linguística e Direito, enfatiza a importância do registro audiovisual para contextualização do relato oral na análise da conversa (AC)<sup>19</sup>:

Nesse ponto, embora nem sempre seja possível, é essencial que se diga que gravações em vídeos são de grande utilidade como fonte de recursos preciosos para pesquisas em AC pela possibilidade de incorporação de mais elementos de sustentação para as análises como, por exemplo, pistas de contextualização (GOFFMAN, 1974; 1981) (gestos, direcionamento do olhar, etc.).

---

tudados, é o único que para se fazer presente, independe da utilização de tecnologias de assinatura eletrônica.” MARIANI, Rômulo Greff. *O documento eletrônico como meio de prova no processo civil*. In: Revista Síntese, Direito Civil e Direito Processual Civil. São Paulo: Síntese, v.12, n.79, set./out. 2012, pp. 84/85.

18 Conceituam Guido Ferolla, José Paulo Micheletto Naves e Nathália Cassola Zugaibe: “Vale dizer que documentos eletrônicos não se resumem unicamente a escritos: podem ser também desenhos, vídeos, sons, enfim, tudo o que possa representar determinado fato e esteja armazenado em meio digital”. FEROLLA, Guido; NAVES, José Paulo; ZUGAIBE, Nathália Cassola. In: *Documento eletrônico como prova no processo penal brasileiro*. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília / Universidade de Brasília, n. 12, 2016, Brasília: RED|UnB, pp. 153/174.

19 ANDRADE, Daniela Negraes P. “Não, a gente fica meio perdida, né?”: como se traduz a hostilidade dos encontros legais na fala em-interação. In: COULTHARD, Malcolm, COLARES, Virgínia; SOUSA-SILVA, Rui (orgs.). *Linguagem & Direito: os eixos temáticos* [e-book]. Recife: ALIDI, 2015, p. 326.

Assevera também, a referida autora, que o relato perenizar-se-á, podendo vir a ser analisado por quem não participou da sua produção<sup>20</sup>.

Conforme mencionado acima, as gravações das interações feitas nas salas de audiência visam a institucionalizar o fato relatado. Conforme lembra Andrade (2010, p. 27), “em casos de crimes julgados em tribunais de 2ª instância, esse documento representará a versão oficial e definitiva do depoente, uma vez que ele não mais terá a chance de se pronunciar sobre o caso.” Sendo assim, é imprescindível que, frente a uma pergunta, o depoente verbalize suas respostas não podendo, por exemplo, assentir ou negar com a cabeça ou, ainda, proferir sua fala em volume insatisfatório tendo em vista os propósitos da gravação. Desse modo, o excerto, apresentado a seguir, se presta para mostrar a não orientação da depoente para a necessidade de se fazer ouvir, não somente pelos participantes presentes, mas também pelo possível público “leitor dos registros oficiais”.

Durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, o artigo 132 impunha que a demanda fosse julgada pelo juiz que houvesse concluído a instrução oral. Vigia, à época, o princípio da identidade física do juiz.

Na Lei de Ritos de 2015 não há dispositivo análogo. Acabou, pois, a vinculação do juiz que concluiu a audiência para proferir a sentença. Se por um lado a mudança impõe celeridade, pois, em caso de substituição eventual do magistrado que presidiu a produção da prova oral, não será necessária aguardar o seu retorno ou a remessa dos autos a diferente serventia para o seu julgamento, por outro, o magistrado que receberá o processo para julgamento ficará refém da prova produzida perante julgador diverso. Por maior que seja o zelo daquele que reduziu o depoimento a termo, nunca será possível saber todas as impressões decorrentes daquela prova oral. Por tudo isso que, como percebe José Lebre de Freitas, o julgador da matéria de fato deve ter o contato mais direto possível com as pessoas ou coisas que servem de fontes de prova<sup>21</sup>, afinal, tem ele o objetivo de extrair a verdade dos fatos.

20 ANDRADE, Daniela Negraes P. “Não, a gente fica meio perdida, né?”: como se traduz a hostilidade dos encontros legais na fala em-interação. In: COULTHARD, Malcolm, COLARES, Virgínia; SOUSA-SILVA, Rui (orgs.). *Linguagem & Direito: os eixos temáticos* [e-book]. Recife: ALIDI, 2015, p. 327.

21 FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*, 2. ed., Coimbra: Editora Coimbra, 2009, p.169.

Os atos de documentação escrita, por mais objetivo que seja o julgador, sempre carregaram para si traços de subjetividade. Não à toa, Confúcio cunhou a expressão popular: “uma imagem vale mais do que mil palavras”. Numa audiência, a prova oral, quando reduzida a palavras que o julgador entende como importantes, pode perder muito do seu conteúdo, e até mesmo o sentido original. A imagem do depoimento, a forma como a testemunha se comportou, se estava nervosa, ou se estava tranquila, se estava indignada, ou tomando partido velado de alguma das partes, o tom da voz, as advertências do juízo e advogados, muito disso se extravia quando o depoimento é reduzido a termo.

Mas, se o Código retirou com uma mão a vinculação do magistrado que presidiu a audiência, com a outra deu um instrumento importantíssimo na concretização da ampla defesa, qual seja, a gravação digital dos depoimentos. A importância do instrumento não passou despercebida pela melhor doutrina<sup>22</sup>. Merece destaque o apontamento de que as instâncias recursais poderão ter um contato mais realista com os depoimentos.

Nas palavras de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, é preciso que os envolvidos na atividade judiciária atuem de forma operosa, para que se obtenha máxima de produtividade para que tenha efetivo acesso à Justiça<sup>23</sup>. O

22 “Para a garantia do acesso à Justiça, os processualistas têm observado que determinados atos devem ser simplificados e que o uso da oralidade é a melhor forma para tanto. (...) Porém, a oralidade não significa um atentado ao princípio da segurança jurídica pela falta do registro dos atos processuais. Atualmente, a tecnologia possibilita a documentação das provas orais. Desse modo, é possível gravar depoimentos em arquivos digitais para serem reproduzidos a qualquer tempo. Esse procedimento ajuda não só o juiz singular no momento de proferir a sentença, mas também as próprias partes e os magistrados de segundo grau que têm acesso à prova quase integral produzida em audiência. Assim, percebe-se que o uso das tecnologias modernas relacionadas à oralidade promove a redução do número de documentos processo, evitando extravios e gastos desnecessários.” PINHO, Humberto Dalla Bernardin de. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*, vol. 1, 7. ed, São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 445-446.

23 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Humberto Dalla resume a sistematização de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro: “Vislumbra-se que o Judiciário deve-se adaptar à demanda que a ele é apresentada, levando em consideração o bem jurídico em disputa, o valor econômico e social dele, bem como quem são os sujeitos que litigam. Para tanto, é fundamental que o Judiciário passe por reformas. Segundo Mauro Cappelletti, algumas mudanças devem ser realizadas, como: alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. O que se está pretendendo é promover mudanças em toda a estrutura processual e física do Judiciário em busca da efetivação do direito à Justiça. Dispondo também sobre o acesso à Justiça, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro propõe seu reestudo a partir de quatro grandes princípios: a acessibilidade, a operosidade, a utilidade e a proporcionalidade. A acessibilidade significa estar em juízo sem obstáculo de qualquer natureza, utilizando adequadamente o instrumental jurídico para a efetivação de direitos. A operosidade significa que todos os envolvidos na atividade judiciária devem atuar de forma a obter o máximo de sua produção, para que se atinja o efetivo acesso à Justiça. Para isso, deve haver uma atuação ética de todos os sujeitos do processo, zelando pela efetividade processual, e deve sempre se priorizar a busca da verdade real e a índole conciliatória. A utilidade significa garantir ao vencedor seu direito, mas com o menor sacrifício para o vencido, mediante o equilíbrio entre a segurança e a celeridade, a utilização das tutelas de urgência, a adoção da execução específica como regra e a limitação da incidência das nulidades. Por fim, a proporcionalidade se traduz na escolha feita pelo legislador quando há dois interesses em conflito. Nos dias atuais, não se pode falar em acesso à Justiça sem as novas tecnologias, em especial a informática. O processo não pode se modernizar apenas nas leis ou nas atitudes dos seus operadores; é preciso materializar de forma física e palpável o seu de-

registro da prova oral em meio eletrônico, audiovisual, atende como uma luva o princípio da operosidade.

O registro em meio eletrônico desperta, ainda, resistência daqueles que não têm intimidade com dispositivos de informática e dos que não dispensam a leitura dos depoimentos. Acrescente-se que é trabalhosa a tarefa de transcrever os testemunhos. No entanto, a resistência é paulatinamente vencida quando se constata que a sentença pode ser mais bem fundamentada com a prova oral registrada digitalmente.

Alencar percebe a tendência à utilização do recurso eletrônico<sup>24</sup>.

Ademais, o recurso pode ser utilizado tanto em processos eletrônicos, quanto nos processos físicos. No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o depoimento audiovisual registrado em meio eletrônico é gravado em mídia digital e encartado nos autos, quando produzido em processo físico. Além disso, é “publicado” no andamento processual, podendo ser consultado por meio de acesso ao site do Tribunal. Tem-se consulta de fácil e permanente acesso, pois.

### 3. A DISCIPLINA LEGAL DA DOCUMENTAÇÃO ELETRÔNICA DA AUDIÊNCIA

As primeiras leis que previram o uso da tecnologia da informação para o registro de atos processuais foram a nº 8.245/91, a nº 9.800/1999 e a nº 10.259/01, que regulamentaram o uso do fac-símile e dos recursos eletrônicos nos Juizados Especiais Federais<sup>25</sup>. A lei nº 8.245/91, conhecida

---

envolvimento. No mundo globalizado e dinâmico, as novas tecnologias da informação são essenciais, por isso, o processo eletrônico veio com o objetivo de contribuir com o acesso de todos a uma ordem jurídica justa”. PINHO, Humberto Dalla Bernardinha de. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*, vol. 1, 7. ed, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 431.

24 “A novidade se contrapõe ao *status quo*. Na seara jurídica, o ortodoxo é a regra. As mudanças sofrem resistência. É uma resistência natural, eis que cria um desconforto para os que habitualmente trabalham com instrumentos muito conhecidos, notadamente o papel e as formas construídas a partir desse paradigma. Os textos legislativos, a exemplo do Código de Processo Penal de 1941, contêm regras que pressupõem o processo tradicional, a exemplo de intimações através da imprensa ou por carta precatória em forma de ofício físico. A refração que se tem ao novo vai, aos poucos, perdendo força, superando a maior opacidade inicial. A primeira forma de verificação do fenômeno é a empírica. Pela observação, percebe-se que a legislação não atende às exigências da sociedade com elevado grau de complexidade. A lei é a abstração dos casos concretos que se repetem dia a dia. A constância fática revela a necessidade de síntese de um enunciado, para resolver casos futuros. Antes da forma legal, todavia, o sistema jurídico se vale de uma técnica denominada interpretação progressiva, do art. 3.º do CPP: ‘a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito’. Foi com base na interpretação progressiva da lei processual penal que, mesmo antes da legislação formal, práticas que envolvem o uso de tecnologia e de meios eletrônicos, tornaram-se praxe forense.” ALENCAR, Rosmar Antonini Rodrigues Cavalcanti de. *Informática jurídica e tecnologia no processo penal*. In: Revista dos Tribunais, vol. 940/2014, fev. 2014, p. 284.

25 ADORNO JÚNIOR, Helcio Luiz; Soares, Marcele Carine dos Praseres. *Processo judicial eletrônico, acesso à justiça e inclusão digital: os desafios do uso da tecnologia na prestação jurisdicional*. In: Revista de Direito do Trabalho, vol. 151, maio/jun. 2013, p. 3.

popularmente como Lei do Inquilinato, admitiu a citação por meio de fac-símile, desde que houvesse previsão contratual. A Lei nº 9.800/99 permitiu a utilização de transmissão de dados por meio de fac-símile. Em 2001, a Lei nº 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais Federais, previu a prática de atos processuais por meio eletrônico.

A Lei nº 11.419/2006 estatuiu a informatização do processo judicial.

A regulamentação veio com demora. A informatização, desde a década de 90, já tinha, paulatinamente, tomado conta das nossas tarefas cotidianas. No entanto, a prática forense ainda estava apegada ao papel, ao processo físico.

A utilização do processo virtual teve experiência embrionária no Juizado Especial Cível da Comarca de São Sebastião do Caí, no Estado do Rio Grande do Sul. As petições iniciais eram registradas oralmente ou por meio de disquete no “Sistema Themis”<sup>26</sup>. Isso, antes de qualquer autorização legislativa neste sentido.

No ano de 2002, Gandini, Salomão e Jacob bem observaram<sup>27</sup>:

O Direito não acompanha a evolução social, econômica e, também, a tecnológica, estando sempre atrasado perante os acontecimentos da sociedade. Como o impacto revolucionário da informação está apenas começando a ser notado, em se tratando de documento eletrônico, a ordem jurídica nacional ainda não se ajustou plenamente à nova realidade existente em nível mundial e, inclusive, em nosso País. Diante disso, a razão da necessidade de regulamentação da matéria se dá porque a informação está intimamente ligada à documentação, que aos poucos deixa de ser escrita para assumir a forma digital, e, como o uso do papel começa a nos mostrar suas limitações, os recursos eletrônicos vêm a suprimi-lo, em alguns casos, tornando o documento mais seguro, confiável e seu armazenamento e recuperação mais bem administrados, bem como sua transmissão eficiente, rápida e segura.

---

26 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DUARTE, Márcia Michele Garcia. *Os juizados especiais cíveis e o e-processo: o exame das garantias processuais na esfera virtual*. In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. V. III, n. 3, jan./jun. 2009, p. 56.

27 GANDINI, João Agnaldo Donizete; SALOMÃO, Diana Paola da Silva; JACOB, Cristiane. *A validade jurídica dos documentos digitais*. In: Caderno Jurídico, São Paulo, v. 3, n. 12, nov./dez. 2002, pp. 132/133.

Hoje, o processo informatizado e, neste contexto, o processo eletrônico têm se revelado uma ferramenta muito proveitosa para diminuição dos custos do processo, além de se traduzir em celeridade<sup>28</sup>. Dentre outras vantagens, podem ser elencadas: a) diminuição dos prazos para a efetivação de citação e intimação; b) intimações simultâneas<sup>29</sup>; c) intimações presumidas; d) possibilidade de o ato ser praticado até as 24 horas de seu último dia do prazo<sup>30</sup>; e) juntada automática; f) diminuição dos custos com insumos e material humano<sup>31</sup>; g) possibilidade de trabalho remoto<sup>32</sup>; h) registro fidedigno da prova oral e debates realizados durante as audiências; i) diário eletrônico de fácil acesso<sup>33</sup>; j) rápida tramitação de cartas precatórias; k) processamento de recursos sem a necessidade de formar um traslado<sup>34</sup>; l) disponibilidade imediata dos autos<sup>35</sup>; m) manuseio eficaz<sup>36</sup>;

28 LIMA, Alexandre de. *Processo eletrônico como instrumento de efetivação dos direitos da personalidade e o acesso à justiça*. Anais eletrônicos do I Congresso Internacional de Direitos da Personalidade, 14, 15 e 16 de abril/20014/PR. “Segundo um levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça, do gasto na tramitação do processo, 70% é consumido com a prática de atos burocráticos, é o denominado tempo neutro que em nada contribui para a efetiva prestação jurisdicional. Com a implementação do processo eletrônico, esse tempo foi reduzido para 30%.” IGLESIAS, Aline Marinho Bailão; OLIVEIRA, Jacqueline O. da Silva Zago de; MARQUES, Julianne Freire. *Aspectos controversos do processo eletrônico*. In: Revista ESMAT, Palmas, Ano 6, nº 7, jan./jun. 2014, p. 19.

29 “Com relação aos prazos, especificamente à incidência dos prazos dobrados para os litisconsortes com advogados distintos no processo eletrônico, a jurisprudência vem se manifestando no sentido da sua inaplicabilidade, não obstante a crítica doutrinária a tal posicionamento.” PINHO, Humberto Dalla Bernardinha de. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*, vol. 1, 7. ed, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 454.

30 BARBOSA, Adrina Joselen Rocha Morais. *O processo judicial eletrônico como instrumento de concretização do direito fundamental à celeridade da prestação da tutela jurisdicional*. In: Revista ESMAT, Palmas, Ano 5, nº 6, jul./dez. 2013, pp. 101/122. Isso, na prática, porém, pode afastar a isonomia. Humberto Dalla observa: “O êxito na implantação do Processo Judicial Eletrônico está diretamente associado a políticas de inclusão social/digital, para que esta não se torne uma via de uso exclusivo das classes economicamente mais favorecidas da população. Nesse sentido, a Lei n. 11.419/2006 determina que os Tribunais disponibilizem equipamentos para que todos acessem a rede mundial de computadores, o que sanaria o prejuízo daquele que está excluído digitalmente. Ocorre que para atos processuais será até à meia-noite e os Tribunais encerram o acesso ao público bem antes disso, o que põe em disparidade os que têm à sua disposição a ferramenta de acesso à internet, podendo fazê-la em horário maior do que os que dependem do acesso por meio dos Tribunais.” PINHO, Humberto Dalla Bernardinha de. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*, vol. 1, 7. ed, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 438.

31 IGLESIAS, Aline Marinho Bailão; OLIVEIRA, Jacqueline O. da Silva Zago de; MARQUES, Julianne Freire. Op. cit., p. 37.

32 *Ibidem*, p. 35.

33 SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Problemas atuais do processo civil eletrônico e o projeto do novo CPC*. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 1, jul. 2013, p. 71.

34 ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Op. cit., p. 290.

35 Analisando especificamente o processo penal, Rosmar Rodrigues Cavalcante de Alencar constata: “Trata-se de realidade que tende a se ampliar, na linha da progressiva informatização do processo penal. O uso do processo tradicional, com movimentação linear de processos, deve reduzir-se paulatinamente, inclusive na esfera criminal. Os processos eletrônicos ficam disponíveis aos magistrados, às partes, aos seus procuradores, aos membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e aos servidores de maneira contínua. A limitação de acesso instantâneo tem como destinatário o público, sem prejuízo da publicidade dos atos processuais, que fica assegurada através de procedimento específico para acesso aos autos por cidadão que não seja parte, observadas as normas quando existente situação de sigilo, tendente a preservar a intimidade das partes”. *Idem*.

36 *Idem*.

n) barateamento do processo<sup>37</sup>; o) valorização da ampla defesa e contraditório<sup>38</sup>; p) imediata conclusão ao juiz dos processos com pedido de tutela de urgência<sup>39</sup>; q) mapeamento estatístico instantâneo; r) acesso simultâneo pelas partes<sup>40</sup>; s) ampliação da política de preservação do meio ambiente<sup>41</sup>.

Como pontos desfavoráveis: a) controle da publicidade<sup>42 e 43</sup>; b) dificuldade de levar aos autos objetos que não podem ser registrados por dispositivo de informática<sup>44</sup>; c) diferentes níveis de informatização

37 PINHO, Humberto Dalla Bernardinha de. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*, vol. 1, 7. ed, São Paulo : Saraiva, 2017, p. 432.

38 *Ibidem*, p. 439.

39 MORESCHI, Allander Quintino. *A efetividade do processo judicial eletrônico na prática forense*. Revista ESMAT, Palmas, Ano 5, nº 5, jan./jun. 2013, p. 15.

40 SILVA, Queli Cristiane Schiefelbein da; SPENGLER, Fabiana Marion. *O acesso à justiça como direito humano fundamental: a busca da efetivação da razoável duração do processo por meio do processo eletrônico*. In: Espaço Jurídico *Journal of Law*, Joaçaba, v. 16, nº 1, jan./jun. 2015, p. 142.

41 ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *A segurança da informação no processo eletrônico e a necessidade de regulamentação da privacidade de dados*. In: Revista de processo, vol. 152, out. 2007, p. 173.

42 Quando da edição da Lei nº 11.419/2006 houve muitas críticas em razão de a publicidade dos atos ter ficado quase que restrita aos sujeitos processuais. No entanto, parte da doutrina aplaudia a restrição da publicidade para preservação da intimidade das partes. Essa era a opinião de Helcio Luiz Adorno Júnior e Marcele Carine dos Praseres Soares: “No processo judicial eletrônico, porém, somente terão acesso aos atos do processo as partes litigantes e seus patronos, previamente cadastrados por senhas específicas, conforme restrição legal, impossibilitando o acesso às informações do processo por terceiros. Busca-se, com isso, prestigiar a intimidade dos litigantes, protegendo seus dados pessoais e o sigilo das informações particulares. O lançamento indiscriminado desses dados na rede mundial de computadores poderia gerar sua disseminação em velocidade e quantidade incomensuráveis, prejudicando as garantias fundamentais do processo por terceiros”. ADORNO JÚNIOR, Helcio Luiz; SOARES, Marcele Carine dos Praseres. *Op. cit.*, p. 4. José Carlos de Araújo Almeida Filho registra igual preocupação. ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo Almeida. *O princípio da publicidade no processo frente à EC 45/2004 e o processo eletrônico*. In: Revista de Processo, vol. 142, dez. 2006, pp. 142/154. Humberto Dalla entende que os documentos digitalizados têm acesso restrito às partes, aos procuradores, ao *Parquet*, e, por óbvio, ao juiz. Quanto aos atos dos juízes e serventários, a regra é a publicidade ampla, à exceção dos feitos que tramitam em segredo de justiça. PINHO, Humberto Dalla Bernardinha de. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*, vol. 1, 7. ed, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 441/444. Aline Marinho Bailão Iglesias, Jacqueline O. da Silva Zago de Oliveira e Julianne Freire Marques relembram que o tráfico de dados pela *internet* pode permitir a invasão da vida privada e violar o direito ao esquecimento. IGLESIAS, Aline Marinho Bailão; OLIVEIRA, Jacqueline O. da Silva Zago de; MARQUES, Julianne Freire Marques. *Aspectos controversos do processo eletrônico*. In: Revista ESMAT, Palmas, Ano 6, nº 7, jan./jun. 2014, pp. 23/24. A regulamentação dos dados processuais eletrônicos que podem ser divulgados foi estabelecida por meio da Resolução nº 121/2010 do CNJ.

43 Rogério José Britto de Carvalho taxa de inconstitucional, por violação ao princípio da publicidade, o artigo 5º e parágrafos da Lei nº 11.419/2006. Percebemos a dificuldade doutrinária de acomodar dois princípios de ordem constitucional: a preservação da intimidade e a publicidade. CARVALHO, Rogério José de. *O novo CPC (Lei nº 13.105/2015) e a publicidade dos atos judiciais no procedimento eletrônico – A Constituição Federal e a Lei nº 11.419/2006*. In: Revista Síntese, Direito Civil e Processual Civil, São Paulo, v. 18, n. 106, mar./abr. 2017, p. 23.

44 Recordo-me de audiência no Juizado Especial Cível, por mim presidida, na qual a parte autora levou um punhado de fios de cabelo e um creme para alisamento, a fim de demonstrar queda de cabelo causada pelo produto. Na ocasião, os objetos puderam ser apensados aos autos. Hoje, aqueles objetos teriam que ficar acatelados em cartório. Outra dificuldade é que muito raramente os objetos acatelados em cartório são requisitados pela superior instância quando da reavaliação da prova. O acatelamento dos objetos/peças que por sua natureza não possam ser digitalizados está regulamentado no artigo 5º, §1º, da Resolução nº16/2009 do órgão Especial do TJRJ. O Conselho Nacional de Justiça regulamenta a hipótese no artigo 11 da Resolução nº 185/2013, *in verbis*: “Art. 11. Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia de origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais. § 1º. Os extratos digitais e os documentos digitalizados e juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas autoridades policiais,

pelos jurisdicionados, o que pode ensejar a quebra da isonomia<sup>45 e 46</sup>; d) falta de padronização dos sistemas de processamento eletrônico entre os Tribunais<sup>47</sup>; e) possibilidade de dano à documentação por meio de

---

pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos e privados têm a mesma força probante dos originais, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização. § 2º. A arguição de falsidade do documento original será processada eletronicamente na forma da lei processual em vigor. § 3º. Os originais dos documentos digitalizados, mencionados no § 2º deste artigo, deverão ser preservados pelo seu detentor até o trânsito em julgado da sentença ou, quando admitida, até o final do prazo para interposição de ação rescisória. § 4º (VETADO). § 5º. Os documentos cuja digitalização seja tecnicamente inviável devido ao grande volume ou por motivo de ilegitimidade deverão ser apresentados ao cartório ou secretaria no prazo de 10 (dez) dias contados do envio de petição eletrônica comunicando o fato, os quais serão devolvidos à parte após o trânsito em julgado. § 6º. Os documentos digitalizados juntados em processo eletrônico somente estarão disponíveis para acesso por meio da rede externa para suas respectivas partes processuais e para o Ministério Público, respeitado o disposto em lei para as situações de sigilo e de segredo de justiça”.

45 Nos Juizados Especiais do Estado do Rio de Janeiro, criou-se a prática de intimar pessoalmente o autor que não é assistido por advogado, mesmo sendo obrigatório o cadastro de e-mail para distribuição de processo eletrônico. Constatou-se que muitos jurisdicionados fornecem e-mail de outrem, pois não têm endereço eletrônico próprio. Ademais, não seria razoável exigir de quem tem parco conhecimento jurídico e não lida rotineiramente com intimações eletrônicas que checasse sua caixa postal em busca de informações processuais. O art. 198 do Código de Processo Civil prevê a prática de ato por meio não eletrônico para corrigir esta dificuldade: “As unidades do Poder Judiciário deverão manter gratuitamente, à disposição dos interessados, equipamentos necessários à prática de atos processuais e à consulta e ao acesso ao sistema e aos documentos dele constantes. Parágrafo único. Será admitida a prática de atos por meio não eletrônico no local onde não estiverem disponibilizados os equipamentos previstos no *caput*.” Helcio Luiz Adorno Júnior e Marcele Carine dos Praseres Soares anotam: “Apesar das inegáveis benesses do processo eletrônico, não se pode olvidar da análise dos problemas dele advindos, cuja ocorrência é possível, sobretudo em período de transição. Uma das facetas mais preocupantes e, sem dúvida, a da necessidade de se criar uma política de inclusão digital no Brasil, como destaca Gonçalves (2011, p. 39-40)...” ADORNO JÚNIOR, Helcio Luiz; SOARES, Marcele Carine dos Praseres. Op. cit., p. 9.

46 O acesso à *internet* tem sido considerado direito fundamental. “O acesso à *internet* não mais representa um luxo como era, por exemplo, no ano de 1995, mas sim uma necessidade, e uma necessidade que não é apenas da elite socioeconômica, é de todo o povo. Assim, o estado brasileiro deve agir a favor da universalização do acesso e deve proteger a *internet* das tentativas de censura e de limitação de seu potencial. Uma última colocação. A afirmação de que há um direito humano de acesso à *internet* não deve ser levemente criticada. A ideia desenvolvida na presente pesquisa é resultado de uma construção teórica e jurídico-dogmática que defende a evolução histórica dos Direitos Humanos e apresenta a *internet* como uma tecnologia que se tornou essencial à vida humana contemporânea. As pessoas morreriam sem *internet*? Não, mas certamente o homem cibernético não existiria. Não se pode acreditar que os Direitos Humanos já esgotaram a sua função nas antigas fórmulas de direito à vida e vedação da tortura. Não negamos o maior grau de centralidade desses direitos no sistema, contudo não podemos ficar restritos ao passado. Se a sociedade evoluiu tecnologicamente, o direito deve acompanhá-la ou de nada adiantariam as defesas de róis abertos de direitos humanos e fundamentais. Se todos os direitos humanos já tivessem sido “descobertos”, se não há nada a ser “construído” hoje, os róis estariam fechados, não haveria mais nada a ser inserido neles, ou alguém acredita que ainda existem direitos “escondidos”, que não foram revelados em todas as décadas que se seguiram às declarações de direitos? Thomas Kuhn já ressaltava que toda mudança de paradigma nas ciências é precedida de uma forte resistência dos adeptos do paradigma anterior, que foram ensinados e passaram sua vida estudando e pensando com base nele. Passar de uma visão que considera o acesso à *internet* como um item de luxo ao reconhecimento dele como um direito humano é uma mudança de paradigma. Por essa razão, é esperado que aqueles que desconhecem os potenciais das novas tecnologias resistam a essa mudança. Contudo, não acreditamos que a resistência durará muito. A tendência é que a *internet* se torne, a cada dia, mais fundamental à nossa vida, mais integrada ao nosso dia-a-dia. A *internet*, hoje, é muito maior do que era há cinco anos e com certeza é muito menor do que será daqui a cinco anos. O crescimento exponencial da utilização da tecnologia em um futuro próprio reafirmará, a cada dia, a nossa tese.” NASCIMENTO, Bárbara Luiza Coutinho do. *O direito humano de acesso à internet*: fundamentos, conteúdo e exigibilidade. eBook Kindle. Obra derivada da dissertação apresentada ao programa de mestrado em direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro no ano de 2013, p. 194.

47 “Duas são as saídas a serem buscadas: a interoperabilidade de todos os sistemas existentes, ou a padronização nacional do processo eletrônico.” IGLESIAS, Aline Marinho Bailão; OLIVEIRA, Jacqueline O. da Silva Zago de; MARQUES, Julianne Freire Marques. *Aspectos controversos do processo eletrônico*. In: Revista ESMAT, Palmas, Ano 6, n° 7, jan./jun. 2014, pp. 23/24. A Resolução n° 185/2013 do CNJ estabelece o PJe como sistema nacional, mas, na prática, ainda não há padronização.

ataque cibernético<sup>48</sup>; f) custos com armazenamento de dados e mudança de tecnologia<sup>49</sup>.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o processo eletrônico é regulamentado pela Resolução nº 16/2009. O referido ato normativo, elaborado sob a égide da Lei nº 11.419/2006, continua em vigor após a edição do Código de Processo Civil de 2015.

Como dito anteriormente, mesmo antes da autorização legislativa para o processamento eletrônico de demandas judiciais, já existia previsão normativa, no Código de Processo Civil de 1973<sup>50</sup>, aplicada analogicamente, para a documentação eletrônica da prova oral. Sublinhe-se que a documentação eletrônica e a tramitação eletrônica de processos (processo eletrônico) são espécies do gênero meio eletrônico.

A Lei nº 11.419/2006 define, em seu parágrafo segundo, inciso I, do artigo 1º, meio eletrônico como “qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais”<sup>51</sup>.

No parágrafo primeiro, o artigo 1º estatui a aplicação da Lei nº 11.419/2006, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos Juizados Especiais, em qualquer grau de jurisdição.

A Resolução nº 185/2013 do CNJ, que “Institui o Sistema Processo Judicial Eletrônico - PJe como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais e estabelece os parâmetros para sua imple-

---

48 IGLESIAS, Aline Marinho Bailão; OLIVEIRA, Jacqueline O. da Silva Zago de; MARQUES, Julianne Freire Marques. *Aspectos controversos do processo eletrônico*. In: Revista ESMAT, Palmas, Ano 6, nº 7, jan./jun. 2014, p. 32.

49 ANDRADE, Francisco Pacheco de. *Arquivo eletrônico: uma bomba relógio no mundo da prova digital?* In: Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 10, n.1/2015, pp. 330/338.

50 “Art. 417. O depoimento, datilografado ou registrado por taquígrafia, estenotíпия ou outro método idôneo de documentação, será assinado pelo juiz, pelo depoente e pelos procuradores, facultando-se às partes a sua gravação.” (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994). “Parágrafo único. O depoimento será passado para a versão datilográfica quando houver recurso da sentença, ou noutros casos, quando juiz o determinar, de ofício ou a requerimento da parte.” (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994). Posteriormente, o parágrafo único foi renumerado pela Lei nº 11.419/2006. “Art. 169. Os atos e termos do processo serão datilografados ou escritos com tinta escura e indelével, assinando-os as pessoas que neles intervieram. Quando estas não puderem ou não quiserem firmá-los, o escrivão certificará, nos autos, a ocorrência.” “Art. 170. É lícito o uso da taquígrafia, da estenotíпия, ou de outro método idôneo, em qualquer juízo ou tribunal.” (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994). “Art. 171. Não se admitem, nos atos e termos, espaços em branco, bem como entrelinhas, emendas ou rasuras, salvo se aqueles forem inutilizados e estas expressamente ressalvadas.”

51 “Art. 1º. O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei. § 1º Aplica-se o disposto nesta Lei, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição. § 2º Para o disposto nesta Lei, considera-se: I - meio eletrônico qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais; II - transmissão eletrônica toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores; III - assinatura eletrônica as seguintes formas de identificação inequívoca do signatário: a) assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma de lei específica; b) mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.”

mentação e funcionamento”, em seu artigo 3º, distingue documento eletrônico (digital), de processo eletrônico<sup>52</sup>.

O Código de Processo Civil de 2015, desde a sua gênese, prevê a utilização do recurso audiovisual para registro da prova oral<sup>53</sup>.

A audiência por videoconferência, a qual, na prática, é registrada em meio audiovisual, também é prevista expressamente<sup>54</sup> no Código de Processo Civil.

No que concerne ao Código de Processo Penal, a Lei nº 11.719/2008 o modificou para que permita o registro audiovisual da prova oral<sup>55</sup>.

---

52 “Art. 3º Para o disposto nesta Resolução, considera-se: I – assinatura digital: resumo matemático computacionalmente calculado a partir do uso de chave privada e que pode ser verificado com o uso de chave pública, estando o detentor do par de chaves certificado dentro da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Br), na forma da legislação específica; II – autos do processo eletrônico ou autos digitais: conjunto de metadados e documentos eletrônicos correspondentes a todos os atos, termos e informações do processo; III – digitalização: processo de reprodução ou conversão de fato ou coisa, produzidos ou representados originalmente em meio não digital, para o formato digital; IV – documento digitalizado: reprodução digital de documento originalmente físico; V – documento digital: documento originalmente produzido em meio digital; VI – meio eletrônico: ambiente de armazenamento ou tráfego de informações digitais; VII – transmissão eletrônica: toda forma de comunicação à distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores; VIII – usuários internos: magistrados e servidores do Poder Judiciário, bem como outros a que se reconhecer acesso às funcionalidades internas do sistema de processamento em meio eletrônico, tais como estagiários e prestadores de serviço; IX – usuários externos: todos os demais usuários, incluídos partes, advogados, membros do Ministério Público, defensores públicos, peritos e leiloeiros.”

53 “Art. 460. O depoimento poderá ser documentado por meio de gravação. § 1º Quando digitado ou registrado por taquigrafia, estenotipia ou outro método idôneo de documentação, o depoimento será assinado pelo juiz, pelo depoente e pelos procuradores. § 2º Se houver recurso em processo em autos não eletrônicos, o depoimento somente será digitado quando for impossível o envio de sua documentação eletrônica. § 3º Tratando-se de autos eletrônicos, observar-se-á o disposto neste Código e na legislação específica sobre a prática eletrônica de atos processuais.”

54 “Art. 385. Cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra parte, a fim de que esta seja interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício. § 1º Se a parte, pessoalmente intimada para prestar depoimento pessoal e advertida da pena de confissão, não comparecer ou, comparecendo, se recusar a depor, o juiz aplicar-lhe-á a pena. § 2º É vedado a quem ainda não depôs assistir ao interrogatório da outra parte. § 3º O depoimento pessoal da parte que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo poderá ser colhido por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento. Art. 386. Quando a parte, sem motivo justificado, deixar de responder ao que lhe for perguntado ou empregar evasivas, o juiz, apreciando as demais circunstâncias e os elementos de prova, declarará, na sentença, se houve recusa de depor. Art. 453. As testemunhas depõem, na audiência de instrução e julgamento, perante o juiz da causa, exceto: I - as que prestam depoimento antecipadamente; II - as que são inquiridas por carta. § 1º A oitiva de testemunha que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão e recepção de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a audiência de instrução e julgamento. § 2º Os juízes deverão manter equipamento para a transmissão e recepção de sons e imagens a que se refere o § 1º. Art. 461. O juiz pode ordenar, de ofício ou a requerimento da parte: I - a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas; II - a acareação de 2 (duas) ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte, quando, sobre fato determinado que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas declarações. § 1º Os acareados serão repreguntados para que expliquem os pontos de divergência, reduzindo-se a termo o ato de acareação. § 2º A acareação pode ser realizada por videoconferência ou por outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.”

55 “Art. 405. Do ocorrido em audiência será lavrado termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos. § 1º. Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações. § 2º. No caso de registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição.”

A videoconferência, mecanismo implantado na Itália como meio de atuação judicial contra a máfia<sup>56</sup>, foi regulamentada no Brasil, pela Lei nº 11.900/2009. Atualmente, a maior parte dos processos em que há o uso deste recurso tem o registro audiovisual simultâneo<sup>57</sup>.

Por fim, mencione-se a Lei nº. 12.850/2013, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, a qual prevê, no parágrafo treze do artigo 4º, que “Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações”.

---

56 BARROS, Marco Antonio de. *Arquitetura preambular do processo judicial eletrônico*. In: Revista dos Tribunais, vol. 889, nov. 2009, p. 438.

57 “Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. § 1º O interrogatório do réu preso será realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares bem como a presença do defensor a publicidade do ato. § 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades: I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento; II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código; IV - responder à gravíssima questão de ordem pública. § 3º Da decisão que determinar a realização de interrogatório por videoconferência, as partes serão intimadas com 10 (dez) dias de antecedência. § 4º Antes do interrogatório por videoconferência, o preso poderá acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento de que tratam os arts. 400, 411 e 531 deste Código. § 5º Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso. § 6º A sala reservada no estabelecimento prisional para a realização de atos processuais por sistema de videoconferência será fiscalizada pelos corregedores e pelo juiz de cada causa, como também pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil. § 7º Será requisitada a apresentação do réu preso em juízo nas hipóteses em que o interrogatório não se realizar na forma prevista nos §§ 1º e 2º deste artigo. § 8º Aplica-se o disposto nos §§ 2º, 3º, 4º e 5º deste artigo, no que couber, à realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que esteja presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido. § 9º Na hipótese do § 8º deste artigo, fica garantido o acompanhamento do ato processual pelo acusado e seu defensor. § 10. Do interrogatório deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.” “Art. 216. O depoimento da testemunha será reduzido a termo, assinado por ela, pelo juiz e pelas partes. Se a testemunha não souber assinar, ou não puder fazê-lo, pedirá a alguém que o faça por ela, depois de lido na presença de ambos.” “Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram.” “Art. 222. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes. § 1º A expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal. § 2º Findo o prazo marcado, poderá realizar-se o julgamento, mas, a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será junta aos autos. § 3º Na hipótese prevista no caput deste artigo, a oitiva de testemunha poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento.”

A Operação Lava Jato teve diversos atos registrados desta forma que ganharam publicidade após o levantamento do sigilo. Os registros foram fundamentais para compreensão, pela população em geral, dos pormenores das colaborações premiadas celebradas nas diversas ações penais deflagradas no âmbito da Justiça Federal.

#### 4. CONCLUSÃO

O direito processual, pensado como meio de efetivação do direito material, deve focar na temática do acesso à Justiça. A ampla defesa abarca o direito de postular e de se defender em juízo mediante utilização de todos os meios legítimos de prova.

A prova oral, meio de prova constituendo, necessita ser documentada em audiência. Entretanto, a redução a termo dos depoimentos acarreta inexoravelmente a perda de parte do conteúdo da prova obtida, já que os depoimentos passam pela interpretação do magistrado.

A verdade é pressuposto de prolação da decisão justa e, neste contexto, o registro por meio de recurso eletrônico audiovisual dos depoimentos prestados em juízo contribui veementemente para a formação da convicção do julgador, porquanto a originalidade da prova é preservada.

A documentação eletrônica da prova oral permite a sua reprodução fiel e aumenta o seu grau de perenidade, logo, é instrumento que traz segurança processual, facilita a ampla defesa e o contraditório, e efetiva o acesso à Justiça.

É possível perceber que os benefícios superam em muito os inconvenientes da utilização da tecnologia da informação, tanto no processamento das demandas judiciais, quanto no registro de provas. Não se pode negar o relevante papel que têm assumido o registro eletrônico para o exercício da jurisdição e o acesso à Justiça, como instrumento contributivo para efetivação de direitos.

A utilização do registro eletrônico da prova oral, por meio de utilização de recurso audiovisual, deve ser estimulada em todos os Tribunais, para que se obtenha mais fidelidade e segurança quando da avaliação da prova. Somente assim, permite-se que os julgadores, de piso e das instâncias recursais, mormente aqueles que não participaram da sua produção, tenham maior imediatidade com a fonte e o conteúdo da prova.

Em remate, não poderíamos deixar de transcrever a lição de Humberto Dalla Bernardina de Pinho, professor titular de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro:

No último século, as transformações tecnológicas adquiriram uma velocidade extrema, consagrando uma sociedade de massa, padronizada e globalizada, em que se ampliam os desejos pela busca de novas tecnologias e pelo aperfeiçoamento das linhas de produção, enquanto se busca por maior efetividade em um tempo menor. O Direito, como ciência dinâmica, acompanha essas transformações.

Como consequência das mudanças, o Direito Processual Civil brasileiro vem sofrendo alterações relevantes na sistemática processual e até mesmo os institutos que estariam aparentemente conservados passam por uma releitura a partir da ótica constitucional.

Uma dessas alterações é o inegável reconhecimento de que a revolução tecnológica chegou ao processo, informatizando a atividade jurídica. O Direito não pode se afastar das novidades trazidas pela modernidade, razão pela qual tenta se valer dessas novas tecnologias em busca da melhoria da prestação jurisdicional.<sup>58</sup> ❖

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Daniela Negraes P. “*Não, a gente fica meio perdida, né?*”: como se traduz a hostilidade dos encontros legais na fala-em-interação. In: COULTHARD, Malcolm, COLARES, Virgínia; SOUSA-SILVA, Rui (organizadores). *Linguagem & Direito: os eixos temáticos* [e-book]. Recife: ALIDI, 2015.

ADORNO JÚNIOR, Helcio Luiz; SOARES, Marcele Carine dos Praseres. *Processo judicial eletrônico, acesso à justiça e inclusão digital: os desafios do uso da tecnologia na prestação jurisdicional*. In: *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 151, maio/jun. 2013.

---

58 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*, vol. 1, 7. ed, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 427.

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. *Informática jurídica e tecnologia no processo penal*. In: Revista dos Tribunais, vol. 940, fev. 2014, pp. 283/306.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *O princípio da publicidade no processo frente à EC 45/2004 e o processo eletrônico*. In: Revista de Processo, vol. 142, dez. 2006, pp. 142/154.

\_\_\_\_\_. *A segurança da informação no processo eletrônico e a necessidade de regulamentação da privacidade de dados*. In: Revista de Processo, vol. 152, out. 2007, pp. 165/176.

ALVIM, Arruda. *Aspectos principiológicos no projeto do novo CPC*. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (organizadores). *O processo em perspectiva: jornadas brasileiras em direito processual: homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 71/103.

ANDRADE, Francisco Pacheco de. *Arquivo eletrônico: uma bomba relógio no mundo da prova digital?* In: Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 10, n.1, 2015, pp. 329/338.

BARBOSA, Adrina Joselen Rocha Moraes. *O processo judicial eletrônico como instrumento de concretização do direito fundamental à celeridade da prestação da tutela jurisdicional*. In: Revista ESMAT, Palmas, ano 5, n. 6, jul./dez. 2013, pp. 101/122.

BARROS, Marco Antonio de. *Arquitetura preambular do processo judicial eletrônico*. In: Revista dos Tribunais, vol. 889, nov. 2009, pp. 427/448.

CAPPELLETTI, Mauro. *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation: comparative constitutional, international, and social trends*. Stanford: 25 Stan. L. Rev. 651, maio, 1973.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Comentários ao capítulo I – Das normas fundamentais do processo civil*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS Bruno (coordenadores). *Breves comentários ao novo código de processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 57/104.

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

CARVALHO, Rogério José Britto de. *O novo CPC (Lei nº 13.105/2015) e a publicidade dos atos judiciais no procedimento eletrônico – A Constituição Federal*

e a Lei nº 11.419/2006. In: Revista Síntese, Direito Civil e Processual Civil, São Paulo, v. 18, n. 106, pp. 9/23, mar./abr. 2017.

FEROLLA, Guido; NAVES, José Paulo; ZUGAIBE, Nathália Casola. *Documento eletrônico como prova no processo penal brasileiro*. In: Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília / Universidade de Brasília, n. 12 (2016), Brasília: RED|UnB, pp. 153/174.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*, 2. ed., Coimbra: Editora Coimbra, 2009.

GANDINI, João Agnaldo Donizete; SALOMÃO, Diana Paola da Silva; JACOB, Cristiane. *A validade jurídica dos documentos digitais*. In: Caderno Jurídico, São Paulo, v. 3, n. 12, nov./dez.2002, pp. 119/135.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*, vol. I, 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. In: Estudos de direito processual, Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, pp. 225/287.

IGLESIAS, Aline Marinho Bailão; OLIVEIRA, Jacqueline O. da Silva Zago de; MARQUES, Julianne Freire Marques. *Aspectos controversos do processo eletrônico*. In: Revista ESMAT, Palmas, ano 6, n. 7, jan./jun. 2014, pp. 11/42.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina; STANCATI, Maria Maria Martins Silva. *A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do Código de Processo Civil de 2015*. Revista de Processo, vol. 254, abr. 2016, pp. 17/44.

\_\_\_\_\_. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*, vol. 1, 7. ed, São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_; DUARTE, Márcia Michele Garcia. *Os juizados especiais cíveis e o e-processo: o exame das garantias processuais na esfera virtual*. In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. V. III, n. 3, jan./jun. 2009, pp. 48/65.

MARIANI, Rômulo Greff. *O documento eletrônico como meio de prova no processo civil*. In: Revista Síntese, Direito Civil e Direito Processual Civil, São Paulo: Síntese, v.12, n.79, set./out. 2012, pp. 72/100.

TARUFFO, Michele. *Cultura y proceso. Páginas sobre justicia civil*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, Espanha, 2009, pp. 189/211.

\_\_\_\_\_. *Idee per una teoria della decisione giusta*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. LI (núm. 2), 1997, pp. 315/328.

LIMA, Alexandre de. *Processo eletrônico como instrumento de efetivação dos direitos da personalidade e o acesso à justiça*. Anais eletrônicos do I Congresso Internacional de Direitos da Personalidade, 14, 15 e 16 de abril/20014/PR.

MORESCHI, Allander Quintino. *A efetividade do processo judicial eletrônico na prática forense*. Revista ESMAT, Palmas, ano 5, n. 5, jan./jun. 2013, pp. 7/31.

NASCIMENTO, Bárbara Luiza Coutinho do. *O direito humano de acesso à internet: fundamentos, conteúdo e exigibilidade*. eBook Kindle. Obra derivada da dissertação apresentada ao programa de mestrado em direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro no ano de 2013.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Problemas atuais do processo civil eletrônico e o projeto do novo CPC*. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 1, jul. 2013, pp. 69/79.

SILVA, Queli Cristiane Schiefelbein da; SPENGLER, Fabiana Marion. *O acesso à justiça como direito humano fundamental: a busca da efetivação da razoável duração do processo por meio do processo eletrônico*. In: *Espaço Jurídico Journal of Law*, Joaçaba, v. 16, n. 1, jan./jun. 2015, pp. 131/148.

# Precedentes Administrativos no Brasil

## Rafael Carvalho Rezende Oliveira

*Pós-doutor pela Fordham University School of Law (Nova York). Doutor em Direito pela UVA/RJ. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC/RJ. Especialista em Direito do Estado pela UERJ. Professor Titular de Direito Administrativo do IB-MEC. Professor de Direito Administrativo da EMERJ. Professor dos cursos de Pós-Graduação da FGV e Candido Mendes. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Advogado, árbitro e consultor jurídico. Sócio fundador do escritório Rafael Oliveira Advogados Associados.*

**Sumário:** 1) Introdução; 2) Precedentes administrativos: conceito, características e fundamentos; 3) A teoria dos precedentes administrativos no direito comparado e no Brasil; 4) Autovinculação e os precedentes administrativos; 5) Precedentes judiciais e administrativos no Brasil: a aproximação entre o *common law* e o *civil law*; 6) Requisitos para aplicação dos precedentes administrativos; 7) Conclusões

## 1) INTRODUÇÃO

A análise dos precedentes administrativos tem sido bastante difundida no direito comparado, especialmente na Europa continental e na América Latina, e merece aprofundamento no ordenamento pátrio.<sup>1</sup>

Na atual quadra evolutiva do Estado brasileiro, é possível perceber uma crescente influência dos institutos do *common law*, inclusive com a adoção adaptada da teoria dos precedentes no campo do Processo Civil.

---

<sup>1</sup> O presente ensaio é dedicado à memória de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, querido amigo, jurista insubstituível e eterno professor de várias gerações do Direito Administrativo brasileiro. Ao tratar das transformações do direito, o saudoso professor destacou o esgotamento do positivismo jurídico e a relevância do Direito jurisprudencial, com a utilização das velhas lições de flexibilidade e de adaptação, típicas do *common law*, para “a recriação de um Direito não mais apenas obra de legisladores, olímpicos e distantes, mas também a de juízes e de juristas, de operadores do Direito, no dia a dia de sua interpretação e aplicação.” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 234. Para o aprofundamento do tema, remetemos o leitor ao nosso livro: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes no Direito Administrativo*, São Paulo: Método, 2018.

O objetivo do presente estudo é demonstrar que a teoria dos precedentes judiciais pode ser adaptada e aplicada aos processos administrativos. Isto porque a legitimidade da Administração Pública pressupõe, necessariamente, uma atuação coerente e ética, o que engloba o respeito aos seus próprios precedentes, conforme será demonstrado a seguir.

## 2) PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E FUNDAMENTOS

O precedente administrativo pode ser conceituado como a norma jurídica retirada de decisão administrativa anterior, válida e de acordo com o interesse público, que, após decidir determinado caso concreto, deve ser observada em casos futuros e semelhantes pela Administração Pública.<sup>2</sup>

O precedente administrativo pode surgir da prática reiterada e uniforme de atos administrativos em situações similares. Todavia, é oportuno esclarecer que a reiteração de decisões em casos semelhantes não é uma condição necessária para a criação do precedente, ainda que esse fator contribua para maior estabilidade do ordenamento e confiança dos administrados. Em verdade, uma única decisão administrativa pode ser considerada precedente administrativo a ser seguido em casos semelhantes, em razão do princípio da igualdade e de outros princípios que serão indicados no tópico seguinte.<sup>3</sup>

A partir do conceito sugerido, é possível retirar algumas características básicas dos precedentes administrativos, a saber: a) os precedentes administrativos são normas jurídicas com caráter vinculante ou obrigatório, o que demonstra que são fontes do Direito Administrativo, cujo descumprimento acarreta consequências jurídicas; b) os precedentes administrativos pressupõem decisão administrativa concreta, válida e de acordo com o interesse público, razão pela qual se exclui da sua conceituação, em princípio, os atos regulamentares (ou normativos) e as decisões ilegais; e c) a força vinculante dos precedentes administrativos se aplica aos casos futuros, que serão decididos pela Administração Pública, o que pressu-

---

2 Sobre as definições de precedentes administrativos, vide: DÍEZ-PICAZO, Luis M<sup>o</sup>. La doctrina del precedente administrativo. In: *Revista de Administración Pública* (RAP), Madrid, n. 98, may.-ago., 1982, p. 7; ORTIZ DÍAZ, José. El precedente administrativo. *Revista de Administración Pública* (RAP), n. 24, Madrid, sep./dic. 1957, p. 102.

3 ORTIZ DÍAZ, José. El precedente administrativo. *Revista de Administración Pública* (RAP), n. 24, Madrid, sep./dic. 1957, p. 103; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano. In: *Revista de Derecho de la Universidad de Moterideo*, vol. 10, n. 20, 2011, p. 152.

põe identidade objetiva (situações fático-jurídicas semelhantes) e subjetiva (decisões provenientes da mesma entidade administrativa) entre os casos.

A exigência de coerência no exercício da atividade estatal, que justifica a necessidade de respeito aos precedentes, aplica-se aos processos jurisdicional, legislativo e administrativo. É possível, portanto, aplicar, com as devidas adaptações, as ideias subjacentes à teoria dos precedentes judiciais aos processos administrativos, cujas decisões seriam qualificadas como precedentes administrativos que devem ser observados em processos administrativos futuros e semelhantes, garantindo-se, desta forma, tratamento isonômico entre particulares e a proteção da boa-fé e da confiança legítima.<sup>4</sup>

É possível afirmar que os precedentes e o dever de coerência estatal se fundamentam nos seguintes princípios constitucionais:<sup>5</sup> **a) princípio da igualdade:** os casos semelhantes envolvendo particulares diversos devem ser tratados de forma isonômica, sendo vedada a discriminação desproporcional entre pessoas que se encontram em situações fáticas e jurídicas similares; **b) princípios da segurança jurídica, boa-fé e proteção da confiança legítima:** a previsibilidade, a lealdade e a coerência da ação administrativa, com a dispensa de tratamento uniforme aos casos semelhantes, garantem segurança jurídica e protegem a boa-fé e as expectativas legítimas dos particulares; **c) princípios da razoabilidade e proporcionalidade:** o respeito aos seus próprios precedentes evita a prática de arbitrariedades administrativas; **d) princípio da eficiência:** a atuação coerente da Administração tem o potencial de desestimular a litigância administrativa e a judicialização da questão decidida, bem como de agilizar a atividade administrativa.

Além dos argumentos constitucionais, a teoria dos precedentes administrativos encontra respaldo na legislação que trata do processo administrativo. Nesse sentido, em âmbito federal, o art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo Federal) dispõe que a interpretação da norma administrativa deve ser realizada da forma

---

4 De acordo com Pedro Moniz Lopes: “Fazendo um claro apelo aos congêneres precedentes judiciais e ao princípio geral do *stare decisis*, o precedente administrativo surge como o maior símbolo da padronização decisória formadora, por se, de uma normatividade própria ou, sendo caso disso, através da criação do substrato factual necessário para suscitar a previsão da norma da tutela da confiança”. LOPES, Pedro Moniz. *Princípio da boa-fé e decisão administrativa*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 328.

5 DÍEZ-PICAZO, Luis M<sup>o</sup>. La doctrina del precedente administrativo. In: *Revista de Administración Pública (RAP)*, Madrid, n. 98, may.-ago., 1982, p. 9.

que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, “vedada aplicação retroativa de nova interpretação”.<sup>6</sup>

A preocupação com a coerência na ação administrativa, evitando mudanças repentinas e sucessivas de interpretação, pode ser encontrada, ainda, no art. 50, VII da Lei 9.784/1999, que exige a motivação, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, dos atos administrativos que “deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais”.

Mencione-se, ainda, o Código de Processo Civil (CPC/2015), que consagrou a teoria dos precedentes judiciais, com adaptações do seu modelo originário do *common law*, bem como a necessidade de uniformização jurisprudencial, o que impacta, inclusive, nos processos administrativos. Isto porque o art. 15 do CPC/2015 dispõe que “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.<sup>7</sup>

A questão, que pode gerar certa divergência, é como interpretar o referido art. 15 do CPC/2015: a incidência do Código seria ampla, abrangendo todos os processos administrativos federais, estaduais, distritais e municipais, ou, ao contrário, seria restrita aos processos administrativos federais?

De um lado, parcela da doutrina sustenta a competência da União para fixar normas gerais de processo administrativo, que seriam aplicadas nacionalmente.<sup>8</sup> De outro lado, há o entendimento de que a competência para legislar sobre processos administrativos seria reconhecida aos Entes federados, inexistindo previsão constitucional de competência para União dispor sobre normas gerais,<sup>9</sup> o que poderia gerar a interpretação de que as

6 A vedação da retroatividade da nova interpretação administrativa fundamenta-se na necessidade de proteção da boa-fé e da confiança legítima do administrado, que não pode ser surpreendido com a alteração da interpretação da Administração, razão pela qual entendemos que nada obsta a retroatividade da nova interpretação administrativa desde que esta seja favorável aos administrados.

7 De forma semelhante, Egon Bockmann Moreira sustenta a aplicação dos arts. 926 a 928 do CPC/2015 aos processos administrativos. MOREIRA, Egon Bochmann. *Processo administrativo*, 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2017, p. 84.

8 De acordo com Marçal Justen Filho, “A União detém competência privativa para legislar sobre direito processual (art. 22, I, da CF/1988). A competência para legislar sobre procedimentos é concorrente entre os diversos entes federativos. Nesse caso, cabe à União a edição de normas gerais e aos Estados e ao Distrito Federal a complementação ou a complementação delas (art. 24, XI e §2º, da CF/1988). Daí segue que as normas gerais e os princípios fundamentais contemplados na Lei 9.784/1999 são de observância obrigatória para todos os entes federativos”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 10. ed., São Paulo: RT, p. 361. De forma semelhante: GUIMARÃES, Bernardo Strobel. *Âmbito de validade da Lei de Processo Administrativo (Lei 9.784/1999) – para além da Administração Federal*. RDA, 235, jan./mar., 2004, p. 233-255.

9 Nesse sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal: comentários à Lei nº 9.784, de 29/11/1999*, 24ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 41; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo Administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada*, São Paulo: Atlas, 2009, p. 29/30. O próprio art. 1º da Lei 9.784/1999 dispõe que as respectivas normas de processo administrativo são aplicadas “no âmbito da Administração Federal direta e indireta”.

normas processuais, judiciais ou administrativas, oriundas da União não se aplicariam aos processos administrativos estaduais, distritais e municipais.

Entendemos que as normas que tratam dos precedentes judiciais devem ser aplicadas aos processos administrativos. Isto porque, independentemente do entendimento sobre a aplicação do CPC a todos os processos administrativos ou apenas aos processos administrativos federais, certo é que a necessidade de aplicação dos precedentes judiciais aos processos administrativos em geral decorre do princípio da eficiência (evita a judicialização de questões já decididas pelo Poder Judiciário), da impessoalidade (tratamento isonômico do Estado juiz e Estado administrativo a todos os jurisdicionados), da segurança jurídica (estabilização das expectativas dos administrados em relação às condutas estatais e uniformização de tratamento), dentre outros.

Aliás, o processo administrativo pode ser caracterizado como um microsistema normativo que se insere no sistema do Direito Processual. A autonomia do processo administrativo decorre de suas regras e princípios específicos, que não se confundem com aqueles aplicados aos demais microsistemas processuais (processo civil, penal, trabalhista etc.), mas a referida autonomia não impede o diálogo com o processo civil por meio de analogias ou interpretações extensivas.

### **3) A TEORIA DOS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS NO DIREITO COMPARADO E NO BRASIL**

O estudo da teoria dos precedentes administrativos tem sido intensificado nos países que adotam o sistema de dualidade de jurisdição, especialmente pelo fato de que o contencioso administrativo segue uma lógica semelhante ao processo judicial. O órgão responsável pela jurisdição administrativa, que não integra a estrutura do Judiciário, possui elevada autonomia em relação à Administração Pública, que é parte no conflito de interesses. Vale dizer: tal como ocorre no processo judicial, no contencioso administrativo existe um juiz (administrativo) que não é parte interessada no processo.<sup>10</sup>

---

10 Na França, por exemplo, a dualidade de jurisdição é representada pelo Conselho de Estado (*Conseil d'Etat*) e pela Corte de Cassação (*Cour de Cassation*), responsáveis, respectivamente, pela jurisdição administrativa e pela jurisdição comum. Os conflitos de competência entre as duas Cortes são resolvidos pelo Tribunal de Conflitos. Registre-se, ainda, que o Conselho de Estado francês exerce a função consultiva, com a expedição de recomendações (*avis*), e a função contenciosa por meio de decisões (*arrêts*) sobre conflitos envolvendo a juridicidade das atividades administrativas.

Em consequência, nesses países os processos submetidos ao contencioso administrativo e à jurisdição comum ou ordinária são semelhantes, o que justifica, em grande medida, a aplicação dos mesmos princípios e da mesma lógica, inclusive da teoria dos precedentes.

Por outro lado, nos países que adotam o sistema de unidade de jurisdição, com a consagração do princípio da inafastabilidade de controle jurisdicional, tal como ocorre no Brasil (art. 5º, XXXV, da CRFB), as diferenças entre os processos administrativos e os judiciais são marcantes, mas esse fator não impede a adoção da teoria dos precedentes administrativos com as necessárias adaptações.

A possibilidade de instauração de processos administrativos de ofício, a atribuição da tarefa de julgar o conflito à Administração Pública, que é parte do processo, e a possibilidade de revisão da decisão administrativa final pelo Judiciário são algumas características dos processos administrativos que não são encontradas nos processos judiciais.

Talvez por essa razão, sem desconsiderar outros possíveis fatores, o legislador e os operadores do direito em geral tenham demorado a reconhecer a importância do processo administrativo para a promoção e a defesa dos direitos fundamentais. Em âmbito federal, apenas na década de 90 foi elaborada a Lei de Processo Administrativo (Lei 9.784/1999), com o objetivo de limitar e condicionar os poderes das autoridades administrativas e proteger os indivíduos contra eventuais arbitrariedades.<sup>11</sup>

A crescente importância do direito processual administrativo no Brasil justifica a aplicação, com as devidas adaptações, de normas típicas do processo judicial aos processos administrativos, com o objetivo de garantir a aplicação dos princípios e dos direitos fundamentais aos indivíduos em geral (jurisdicionados ou administrados).<sup>12</sup>

---

11 De acordo com Carlos Ari Sunfeld, a lei geral de processo administrativo não regula apenas os processos administrativos em sentido estrito, mas toda a atividade decisória da Administração, abrindo caminho para a construção do direito processual administrativo brasileiro. SUNDFELD, Carlos Ari. *Processo e procedimento administrativo no Brasil*. In: *As Leis de Processo Administrativo (Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98)*, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 19 e 33. Outros Entes federados promulgaram suas respectivas leis sobre processo administrativo, tais como: Sergipe (LC 33/1996); Estado de São Paulo (Lei 10.177/1998); Pernambuco (Lei 11.781/2000); Goiás (Lei 13.800/2001); Minas Gerais (Lei 14.184/2002); Estado do Rio de Janeiro (Lei 5.427/2009); Município de São Paulo (Lei 14.141/2006), Natal (Lei 5.872/2008); Porto Alegre (LC 790/2016); etc.

12 A processualização da atividade administrativa é uma tendência do Direito Administrativo pátrio, especialmente pelos seguintes fundamentos: a) legitimidade: permite maior participação do administrado na elaboração das decisões administrativas, reforçando, com isso, a legitimidade da atuação estatal; b) garantia: confere maior garantia aos administrados, especialmente nos processos punitivos, com o exercício da ampla defesa e do contraditório; c) eficiência: formulação de melhores decisões administrativas a partir da manifestação de pessoas diversas (agentes públicos e administrados).

As diferenças entre os processos judicial e administrativo exigem, evidentemente, adaptações da teoria dos precedentes, oriunda do sistema do *common law*, à função administrativa exercida por entidades da Administração Pública, especialmente em países que adotam o sistema da unidade de jurisdição, assim como ocorre no Brasil. Em razão disso, não se pode admitir a aplicação automática da teoria anglo-saxônica dos precedentes judiciais ou da teoria dos precedentes administrativos, elaborada em países que adotam o sistema do contencioso administrativo, ao ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse contexto, surge a necessidade de investigar a teoria dos precedentes administrativos à brasileira, compatível com as características da Administração Pública e do ordenamento jurídico pátrio.

O estudo da teoria dos precedentes administrativos no Brasil possui relevância no atual estágio de evolução do Direito. Em primeiro lugar, a partir da ideia de que a juridicidade da ação administrativa não depende apenas do respeito ao princípio da legalidade, mas, também, dos demais princípios constitucionais, expressos e implícitos, verifica-se que a ação estatal deve ser pautada, por exemplo, pela efetividade da segurança jurídica, da boa-fé, da proteção da confiança legítima, da igualdade, dentre outros princípios, o que demonstra a necessidade de coerência na atuação da Administração, o que pode ser garantido a partir do respeito aos seus próprios precedentes.<sup>13</sup>

Em segundo lugar, a inflação legislativa, a textura aberta dos princípios jurídicos, a crescente utilização de conceitos legais abertos (“indefinidos”), bem como a baixa densidade normativa de determinadas leis, demonstram a crescente importância da atividade administrativa na interpretação do ordenamento jurídico e na definição dos direitos e deveres dos administrados. Nesse contexto, as ponderações e as interpretações empreendidas pela Administração Pública em casos semelhantes não podem ser contraditórias entre si, sob pena de violação aos primados do Estado Democrático de Direito.

O estudo dos precedentes administrativos tem se intensificado nos últimos anos nos países ibero-americanos, tais como: Espanha, Argentina,

---

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*, 2ª. ed., São Paulo: RT, 2008. p. 65-74; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*, 5ª. ed., Rio de Janeiro: Método, 2017, p. 346.

13 DÍEZ-PICAZO, Luis Mª. La doctrina del precedente administrativo. In: *Revista de Administración Pública* (RAP), Madrid, n. 98, may-ago, 1982, p. 43.

Uruguai, Colômbia, Peru, Bolívia, Nicaraguá, Guatemala, Venezuela, etc.<sup>14</sup> Não obstante a relevância do tema no direito comparado, no Brasil, salvo raras exceções, o estudo dos precedentes administrativos ainda é embrionário e merece ser aprofundado.<sup>15</sup>

#### 4) AUTOVINCULAÇÃO E OS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS

No contexto do Estado Democrático de Direito, a Administração Pública está subordinada não apenas às leis, mas também aos princípios jurídicos, naquilo que se convencionou denominar de princípio da juridicidade.<sup>16</sup> O Direito Administrativo funda-se na necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, o que demonstra a impossibilidade de atuações administrativas completamente livres, caprichosas e autoritárias.

Nesse cenário, a vinculação da Administração Pública relaciona-se não apenas com os atos externos, provenientes de outros Poderes (leis e decisões judiciais), mas, também, com os seus próprios atos administrativos (individuais e normativos) e práticas administrativas.<sup>17</sup>

Por esta razão, quanto à origem, a vinculação administrativa pode ser dividida em duas espécies:<sup>18</sup> **a) heterovinculação (ou vinculação externa):** a vinculação decorre de atos externos à Administração Pública

14 Sobre o tema, vide: DÍEZ SASTRE, Sílvia. *El precedente administrativo: fundamentos y eficacia vinculante*, Madrid: Marcial Pons, 2008; ORTIZ DÍAZ, José. El precedente administrativo. *Revista de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, n. 24, p. 75-116, sep./dic. 1957; DÍEZ-PICAZO, Luis M<sup>e</sup>. La doctrina del precedente administrativo. In: *Revista de Administración Pública (RAP)*, Madrid, n. 98, p. 7-46, may.-ago., 1982; MAIRAL, Héctor A. *La doctrina de los actos propios y la Administración Pública*, Buenos Aires: Depalma, 1994; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel; PÉREZ HUALDE, Alejandro et al. (Coords.). *Fuentes del Derecho Administrativo*. tratados internacionales, contratos como regla de derecho, jurisprudência, doctrina y precedente administrativo, Buenos Aires: RAP, 2010.

15 Mencione-se exemplificativamente: CARVALHO, Gustavo Marinho de. *Precedentes administrativos no Direito brasileiro*, São Paulo, 2013; MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 259, p. 207-247, jan./abr. 2012; MODESTO, Paulo. Legalidade e autovinculação da Administração Pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa. MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*, Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 113-169; ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 14, p. 1-15, mai./jul. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-14-MAIO-2008-ALEXANDRE%20ARA-GAO.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2013.

16 Sobre a expressão, vide: OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 381-382.

17 A autovinculação administrativa pode decorrer de atividades ou de condutas administrativas diversas, tais como os atos administrativos normativos, os atos internos, as práticas administrativas continuadas, os atos individuais, as promessas administrativas etc. Sobre as classificações da autovinculação administrativa, vide: DÍEZ SASTRE, Sílvia. *El precedente administrativo: fundamentos y eficacia vinculante*, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 190-191; MODESTO, Paulo. Autovinculação da Administração Pública. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 24, out./dez., 2010, p. 7-. Disponível em: Acesso em: [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em: 12/01/2016.

18 OTERO, Paulo. *Op. cit.*, p. 381-382.

(ex.: Constituição, leis e decisões judiciais); e **b) autovinculação (ou vinculação interna)**: a vinculação decorre dos próprios atos e condutas da Administração (ex.: atos administrativos individuais e normativos, praxe administrativa, promessas administrativas, contratos).

Não é razoável conceber que a Administração Pública exerça suas atividades de forma aleatória e irracional, o que acarretaria insegurança jurídica e colocaria em risco a efetividade dos direitos fundamentais. A previsibilidade gerada pela atuação administrativa coerente é uma exigência do Estado Democrático de Direito, bem como dos princípios da segurança jurídica, da razoabilidade e da isonomia.

A ideia da autovinculação administrativa (*Selbstbindung*) surge na Alemanha no século XIX, inicialmente atrelada ao princípio da igualdade no âmbito da aplicação administrativa da lei, com o objetivo de evitar o cometimento de arbitrariedades no exercício da discricionariedade administrativa.<sup>19</sup> Posteriormente, a autovinculação administrativa foi conectada, também, com o princípio da proteção da confiança legítima, protegendo os cidadãos contra caprichos e arbitrariedades do Poder Público, notadamente no campo das promessas estatais descumpridas ou da revogação arbitrária de atos administrativos.<sup>20</sup>

A autovinculação administrativa não acarreta benefícios apenas para os particulares. A própria Administração Pública auferir vantagens com a sua atuação coerente e não contraditória, tais como: a celeridade da resposta às demandas repetitivas; a redução da litigiosidade; a diminuição das incertezas, dos riscos e dos custos das relações jurídico-administrativas; e a maior aceitação dos particulares às suas decisões e, por consequência, o reforço da legitimidade de sua atuação.<sup>21</sup>

---

19 Hartmut Maurer, ao tratar da autovinculação administrativa no Direito Alemão, afirma que a Administração infringe o princípio da igualdade quando se desvirtua de sua prática administrativa sem fundamento jurídico justificador. MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*, Barueri: Manole, 2006, p. 706. Atualmente, a autovinculação é reconhecida, com algumas peculiaridades em relação à concepção alemã, no âmbito da União Europeia. DíEZ SASTRE, Sílvia. *El precedente administrativo: fundamentos y eficacia vinculante*, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 176-181 e 210-220.

20 Sobre a aplicação do princípio da proteção da confiança legítima no Direito Administrativo, vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do Direito Administrativo*, 2ª ed., São Paulo: Método, 2013, p. 163-189.

21 De forma semelhante, vide: MODESTO, Paulo. Autovinculação da Administração Pública. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 24, out./dez., 2010, p. 7. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em: 12/01/2016; ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, IBDP, n.14, maio/julho, 2008, p. 2, Disponível em: . Acesso em: 10.02.2016.

A função principal da autovinculação é limitar a discricionariedade administrativa a partir dos princípios da igualdade, da segurança jurídica, da boa-fé, da proteção da confiança legítima, dentre outros princípios. A margem de liberdade reconhecida pelo legislador ao administrador público para eleger o melhor caminho administrativo na satisfação do interesse público não significa um cheque em branco para adoção de medidas desproporcionais, desiguais e contrárias à boa-fé. É necessário garantir que a atuação administrativa seja coerente e não contraditória no Estado Democrático de Direito.

Apesar de sua ligação inicial com a atuação administrativa discricionária, a ideia de autovinculação, posteriormente, foi alargada para abranger, não livre de controvérsias doutrinárias, as atuações vinculadas, as atividades prestacionais e as relações de sujeição especial envolvendo a Administração Pública e os administrados.

Por fim, é oportuno destacar que a autovinculação não significa o engessamento administrativo e deve ser concebida de forma relativa (e não absoluta). Isto porque a autovinculação envolve a tensão entre a busca de continuidade e de previsibilidade da ação administrativa, por um lado, e a necessidade de inovação e de flexibilidade por parte da Administração para atender às mutações sociais, tecnológicas, políticas, econômicas e culturais.<sup>22</sup>

Com efeito, os precedentes administrativos podem ser inseridos na teoria das autolimitações ou autovinculações administrativas.<sup>23</sup>

## 5) PRECEDENTES JUDICIAIS E ADMINISTRATIVOS NO BRASIL: A APROXIMAÇÃO ENTRE O COMMON LAW E O CIVIL LAW

Nos países de tradição do *common law*, a decisão judicial somente será considerada “precedente” pelo juiz responsável pelo julgamento do caso posterior e não pelo próprio prolator da decisão.<sup>24</sup> A teoria dos precedentes encontra-se originariamente vinculada à tradição do *common law*,

22 PIELOW, Johann-Cristian. Integración Del ordenamiento jurídico: autovinculaciones de La Administración. In: MUÑOZ, Guillermo Andrés; SALOMONI, Jorge Luis. *Problemática de La administración contemporánea: una comparación europeo-argentina*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997, p. 51.

23 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*, 5. ed., São Paulo: Método, 2017, p. 25.

24 O vocábulo “precedente” apresenta múltiplos significados. Em sentido amplo, o precedente reflete decisão anterior sobre determinado assunto que serve de modelo orientador para casos futuros. Em sentido restrito, o precedente é a decisão anterior que apresenta solução jurídica vinculante em relação ao próprio tribunal e aos demais órgãos judiciais inferiores quando julgarem casos semelhantes. De acordo com Alexandre Câmara: “Precedente é um pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base da formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior”. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo Processo Civil brasileiro*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2016, p. 427.

mas o estudo dos precedentes tem sido intensificado também em países de tradição do *civil law*, em razão do processo de aproximação entre as duas tradições.

Nos países do *common law* a jurisprudência é considerada a principal fonte do direito, motivo pelo qual é possível falar em Direito jurisprudencial ou *case law* (*judge-made law*). Daí porque nesses países se formou o que se convencionou chamar de “teoria dos precedentes vinculantes” (*binding precedents* ou *stare decisis* ou *stare decisis et non quieta movere*).<sup>25</sup>

O objetivo dessa teoria é compelir os juízes a respeitarem os precedentes judiciais que julgaram casos semelhantes (*treat like cases alike*), garantindo, com isso, racionalidade, integridade e isonomia ao sistema jurisdicional. A vinculação aos precedentes relaciona-se a um olhar para o passado e outro para o futuro. Além da necessidade de respeitar as decisões já proferidas em casos similares (*backward-looking activity*), não se pode desconsiderar que as decisões judiciais de hoje constituirão precedentes que deverão ser observados em casos futuros (*forward-looking activity*).<sup>26</sup>

Naturalmente, os precedentes possuem características próprias em cada ordenamento jurídico, adaptando-se, dessa forma, à realidade dos respectivos sistemas jurídicos. Não há, portanto, homogeneidade em relação aos precedentes e a sua força vinculativa, inclusive nos países tradicionalmente integrantes da mesma tradição jurídica.<sup>27</sup> Em cada sistema jurídico, os fatores institucionais influenciarão na concepção e na aplicação dos precedentes, tais como a hierarquia das cortes (cortes superiores e inferiores), a estrutura federativa do Estado (cortes federais e estaduais nos Estados Federados), a competência para o controle de constitucionalidade (controle concentrado exercido por Cortes constitucionais e/ou controle difuso por cada corte ordinária), dentre outros.<sup>28</sup>

25 A origem dos precedentes vinculantes relaciona-se aos julgamentos dos casos *Beamish v. Beamish* (1861) e *London Tramways Company v. London County Council* (1898). Sobre a origem da *stare decisis*, vide: CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*, 4. ed., Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 102; ZANDER, Michael. *The law-making process*, 7. ed., Oxford: Hart Publishing, 2015, p. 209/210.

26 DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 4. De acordo com Schauer: “A system of precedent therefore involves the special responsibility accompanying the power to commit the future before we get there”. SCHAUER, Frederic. Precedent. In: *Stanford Law Review*, v. 39. 1987, p. 573.

27 A análise comparativa entre os precedentes na Alemanha, Finlândia, França, Itália, Noruega, Polónia, Espanha Suécia, Reino Unido, Estados Unidos e na Comunidade Europeia, pode ser encontrada na obra: BANKOSKI, Zenon; MACCORMICK, D. Neil; MARSHALL, G. Precedent in the United Kingdom. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*, Aldershot: Dartmouth Publishing, 1997.

28 TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*, Aldershot: Dartmouth Publishing, 1997, p. 437/460.

Não obstante as diferenças históricas entre as tradições do *civil law* e do *common law*, verifica-se, especialmente a partir da segunda metade do século XX, a crescente aproximação e interpenetração entre esses dois modelos. Nos países ligados à família do *civil law*, notadamente após a II Guerra Mundial, com a crise da concepção positivista do direito, verifica-se o maior protagonismo do Poder Judiciário na interpretação e aplicação do direito, com a valorização da jurisprudência como importante fonte do direito.<sup>29</sup>

Por outro lado, nos países da tradição do *common law*, é possível perceber a valorização das leis. Na Inglaterra, por exemplo, foram editados atos normativos que possibilitaram a declaração de incompatibilidade de leis inglesas com os direitos humanos reconhecidos pela Comunidade Europeia (*Human Rights Act* de 1998) e a instituição da nova Suprema Corte, tornando o Judiciário independente do Parlamento (*Constitutional Reform Act* de 2005). Nos Estados Unidos, que sempre contou com uma Constituição (1787) e com o *judicial review* (*Marbury v. Madison* de 1803), verifica-se o aumento do número de leis (*statutes*) nos últimos anos.

A União Europeia elaborou a Convenção Europeia de Direitos Humanos em 1950 e instituiu a Corte Europeia de Direitos Humanos em 1959 para garantir a integridade daquela Convenção. Em razão do caráter aberto dos direitos fundamentais, aumenta a relevância do papel da jurisprudência da Corte Europeia, cujas decisões têm sido consideradas precedentes que devem ser observados pelos juízes das Cortes dos Estados-membros.

A proliferação das leis e a relativização da força vinculante dos precedentes nos países do *common law*, de um lado, e a crescente importância das decisões judiciais e o processo de descodificação nos países do *civil law*, de outro lado, demonstram que as tradições jurídicas têm convergido, o que tem sido impulsionado pelo processo de globalização.<sup>30</sup>

29 TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (ed). *Interpreting precedents: a comparative study*, Aldershot: Dartmouth Publishing, 1997, p. 459.

30 LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 345. A aproximação entre as tradições do *common law* e do *civil law* pode ser demonstrada, especialmente, pelo papel desempenhado pelos precedentes, com graus distintos, no processo de aplicação e desenvolvimento do direito nos países das duas tradições jurídicas. MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Reflections and conclusions. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (ed). *Interpreting precedents: a comparative study*, Aldershot: Dartmouth Publishing, 1997, p. 531/535. É difícil conceber na atualidade algum sistema jurídico que não tenha incorporado, ao menos parcialmente e com adaptações, a concepção dos precedentes administrativos. ZANDER, Michael. *The law-making process*, 7. ed., Oxford: Hart Publishing, 2015, p. 208.

Nesse contexto, em países do *civil law* há uma crescente relevância das decisões judiciais no cenário das fontes do direito, o que justificou, em alguns desses países, a incorporação, ainda que adaptada ou modificada, da teoria dos precedentes judiciais, tal como ocorreu no Brasil.

Até o Novo Código de Processo Civil, de 2015, o Brasil não adotava, ao menos integralmente, a teoria da *stare decisis* ou dos precedentes vinculantes. Com algumas exceções (ex: súmulas vinculantes, decisões da Suprema Corte em sede de controle concentrado de constitucionalidade), as decisões judiciais contavam com força persuasiva e não garantiam, com efetividade, a estabilidade e a coerência desejadas na prestação jurisdicional.

O advento do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo (força normativa dos princípios constitucionais, com destaque para os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima), a expansão do controle concentrado de constitucionalidade, a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, a instituição das súmulas vinculantes (EC 45/04), o reconhecimento da autoridade das decisões proferidas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade por meio de alterações sucessivas do CPC/1973 e a promulgação do novo Código de Processo Civil em 2015 são fatores que demonstram a importância da teoria dos precedentes judiciais, com força vinculante e geral, no Brasil.

A crescente valorização do Poder Judiciário e a necessidade de coerência de suas decisões justificaram, em grande medida, a adoção da teoria (adaptada ou à brasileira) dos precedentes judiciais. Com o objetivo de garantir a uniformização da jurisprudência dos tribunais, o art. 927, I a V, do CPC/2015 apresenta um rol de precedentes judiciais vinculantes, a saber: a) decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; b) enunciados de súmula vinculante; c) acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; d) enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e) decisão do plenário ou do órgão especial dos tribunais.<sup>31</sup>

31 No mesmo sentido, sustentando o caráter vinculante dos precedentes judiciais listados no art. 927 do CPC, vide, dentre outros: DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, 10. ed., Salvador: JusPodivm, 2015, p. 461-467; THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 417; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*, 8ª. ed., Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1.304; CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*, Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 188; Enunciado 168 do Fórum

Não se trata da adoção automática da teoria da *stare decisis* típica dos países do *common law*. Em verdade, a teoria dos precedentes adotada pelo ordenamento processual brasileiro apresenta peculiaridades relevantes, tais como: a) enquanto a teoria dos precedentes vinculantes nos países do *common law* foi criação exclusiva dos próprios tribunais a partir da tradição, no Brasil a referida teoria foi instituída, com adaptações, pelo legislador e pela jurisprudência dos tribunais superiores; b) no *common law*, qualquer decisão proferida pelos tribunais superiores pode ser considerada precedente judicial vinculante; no Brasil, a legislação limita essa possibilidade ao elencar as decisões judiciais que serão consideradas vinculantes para os julgamentos futuros; e c) na tradição do *common law*, a caracterização de determinada decisão judicial como precedente vinculante é tarefa realizada pelos juízes responsáveis pelo julgamento do caso posterior e, no Brasil, os precedentes vinculantes são as decisões judiciais que são proferidas com esse caráter, conforme enumeração legislativa.

A incorporação da teoria dos precedentes, com as respectivas adaptações, pelo ordenamento jurídico pátrio acarreta inúmeros desafios aos magistrados, advogados e demais operadores do direito que devem se adaptar à nova realidade para o manejo adequado dos precedentes judiciais e administrativos.

## 6) REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS

A aplicação da teoria dos precedentes administrativos depende do cumprimento dos seguintes requisitos: a) identidade subjetiva, b) identidade objetiva, c) legalidade do precedente e d) inexistência de justificativa relevante e motivada para alteração do precedente.<sup>32</sup>

---

Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) sobre o art. 927 do CPC: “As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”. Em sentido contrário, defendendo a tese de que o art. 927 do CPC não consagra rol de precedentes vinculantes, vide, por exemplo: CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo Processo Civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 434.

32 De forma semelhante: DíEZ-PICAZO, Luis Ma. La doctrina del precedente administrativo. In: *Revista de Administración Pública (RAP)*, Madrid, n° 98, may.-ago., 1982, p. 18-28. Em âmbito federal, por exemplo, o art. 40, § 1.º, da LC 73/1993, que institui a Lei Orgânica da AGU, dispõe que o parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. Em sentido análogo, no Estado do Rio de Janeiro, o art. 47 da Lei 5427/2009, que regula o processo administrativo estadual, admite a possibilidade de eficácia vinculativa e normativa a determinadas decisões proferidas em processos administrativos.

O segundo requisito para aplicação dos precedentes é a identidade objetiva entre o precedente e o caso atual.<sup>33</sup> Tal como ocorre com os precedentes judiciais, a aplicação dos precedentes administrativos pressupõe semelhanças entre o caso anterior e o atual. A semelhança entre os fatos envolvidos no precedente administrativo e no caso atual justifica a necessidade de aplicação da mesma solução jurídica. Dessa forma, ao julgar o caso atual, o administrador público deverá utilizar a mesma *ratio decidendi* ou (*holding*) do precedente, garantindo a coerência administrativa e, em última análise, a segurança jurídica e a isonomia.

O caráter vinculante dos precedentes administrativos é retirado do motivo e do conteúdo da decisão administrativa, devendo ser adotada a mesma *ratio decidendi* em casos futuros e semelhantes.<sup>34</sup> A *ratio decidendi* é a regra de direito ou o princípio jurídico extraído da fundamentação, a partir dos fatos envolvidos na questão, e necessária para decisão. Por outro lado, a *obiter dictum* (no plural, *obiter dicta*), a partir de uma noção negativa ou excludente, pode ser considerada como a parte da decisão que não corresponde à *ratio decidendi*, referindo-se, portanto, aos argumentos e opiniões que não foram essenciais para a decisão do caso e que não vincularão os julgamentos futuros.

O terceiro requisito para a caracterização do precedente é a sua legalidade. Seria desproporcional imaginar que precedentes ilegais ou inconstitucionais fossem perpetuados na Administração Pública, sem a possibilidade de sua correção ou superação pela própria Administração. Trata-se da autotutela administrativa que estabelece o dever da Administração de anular, por ilegalidade, e a faculdade de revogar, por conveniência e oportunidade, seus próprios atos administrativos (art. 53 da Lei 9.784/1999 e Súmula 473 do STF). Registre-se, contudo, que a anulação do precedente administrativo ilegal possui efeitos retroativos (*ex tunc*), ressalvada a possibilidade excepcional de modulação dos efeitos temporais na decisão pro-

---

33 DÍEZ-PICAZO, Luis Ma. La doctrina del precedente administrativo. In: *Revista de Administración Pública* (RAP), Madrid, nº 98, May-ago., 1982, p. 21.

34 A definição da parte vinculante do precedente judicial é uma das tarefas mais complexas da teoria dos precedentes. Na doutrina norte-americana, foram desenvolvidos dois testes tradicionais para identificação da *ratio decidendi*: a) teste de Wambaugh: a *ratio decidendi* seria uma regra jurídica sem a qual o magistrado teria decidido de forma diferente; e b) teste de Goodhart: a *ratio decidendi* (denominada pelo autor como *principle of a case*) é determinada a partir dos fatos materiais que são considerados fundamentais pelo magistrado para decisão do caso. WAMBAUGH, Eugene. *The Study of Cases: a course of instruction in reading, stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticizing and comparing authorities, and compiling digests*, 2 ed., Boston: Little, Brown and Company, 1894, p. 17; GOODHART, Arthur L., Determining the Ratio Decidendi of a Case. In: *Yale Law Journal*, v. XI, n. 2, dec. 1930, p. 161-183.

ferida em sede de controle de legalidade (*rectius*: juridicidade) do ato administrativo, inclusive por aplicação analógica do art. 27 da Lei 9.868/1999.<sup>35</sup>

Por fim, o quarto requisito é a inexistência de justificativa relevante e motivada para alteração do precedente. Não obstante o seu caráter vinculante, o precedente administrativo não pode acarretar o congelamento ou a imutabilidade absoluta do entendimento administrativo, especialmente pela necessidade de adequação da ação administrativa às transformações legislativas, sociais, econômicas, entre outros fatores. A alteração das circunstâncias fáticas pode ensejar mudanças de entendimento e interpretações evolutivas que justificam a inaplicabilidade ou a alteração, total ou parcial, do precedente, razão pela qual a vinculação ao precedente não pode ser uma barreira intransponível às inovações administrativas.

A motivação, nesse ponto, é essencial para evitar ou inibir arbitrariedades administrativas que coloquem em risco o princípio da igualdade. É por meio da motivação que será demonstrada a existência de diferenças substanciais entre os casos e a inaplicabilidade do precedente administrativo, bem como a necessidade de flexibilização ou a superação, total ou parcial, do precedente em virtude das alterações sociais, econômicas ou políticas.<sup>36</sup> A inaplicabilidade do precedente ao caso atual pode ocorrer, de forma motivada, em duas situações: a) *distinguishing*: quando o administrador demonstrar diferenças substanciais entre o caso atual e o precedente que justifiquem a adoção de solução jurídica diversa; e b) *overruling*: quando o administrador demonstrar, por exemplo, uma das seguintes justificativas: b.1) o precedente apresentou interpretação equivocada da legislação, b.2) as alterações econômicas, sociais ou políticas justificam nova orientação para o atendimento do interesse público, b.3) as consequências práticas oriundas do precedente se mostram contrárias ao interesse público; e b.4) a norma utilizada no precedente é ilegal ou inconstitucional.<sup>37</sup>

35 OLIVEIRA, Princípios do Direito Administrativo, 2. ed., São Paulo: Método, 2013, p. 151. A tese foi encampada pelo art. 53, § 3.º, da Lei 5.427/2009, ao tratar do processo administrativo no Estado do Rio de Janeiro, estabelece, de forma categórica, a possibilidade de modulação dos efeitos temporais da decisão proferida na autotutela administrativa.

36 ORTIZ DÍAZ, José. El precedente administrativo. *Revista de Administración Pública* (RAP), n. 24, Madrid, sep./dic. 1957, p. 110.

37 O próprio CPC/2015 inseriu expressamente a possibilidade do *distinguishing* e do *overruling*, ao afirmar, em seu art. 489, §1º, VI, que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou superação do entendimento. Raciocínio semelhante pode ser aplicado aos processos administrativos, na forma do art. 15 do CPC/2015. Ademais, o respeito ao precedente administrativo e a respectiva superação podem ser extraídas da viabilidade de novas interpretações administrativas (art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei 9.784/1999) e da necessidade de motivação por parte da autoridade administrativa que deixar de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão (art. 50, VII, da Lei 9.784/1999)

## 7) CONCLUSÕES

Em síntese, é possível concluir pela compatibilidade da teoria dos precedentes administrativos com o ordenamento jurídico brasileiro, notadamente a partir da necessidade de efetivação do dever de coerência no exercício da atividade administrativa.

Com o advento no CPC/2015 e a consagração da teoria adaptada dos precedentes judiciais, o estudo dos precedentes será intensificado no Brasil, inclusive no campo dos processos administrativos, cuja importância dos precedentes já poderia ser retirada da Lei do Processo Administrativo Federal.

O respeito aos precedentes administrativos e o dever de justificar a sua eventual inaplicabilidade são atitudes indispensáveis para a efetividade de princípios básicos do Estado Democrático de Direito, notadamente os princípios da igualdade, da segurança jurídica, da boa-fé e da proteção da confiança legítima. ❖

## BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (RE-DAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 14, p. 1-15, mai./jul. 2008.

BANKOSKI, Zenon; MacCORMICK, D. Neil; MARSHALL, G. Precedent in the United Kingdom. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (ed). *Interpreting precedents: a comparative study*, Aldershot: Dartmouth Publishing, 1997.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo Processo Civil brasileiro*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2016.

\_\_\_\_\_. *O novo Processo Civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Gustavo Marinho de. *Precedentes administrativos no Direito brasileiro*, São Paulo, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal*: comentários à Lei nº 9.784, de 29/1/1999, 24ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*, Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*, 4. ed., Oxford: Clarendon Press, 1991.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, 10. ed., Salvador: JusPodivm, 2015.

DÍEZ-PICAZO, Luis M<sup>a</sup>. La doctrina del precedente administrativo. In: *Revista de Administración Pública (RAP)*, Madrid, n. 98, may.-ago., 1982.

DÍEZ SASTRE, Silvia. *El precedente administrativo: fundamentos y eficacia vinculante*, Madrid: Marcial Pons, 2008.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008.

GOODHART, Arthur L., Determining the Ratio Decidendi of a Case. In: *Yale Law Journal*, v. XL, n. 2, dec. 1930.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Âmbito de validade da Lei de Processo Administrativo (Lei 9.784/1999) – para além da Administração Federal. *RDA*, 235, jan./mar., 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 10. ed., São Paulo: RT, 2014.

LOPES, Pedro Moniz. *Princípio da boa-fé e decisão administrativa*, Coimbra: Almedina, 2011.

LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Reflections and conclusions. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (ed). *Interpreting precedents: a comparative study*, Aldershot: Dartmouth Publishing, 1997.

MAIRAL, Héctor A. La doctrina de los actos propios y la Administración Pública, Buenos Aires: Depalma, 1994.

MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 259, p. 207-247, jan./abr. 2012.

MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*, Barueri: Manole, 2006.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*, 2ª. ed., São Paulo: RT, 2008.

MODESTO, Paulo. Legalidade e autovinculação da Administração Pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa. MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*, Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MOREIRA, Egon Bochmann. *Processo administrativo*, 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 234.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*, 8ª. ed., Salvador: JusPodivm, 2016.

NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo Administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada*, São Paulo: Atlas, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes no Direito Administrativo*, São Paulo: Método, 2018.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*, 5ª. ed., Rio de Janeiro: Método, 2017.

\_\_\_\_\_. *Princípios do Direito Administrativo*, 2ª ed., São Paulo: Método, 2013.

ORTIZ DÍAZ, José. El precedente administrativo. *Revista de Administración Pública (RAP)*, n. 24, Madrid, sep./dic. 1957.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra: Almedina, 2003.

PIELOW, Johann-Cristian. Integración Del ordenamiento jurídico: autovinculaciones de La Administración. In: MUÑOZ, Guillermo Andrés; SALOMONI, Jorge Luis. *Problemática de La administración contemporánea: una comparación europeo-argentina*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel; PÉREZ HUALDE, Alejandro et al. (Coords.). *Fuentes del Derecho Administrativo: tratados internacionales, contratos como regla de derecho, jurisprudência, doutrina y precedente administrativo*, Buenos Aires: RAP, 2010.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colom-

biano. In: *Revista de Derecho de la Universidad de Motevideo*, v. 10, n. 20, 2011.

SCHAUER, Frederick. Precedent. In: *Stanford Law Review*, v. 39, 1987.

SUNDFELD, Carlos Ari. Processo e procedimento administrativo no Brasil. In: *As Leis de Processo Administrativo* (Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98), São Paulo: Malheiros, 2006.

TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (ed). *Interpreting precedents: a comparative study*, Aldershot: Dartmouth Publishing, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WAMBAUGH, Eugene. *The Study of Cases: a course of instruction in reading, stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticizing and comparing authorities, and compiling digests*, 2 ed., Boston: Little, Brown and Company, 1894.

ZANDER, Michael. *The law-making process*, 7. ed., Oxford: Hart Publishing, 2015.

# Reclamação no Âmbito do CPC/2015 e sua Faceta de Controle da Observância de Precedentes Judiciais Vinculantes

**Guilherme Kronenberg Hartmann**

*Doutor e Mestre em Direito Processual (UERJ); Professor Adjunto de Direito Processual Civil (UFRJ e UNESA); Professor em sede de Pós-graduação (EMERJ, AMPERJ, FGV, UCAM); Ex-Coordenador do Escritório Modelo Cível da UERJ; Advogado.*

## INTRODUÇÃO

Com respaldo constitucional (arts. 102, I, “P”; 103-A, § 3º; 105, I, “f”, 111-A, § 3º, CRFB/1988), a reclamação passa a ter expressa previsão na nova lei processual codificada de 2015 (arts. 988/993, CPC), que promove a revogação dos dispositivos que a regulavam em lei especial (arts. 13/18, Lei nº 8.038/1990, revogados pelo art. 1.072, IV, CPC).

Em compasso com a evolução empreendida pela Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004, o legislador de 2015 aperfeiçoa a reformulação da reclamação, dilatando suas hipóteses de cabimento, máxime para asseverá-la como um importante instrumento do sistema de precedentes judiciais, por servir ao objetivo de enaltecimento da uniformidade da jurisprudência (diretriz do art. 926, CPC),<sup>1</sup> a partir do controle do desrespeito ao respectivo paradigma – em apreço à função nomofilática<sup>2</sup>

<sup>1</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (coord.). *Novo código de processo civil: anotado e comparado*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 591.

<sup>2</sup> Na jurisprudência, o termo foi utilizado no voto-vista proferido pelo ministro Teori Albino Zavascki em que consignou que o STF e o STJ “têm entre as suas principais finalidades a de uniformização da jurisprudência, bem como a função, que se poderia denominar nomofilática – entendida a nomofilaquia no sentido que lhe atribuiu Calamandrei, destinada a aclarar e integrar o sistema normativo, propiciando-lhe uma aplicação uniforme –, funções essas com finalidades que se entrelaçam e se iluminam reciprocamente” (Calamandrei, Piero. *La casación civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos

dos tribunais de zelar pela uniformização da interpretação e aplicação do Direito.

O presente estudo tem o intuito de realizar uma análise geral e contemporânea deste instituto processual, como previsto no CPC/2015, com atenção às balizas doutrinárias e jurisprudenciais que antecederam a modificação legislativa. Cabe frisar que não é objetivo deste texto investigar o cabimento da reclamação além dessas hipóteses legais, isentando-se, assim, do exame do peculiar alargamento de sua utilização para eliminar divergência entre as decisões do STJ e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Estaduais.<sup>3</sup>

## 1. NATUREZA JURÍDICA.

A reclamação constitui instrumento que atua em manutenção do sistema hierárquico judicial, culminando em eliminar cenários de insegurança jurídica, conforme suas estritas hipóteses de cabimento. Cuida-se, em vista disso, de garantia constitucional processual, de caráter explícito ou mesmo implícito.<sup>4</sup>

---

Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945. t. II. p. 104) e que têm como pressuposto lógico inafastável a força expansiva *ultra partes* dos seus precedentes” (STF – Rel 4.335/AC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20/03/2014).

3 Como admitiu a Corte Suprema em julgado de sua lavra (STF – RE 571.572 ED/BA, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 26/08/2009), delineando a viabilidade de harmonização da interpretação da lei federal mediante o uso da reclamação ao STJ contra decisão de Turma Recursal de Juizados Especiais Estaduais (ampliação do art. 105, I, “P”, CRFB), tendo em vista o descabimento de recurso especial na hipótese (art. 105, III, CRFB c/c verbete sumular n° 203, STJ), somada à inexistência de um órgão uniformizador de jurisprudência na esfera do referido microsistema – diversamente do que ocorre no âmbito federal (art. 14, Lei n° 10.259/2001) e fazendário (art. 18/19, Lei n° 12.153/2009). Tal decisão levou o STJ a editar a Resolução n° 12, de 14/12/2009, disciplinando o respectivo cabimento da reclamação à Corte Superior. Anos depois, tal ato normativo foi revogado pela Emenda Regimental n° 22, STJ, de 12/03/2016; experimentando a hipótese novos contornos perante a edição da Resolução n° 3, STJ/GP, de 07/04/2016, que impôs aos Tribunais de Justiça “a competência para processar e julgar as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do STJ, consolidada em incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, em julgamento de recurso especial repetitivo e em enunciados das Súmulas do STJ, bem como para garantir a observância de precedentes” (art. 1°). O sentido foi transferir ao tribunal inferior a atuação de zelar/controlar a observância destes precedentes do STJ, aliviando a carga de trabalho do tribunal superior, uma vez reconhecido o volumoso fluxo de reclamações envolvendo Juizados Especiais – e em consideração, ainda, aos arts. 927, III e IV; e 988/993, CPC. Em contrariedade à medida, vale mencionar, foi suscitado conflito de competência ao STF no âmbito fluminense (TJ-RJ – 0027643-69.2016.8.19.0000, Seção Cível do Consumidor, j. 14/07/2016), que restou inadmitido, pelo fato da existência de hierarquia jurisdicional entre STJ e TJ, pelo primeiro revelar-se como instância de superposição quanto ao segundo (STF – CC 7.988/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 20/06/2017), tendo sido determinada a baixa definitiva em 18/08/2017.

4 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 530, apontam a relação da reclamação constitucional com a teoria dos poderes implícitos, no sentido de que “todos os tribunais teriam a reclamação à disposição para o resguardo de sua competência e a preservação da autoridade de suas decisões”; e de que tais “poderes implícitos” são “necessários ao exercício de seus poderes explícitos”. De toda sorte, a controvérsia sobre a exigência de reserva legal para o cabimento da reclamação para qualquer tribunal foi dissipada pelo legislador de 2015 (art. 988, parágrafo 1°, CPC), não havendo mais que se cogitar de competência implícita *in casu*.

Tendo clara natureza jurisdicional,<sup>5</sup> é retratada preponderantemente<sup>6</sup> como uma ação autônoma de conhecimento,<sup>7</sup> de competência originária de tribunal. Corroboram o raciocínio o fato de a reclamação depender de provocação da parte ou do Ministério Público (art. 988, *caput*, CPC), formando uma nova relação processual em que será determinada a “citação” do beneficiário da decisão impugnada para se defender (art. 989, III, CPC),<sup>8</sup> prosseguindo-se o feito até o provimento final que está apto a fazer coisa julgada.

Diferencie-se que o instrumento ora analisado não constitui mero incidente processual, pois, como afirmado, guarda autonomia, além do que não depende necessariamente de um processo judicial em curso (*n.g.* cabimento em face do desrespeito por ato administrativo de súmula vinculante, conforme art. 103-A, § 3º, CRFB).

5 Nesse sentido: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo* – processo de conhecimento, cautelar, execução e procedimentos especiais. 3 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016, p. 846. Segundo o autor, a natureza jurisdicional da reclamação torna-a inconfundível com o instituto da *reclamação correicional* ou *correição parcial*, sendo esta última medida administrativa/disciplinar, com o objetivo de coibir a atividade tumultuária do juiz não sujeita a ataque recursal (*n.g.* art. 219, Código de Organização e Divisão Judiciária do Estado do Rio de Janeiro – CODJER): “São suscetíveis de correção, mediante reclamação da parte ou de órgão do Ministério Público, as omissões do juiz e os despachos irrecorribéis por ele proferidos, que importem em inversão da ordem legal do processo ou resultem de erro de ofício ou abuso de poder”. Nesse sentido: STJ – AgRg no AgRg no REsp 1.038.446/RJ, 1ª Turma, j. 20/05/2010.

6 Averigua-se intensa controvérsia sobre a definição da natureza jurídica da reclamação, como apurado na ementa do seguinte julgado de décadas atrás: “[...] A reclamação, qualquer que seja a qualificação que se lhe dê - Ação (Pontes de Miranda, ‘Comentários ao Código de Processo Civil’, tomo V/384, Forense), recurso ou sucedâneo recursal (Moacyr Amaral Santos, RTJ 56/546-548; Alcides de Mendonça Lima, ‘O Poder Judiciário e a Nova Constituição’, p. 80, 1989, Aide), remédio *incommum* (Orozimbo Nonato, *apud* Cordeiro de Mello, ‘O processo no Supremo Tribunal Federal’, vol. 1/280), incidente processual (Moniz de Aragão, ‘A Correição Parcial’, p. 110, 1969), medida de Direito Processual Constitucional (Jose Frederico Marques, ‘Manual de Direito Processual Civil’, vol 3., 2. parte, p. 199, item n. 653, 9. ed., 1987, Saraiva) ou medida processual de caráter excepcional (Min. Djaci Falcao, RTJ 112/518-522) - configura, modernamente, instrumento de extração constitucional, inobstante a origem pretoriana de sua criação (RTJ 112/504), destinado a viabilizar, na concretização de sua dupla função de ordem político-jurídica, a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do STF (CF, art. 102, I, ‘f’) e do STJ (CF, art. 105, I, ‘f’). [...]” (STF - Rcl 336/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 19/12/1990). Em julgado posterior, a Corte Suprema balizou a reclamação como manifestação do *direito de petição* (art. 5º, XXXIV, “a”, CRFB), verdadeira garantia política, permitindo a sua aplicação no âmbito dos Estados-membros (STF - ADI 2.212/CE, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 02/10/2003).

7 Na narrativa de atribuição da natureza de ação propriamente dita à reclamação, já que por meio dela se tem “a provocação da jurisdição e a formulação de pedido de tutela jurisdicional, além de conter em seu bojo uma lide a ser solvida, decorrente do conflito entre aqueles que persistem na invasão de competência ou no desrespeito das decisões do Tribunal e, por outro lado, aqueles que pretendem ver preservadas a competência e eficácia das decisões exaradas pela Corte”: MEIRELES, Hely Lopes; Wald, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 37 ed., ren., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 845. Expressando-a como ação autônoma de impugnação de ato judicial, de natureza constitucional: LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação constitucional*. São Paulo: RT, 2011, p. 171; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 533.

8 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (coord.). *Novo código de processo civil: anotado e comparado*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 592. Comparativamente, apura-se remoto julgado em que o STJ entendeu a reclamação como um incidente processual, tendo como um dos argumentos justamente “a inexistência de citação do reclamado para se defender” (STJ – Rcl 502/GO, 1ª Seção, Rel. Adhemar Maciel, j. 14/10/1998), inclusive diante do silêncio da normatividade então em vigor (Lei nº 8.038/1990).

A reclamação também se distancia da natureza de recurso, já que está fora tanto do respectivo rol legal (art. 994, CPC) como da competência recursal do STF e STJ (estando alocada na competência originária desses tribunais, conforme arts. 102, I; e 105, I, CRFB). Aliás, seu objeto não é propriamente a reforma/invalidação da decisão, mas sim, especificamente, fazer resguardar a competência, cumprir uma decisão ou resguardar o sistema de precedentes judiciais. Além disso, a reclamação não se sujeita tecnicamente a prazo preclusivo (com a ressalva, no mais das vezes, do trânsito em julgado da respectiva decisão contra a qual se pretende insurgir); nem depende de gravame/sucumbência, o que amolda um peculiar interesse de agir, já que mesmo o vencedor na atinente decisão poderá ter interesse em dela se valer como via impugnativa (*v.g.* para fazer cumprir uma decisão).

## 2. RELAÇÃO DA RECLAMAÇÃO COM AS DEMAIS VIAS IMPUGNATIVAS

Quando cabível, a reclamação se apresenta como um remédio procedimental mais expedito do que o aparato recursal, não só por ser apresentada diretamente ao tocante órgão de destinação, mas também por dispensar atenção aos requisitos de admissibilidade dos recursos, sobretudo daqueles tidos como “excepcionais” (*v.g.* inexistente prequestionamento).

Interessa frisar que nada impede que o mesmo vício apto a ser tratado na via da reclamação seja impugnado através da interposição de recurso próprio, respeitados os requisitos deste, numa espécie de *dupla via de controle* disponibilizada ao interessado (*v.g.* art. 988, § 6º, CPC; art. 7º, *in fine*, Lei nº 11.417/2006), uma vez que tais técnicas adotam fundamentos diversos.

Avante disso, caso a decisão viciada transite em julgado já não mais será cabível a reclamação, justamente pela inadequação deste instrumento como sucedâneo da ação rescisória (art. 988, § 5º, I, CPC c/c verbete sumular nº 734, STF: “Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega que tenha desrespeitado decisão do STF”),<sup>9</sup> mantendo hígida a garantia constitucional da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CRFB). Após o trânsito em julgado, estará erguida a possibilidade de impugnação mediante ação rescisória, possivelmente quanto ao mesmo vício que poderia ter sido tratado antes em sede reclamacional,

<sup>9</sup> Vale dizer que tal vedação inexistente quando se busque fazer valer a autoridade/cumprimento do julgado imutável. Afinal, neste caso a reclamação servirá não para modificar a decisão, mas para fazê-la cumprida.

desde que configurado um dos fundamentos de rescindibilidade compatíveis à hipótese (*v.g.* art. 966, II; e V, § 5º, CPC), o que compõe, pode-se dizer então, uma *tripla via de controle* ofertada ao interessado.

Dentro do que foi afirmado e nas vertentes hipóteses de cabimento, o interessado deverá se valer da reclamação *antes do trânsito em julgado da decisão*. Dado isso, exsurge a questão sobre se a reclamação *deve ser utilizada conjuntamente* com a interposição do respectivo recurso, como reconhece a legislação indiretamente (art. 988, § 6º, CPC), valendo-se o interessado das duas vias, sob a lógica de que o efeito obstativo da coisa julgada apenas decorre dos recursos, e não da reclamação.<sup>10</sup>

Em sentido diverso, cabe entender que a apresentação (desacompanhada) da reclamação tem o condão de impedir o trânsito em julgado,<sup>11</sup> o que soa razoável numa lógica de eficiência jurisdicional (art. 8º, CPC), ao evitar a duplicidade de energia processual a ser despendida.<sup>12</sup> Nesse último norte, vislumbra-se a possibilidade de que a reclamação provoque a suspensão do processo questionado (e, assim, do respectivo prazo recursal), nos termos legais (art. 989, II, CPC). A própria legislação reconhece que a reclamação pode ter êxito independentemente do resultado negativo prévio do recurso (art. 988, § 6º, CPC), o que faz concluir de forma segura tratar-se de instrumentos autônomos, sendo possível a utilização isolada dessas vias impugnativas, como aqui se defende.

Não obstante tal controvérsia, à qual o legislador não deu uma resposta satisfatória, deve-se pormenorizar que, quando utilizada a dupla via impugnativa de forma concomitante, a “inadmissibilidade” ou o “desprovimento” do recurso não prejudica a reclamação, já que mantida a decisão proferida pelo órgão reclamado, em preservação do interesse de agir da

10 Com tal entendimento, OLIVEIRA, Pedro Miranda. In: *Comentários ao novo código de processo civil* / coordenação Antonio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. 2 ed, rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.482, discorre que “a reclamação, por não ter natureza de recurso, não tem efeito obstativo e, por conseguinte, seu ajuizamento não tem o condão de evitar a formação da coisa julgada. A conclusão é que a reclamação deverá ser utilizada como medida paralela à interposição do recurso cabível e jamais como único meio de impugnação, sob pena de falta de interesse diante da perda do objeto”.

11 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 539. Reconhecendo a possibilidade de o interessado se valer unicamente da reclamação, os autores relatam que “ajuizada a tempo a reclamação, o superveniente trânsito em julgado não a torna incabível, pois, nessa hipótese, não se está a utilizá-la como sucedâneo de ação rescisória”.

12 Note-se que o nosso sistema processual não é afeto à duplicidade simultânea de vias impugnativas de decisões jurisdicionais, como se extrai, analogicamente, na negativa de utilização concomitante de mandado de segurança e recurso (art. 5º, II, Lei nº 12.016/2009 e/c verbete sumular nº 267, STF: “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”).

referida ação (art. 988, § 6º, CPC). Ocorre que tal dispositivo não traz literalidade cabal, afinal silencia sobre o caso de “provimento” do recurso, em que corrigida a decisão atacada via reclamação, tornando esta prejudicada pela perda de objeto. Também não cogita a norma, embora seja patente, de que julgada procedente a reclamação, ter-se-á prejudicado o recurso interposto então pendente com o mesmo propósito (em aplicação dos arts. 992/993, CPC).

Outro ponto que merece reflexão é quanto à possibilidade de que a parte se valha da reclamação mesmo tendo à disposição recurso previsto em lei, ou seja, sobre a *necessidade de esgotamento da esfera recursal como requisito à reclamação*, mormente quando a decisão prolatada for de primeira instância,<sup>13</sup> o que poderia servir para impedir a concomitância dessas vias processuais. Cuida-se do molde preconizado pelo art. 988, § 5º, II, CPC, notadamente para apoucar o quantitativo de reclamações no âmbito dos tribunais superiores nas hipóteses ali previstas, bem ao estilo da chamada jurisprudência defensiva, que pulsou nesta alteração promovida pela Lei nº 13.256/2016.

Todavia, alcança-se que a fixação de impeditivos à ação de reclamação devidamente ajustada às estritas hipóteses legais de cabimento debilita o próprio instituto processual e os fins repaginados de sua criação (*v.g.* servir de mecanismo de controle da aplicabilidade de decisões e súmulas vinculantes). O receio de sobrecarregar os órgãos de destinação da reclamação não sustenta a criação de obstáculos ao referido monitoramento, soando inclusive incoerente quando destacado que o sistema de precedentes judiciais visa propriamente a evitar a multiplicação de recursos cujo destino seriam os mesmos tribunais. Pode-se vaticinar que o número de reclamações ajuizadas tende a diminuir ao passo da melhor e maior assimilação pelos órgãos inferiores da necessidade de seguir os precedentes judiciais tidos como vinculantes. O ponto final da cadeia (existência e manuseio dessa técnica de controle da observância do precedente) é vital para o desenvolvimento do concernente ponto preliminar (escorreita aplicação do precedente pelos órgãos a ele subordinados).

---

13 Serve como exemplo o seguinte julgado: “[...] 2. Hipótese em que o reclamante insurgiu-se contra sentença que julgou extinta, sem resolução do mérito, a execução de honorários advocatícios, nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC/1973. A reclamação não é sucedânea do recurso, sendo incabível quando apresentada em fase processual onde existe decisão sujeita a recurso específico, *in casu*, a apelação. [...]” (STJ – AgRg na Rcl 2.136/SC, 1ª Seção, Rel. Min. José Delgado, j. 08/11/2006).

### 3. OBJETO

O desiderato da reclamação é taxativo, tocando respeito à moldura normativa, inclusive para impedir sua generalização como um substituto recursal. O respectivo cabimento relaciona-se ao interesse de agir, sob a modalidade adequação, consistindo no exame de se o fato descrito está enquadrado numa das hipóteses tipificadas como autorizadoras do manejo da reclamação – o que deve ser verificado em estado de asserção, conforme as alegações autorais da petição inicial.<sup>14</sup>

O alargamento das hipóteses de reclamação ditado pelo CPC/2015 (especificamente o art. 988, IV, CPC), firmando “qualquer tribunal” como competente para seu julgamento (art. 988, parágrafo 1º, CPC), concebe um panorama em que o cabimento desse mecanismo vai além da previsão constitucional da competência originária dos tribunais superiores. Assim sendo, optou-se neste trabalho por evitar o termo “reclamação constitucional”, que foi cunhado no sistema anterior não só pela normatividade de regência, mas justamente para diferenciar tal instituto processual das demais hipóteses de reclamação (*v.g.* reclamação trabalhista, conforme art. 783, CLT, dentre outros).<sup>15</sup>

#### 3.1. Preservação da competência do tribunal (art. 988, I, CPC).

Um dos motores da reclamação é a adversidade relacionada à usuração de competência – cuja hipótese está fora do recorte cognitivo indicado no título deste trabalho, sendo ora abordada de forma sintetizada.

Atua a reclamação, neste sentido, para preservar a competência daquele tribunal hierarquicamente superior, que teve sua esfera de atuação invadida<sup>16</sup> por órgão jurisdicional inferior (art. 988, I, CPC).<sup>17</sup> Em essência, está a reverenciar o princípio do juiz natural,<sup>18</sup> como um meio para que seja

14 LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação constitucional*. São Paulo: RT, 2011, p. 250.

15 KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Os contornos jurídicos da reclamação após o advento da lei nº 13.256/2016. In: *Estudos de direito processual à luz da constituição federal*. Erechim: Deviant, 2017, p. 260.

16 MORATO, Leonardo Lins. *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*. São Paulo: RT, 2007, p. 275-276.

17 Cabe esclarecer que “não serve a reclamação como meio de eliminar conflito de competência de juízos inferiores, nem de resguardar a competência de juízo de primeira instância, estabelecida pela prevenção, ou burlada por indevida distribuição por dependência” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 541).

18 O mandamento constitucional oriundo do juiz natural é de que os processos devem tramitar perante juízos com competência preestabelecida (art. 5º, LIII, CRFB), em manifestação do devido processo legal, de modo que as partes não possam livremente escolher o órgão jurisdicional de sua preferência (por todos: NERY Jr., Nelson. *Princípios do processo civil*

provocada a cassação da decisão usurpadora reclamada, com a avocação dos autos.

Vários exemplos de cabimento da reclamação podem ser listados: (i) presidente ou vice-presidente de tribunal local que analise o mérito de recurso extraordinário ou especial não repetitivo, afinal lhe toca apenas a verificação dos pressupostos recursais (ofensa ao art. 1.034, CPC); (ii) concessão de efeito suspensivo ao recurso excepcional pelo magistrado de piso após a admissão deste na instância de origem (afronta ao art. 1.029, § 5º, I, CPC);<sup>19</sup> (iii) rejeição do agravo em recurso especial pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de origem, obstando a remessa deste recurso ao tribunal superior (desrespeito ao art. 1.042, § 4º, CPC);<sup>20</sup> (iv) inadmissão do recurso de apelação pelo juízo sentenciante (violação ao art. 1.010, § 3º, CPC);<sup>21</sup> (v) suspensão da execução de sentença transitada em julgado pelo juiz de primeiro grau, em razão de ação rescisória ajuizada, usurpando a competência do tribunal local (infração ao art. 969, CPC).

### 3.2. Garantir a autoridade das decisões proferidas pelo tribunal (art. 988, II, CPC).

Tal objeto tem o sentido de remediar o problema da desobediência, em reconhecimento, por pressuposto, da hierarquia jurisdicional (o que, aliás, emana do art. 927, CPC). A reclamação será cabível se desrespeitado decisório com caráter impositivo já prolatado no feito, oriundo de órgão de maior hierarquia, a propósito da mesma relação jurídica material subjetiva (*v.g.* desrespeito por juiz de primeira instância àquilo decidido no acórdão de tribunal superior que operou o efeito substitutivo dos recursos, nos termos do art. 1.008, CPC).

---

*na constituição federal.* 7 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 67-69). Juiz natural é aquele previsto abstratamente, e não para o caso concreto, simbolizando a aspiração de impessoalidade da jurisdição, bem como de segurança jurídica. Já se afirmou que a “a garantia do juiz natural funciona como uma regra de direito intertemporal, atuando em proveito da segurança jurídica, já que “estatui, indiretamente, também, a irretroatividade das normas sobre competência. Daí ser necessário que o órgão jurisdicional prexista à propositura da demanda e que as normas de competência permitam determinar qual juízo deverá processar e julgar a causa, mantendo-se com tal competência até o final do processo” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Jurisdição e competência.* 2 ed, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2013, p. 66).

19 STJ – Rel 33.156/MA, 2ª Seção, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 22/03/2017.

20 Cuida-se do sentido do verbete sumular nº 727, STF (ainda expressando “agravo de instrumento”, que era o recurso correlato à época da edição do enunciado): “Não pode o magistrado deixar de encaminhar ao STF o agravo de instrumento interposto da decisão que não admite recurso extraordinário, ainda que referente a causa instaurada no âmbito dos julgados especiais”.

21 Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC, enunciado nº 207: “(arts. 988, I, 1.010, § 3º, 1.027, II, ‘b’) Cabe reclamação, por usurpação da competência do tribunal de justiça ou tribunal regional federal, contra a decisão de juiz de 1º grau que inadmitir recurso de apelação”.

Para mais, entre os casos de cabimento da reclamação para garantir a autoridade das decisões, apuram-se hipóteses específicas relacionadas ao *sistema de precedentes judiciais*,<sup>22</sup> designadamente quanto à observância de *decisão ou verbete sumular de caráter vinculante* (art. 988, III e IV, e § 5º, II, CPC, com interligação ao art. 927, I, II e III, CPC).

A temática dos precedentes judiciais e da uniformização de jurisprudência encontra relevo no CPC/2015, inclusive com a previsão de disposições próprias de caráter geral (arts. 926/928, CPC).<sup>23</sup> A formação, estabilização e a correlata obediência aos precedentes prestam-se a dissipar ou minimizar as possibilidades de controvérsia sobre questão de direito, encontrando racionalidade na medida da universalização para todos os casos análogos daquilo que restou preconizado.<sup>24</sup> Nesse escopo, como vetores de formação de precedentes judiciais, atuam os mecanismos do incidente de assunção de competência – IAC (art. 947, CPC), do incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR (arts. 976/987, CPC), bem como do julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos (arts. 1.036/1.041, CPC) – sendo importante destacar que essas duas últimas técnicas processuais são direcionadas à solução de casos repetitivos (espécies de litígios agregados) pela própria regulação legal (art. 928, CPC), representando uma solução para o problema de questões de direito reproduzidas em massa.<sup>25</sup>

A afronta aos respeitantes precedentes formados – na aplicação indevida da tese jurídica ou sua não aplicação aos casos que a ela corres-

---

22 Nesse sentido, CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 486; como também LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação constitucional*. São Paulo: RT, 2011, p. 306-308, em comentários à versão anterior do então projeto de alteração do código de processo civil.

23 Sobre o tema, dentre outros: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: RT, 2004; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010; ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais* – racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012; CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais* – teoria e dinâmica. Forense: Rio de Janeiro, 2016.

24 A Exposição de Motivos do CPC/2015 enuncia acompanhar a direção manifestada pelo ordenamento jurídico na criação dos verbetes sumulares vinculantes do STF (EC nº 45/2004) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (Leis nº 11.418/2006 e 11.672/2008, em alteração do CPC/1973), tencionando “criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize”. Em outra passagem, descreve que “proporcionar legislativamente melhores condições para operacionalizar formas de uniformização do entendimento dos Tribunais brasileiros acerca de teses jurídicas é concretizar, na vida da sociedade brasileira, o princípio constitucional da isonomia”. Disponível em: < <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojecto.pdf> >. Acesso em: 03 agosto 2017.

25 Em explicação da tendência de coletivização do processo, tema afeto às ferramentas descritas, tendo em vista o reconhecimento da inaptidão do processo civil clássico em recepcionar conflitos em número expressivo: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. São Paulo: RT, 2009, p. 379-380.

pondam (art. 988, § 4º, CPC)<sup>26</sup> – torna não só viável, mas absolutamente necessário ao sistema prever o controle via reclamação.<sup>27</sup>

Interessa notar, no entanto, que o desrespeito aos precedentes jurisdicionais previstos no art. 927, IV e V, CPC, não comportam reclamação (fora do art. 988, CPC), sujeitando-se, porém, ao controle recursal. Tal constatação sugere que o legislador tenha trabalhado com “graus de vinculação”, tornando factível a existência de precedentes que possam ter proteção mais ampla do que outros.<sup>28</sup>

### 3.2.1. Decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade (art. 988, III, CPC).

Cabe reclamação para garantir a observância de decisões provisórias<sup>29</sup> ou definitivas proferidas em controle concentrado de constitucionalidade,<sup>30</sup> tendo estas, sabidamente, eficácia vinculante, conforme conjunto normativo aplicável (art. 102, § 2º, CRFB c/c art. 11, § 1º, lei nº 9.868/1999 c/c arts. 927, I, e 988, III, CPC), tanto ao Poder judiciário quanto à Administração Pública.<sup>31</sup>

26 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 487, relata que a inobservância pode se dar pela prolação de decisão contrária ao precedente, pela negativa de vigência do precedente, ou pela inadequada aplicação. BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 692, destaca o necessário diálogo deste dispositivo com o art. 489, § 1º, V e VI, CPC, relacionado ao dever de fundamentação quanto à aplicação ou não do precedente judicial no caso concreto (vide art. 927, § 1º, CPC).

27 MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 99, expõe quanto ao sistema de pronunciamentos vinculativos no contexto do CPC/2015 que “além da coesão do tribunal, busca-se a adesão dos órgãos vinculados, pois a manutenção de entendimento divergente somente iria protrair a duração dos processos, com a necessidade de interposição de recursos, para que se possa efetivar no caso concreto o pensamento já dominante em instância superior”.

28 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previstos no novo CPC*. Revista de Processo, n. 259. São Paulo: RT, 2016 (versão digital) discorrem sobre a carência de perfeita homogeneidade entre os mecanismos do sistema de precedentes judiciais, chegando a expressar que uma forma de trabalhar a disparidade seria compreender como exemplificativo o rol do art. 988, CPC, de modo a abarcar, ainda que implicitamente, todas as hipóteses do universo de precedentes (em especial, o art. 927, IV e V, CPC).

29 Em visualização: “Reclamação. 2. Desrespeito à decisão proferida, em sede de cautelar, na Ação Direta de Inconstitucionalidade no 2.188. 3. Contribuição previdenciária sobre proventos de aposentadoria e pensão. 4. Repristinação de norma anterior que previa a contribuição previdenciária de servidores inativos e pensionistas, em virtude de suspensão de disposições de lei nova sobre a mesma matéria. Inadmissibilidade. 5. Construção desenvolvida pelo Estado do Rio de Janeiro, que pretende obter, com a aplicação de lei pré-constitucional, desiderato que a Corte considera não ser admissível com base em lei pós-constitucional. 6. Reclamação julgada procedente” (STF – Rel 1.652/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 28/04/2003).

30 Sob o prisma do número de órgãos a realizar o controle de constitucionalidade por via direta, centraliza-se o poder de fiscalização no STF, com exclusão de qualquer outro – com a ressalva da competência dos tribunais estaduais, em diversa relação objeto/parâmetro (art. 125, § 2º, CRFB) –, donde advém seu enquadramento como um *controle concentrado*. Seu sentido é buscar a fiscalização da compatibilidade entre os textos legislativo e constitucional como questão principal (*principaliter*) do processo. Nesta via, quer-se apenas obter um pronunciamento acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da própria legislação, se deve ou não permanecer no sistema positivo (objeto). Sobre o tema, por todos: BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

31 Interessa notar que uma decisão em controle direto de constitucionalidade não vincula o legislador, que poderá reproduzir norma de conteúdo idêntico àquela anteriormente declarada inconstitucional (STF – ADI 3.345DF, Tribunal Pleno,

A reclamação constitui importante mecanismo de tutela da ordem constitucional, afirmando-se precisa a afirmação de que é no seu âmbito que surgirá com maior naturalidade e de forma mais recorrente a oportunidade de reapreciação e redefinição, verdadeira oxigenação, das decisões tomadas pela Corte Suprema, seja quanto ao conteúdo ou alcance, em sede de controle abstrato de normas (como também do processo de revisão de súmulas vinculantes).<sup>32</sup>

Cabe registrar, ainda, que o CPC/2015 não expressou o cabimento de reclamação contra decisão que desrespeite um precedente do tribunal inferior firmado em representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais face à Constituição Estadual (art. 125, § 2º, CRFB), observada a compatibilidade vertical com o entendimento da Corte Suprema. Tratando-se de paralela hipótese de controle concentrado e objetivo de constitucionalidade, a reclamação deve ser compreendida como decorrência implícita da referida competência constitucional, sendo, pois, cabível – inclusive por inexistir entrave quanto ao seu processamento e julgamento pelo respectivo tribunal inferior (art. 988, § 1º, CPC).

### 3.2.2. Enunciado de súmula vinculante (art. 988, III, CPC).

Outra hipótese de cabimento da reclamação se dá no desrespeito<sup>33</sup> a enunciado de verbete sumular vinculante, inclusive com previsão constitucional que torna desnecessária a repetição legislativa (art. 103-A, § 3º, CRFB, incluído pela EC nº 45/2004). Estamos a tratar de mecanismo criado para valorizar a jurisprudência da Corte Suprema, compatibilizando-a verticalmente e de forma obrigatória nas esferas jurisdicional (art. 927, II, CPC) e administrativa,<sup>34</sup> mas não na legislativa.

---

Rel. Min. Celso de Mello, j. 25/08/2005). Se o legislador assim o fizer, descaberá cogitar de ajuizamento de reclamação, e sim de nova ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, “a”, CRFB).

32 MEIRELES, Hely Lopes; Wald, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 37 ed., ren., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 887, explicitam que “é no juízo hermenêutico típico da reclamação – no “balançar de olhos” entre objeto e parâmetro da reclamação – que surgirá com maior nitidez a oportunidade para a evolução interpretativa de constitucionalidade. Tal sentido e expressão constaram no seguinte julgado: **STF – Rel 4.374/PE, Tribunal Pleno, Rel. Gilmar Mendes, j. 18/04/2013**.

33 “A contrariedade e desrespeito podem ocorrer tanto quando a súmula é aplicada em caso inaplicável ou quando não é utilizada quando o deveria ser, bem como quando há distorção ou extravasamento na sua aplicação” (SILVA, Bruno Freire e. O desrespeito à súmula vinculante e a reclamação constitucional. In: *Os poderes do juiz e o controle das decisões jurisdicionais / coord. José Miguel García Medina et AL*. São Paulo: RT, 2008, p. 1.162).

34 Certo é que a Administração Pública deverá atuar de forma contributiva para o desiderato de seguir o entendimento pretoriano enquadrado como vinculante: “A despeito da importância da reclamação na hipótese, a verdade é que o mecanismo pressupõe a observância espontânea das súmulas na generalidade dos casos. Sem isso, o STF, logo se veria soterra-

Para o cabimento da reclamação, exige-se que tenha ocorrido desobediência ao verbete obrigatório *já existente*; assim, não caberá tal sucedâneo recursal se tal precedente sumular somente foi editado após a decisão prolatada.<sup>35</sup> Após a edição deste precedente, aquele que se vir prejudicado por decisão jurisdicional que viole súmula vinculante também terá a via recursal para o mecanismo de impugnação (art. 7º, *in fine*, lei nº 11.417/2006), muito embora o procedimento direto da reclamação seja sobremaneira mais rápido e eficaz.

Havendo desrespeito à súmula vinculante por *ato/omissão administrativa*, a legislação de regência exige o esgotamento das vias administrativas (art. 7º, § 1º, Lei nº 11.417/2006), em restrição ao cabimento *per saltum* da reclamação e, por decorrência, ao próprio Judiciário.<sup>36</sup> Aliás, na interposição de recurso administrativo, resta obrigatória à administração pública a conduta extrajudicial de identificar as razões da aplicabilidade/inaplicabilidade do verbete sumular vinculante (arts. 56, § 3º e 64-A, Lei nº 9.784/1999, incluídos pela lei nº 11.417/2006), o que acaba por facilitar/discriminar o teor das informações de uma futura reclamação.

Frise-se que a nova lei processual manda os juízes e tribunais observarem enunciados dos (demais) verbetes sumulares do STF em matéria constitucional, bem como daqueles do STJ em matéria infraconstitucional

---

do sob um novo tipo de avalanche, agora composta por milhares de reclamações” (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 110). Num plano mais aberto, igualmente perspicaz: “De qualquer sorte, tem-se, aqui, a clara convicção de que a Administração Pública contribui, decisivamente, para o incremento das demandas judiciais de caráter homogêneo. Daí situar-se na seara da Administração Pública o grande desafio na implementação do efeito vinculante em toda a sua amplitude” (MEIRELES, Hely Lopes; Wald, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 37 ed., ren., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 872).

35 “1. O cabimento de reclamação, nos termos art. 103-A, § 3º, da CR, pressupõe a existência de súmula vinculante anterior ao ato administrativo impugnado” (STF – Rel 11.667 AgR/RS, Tribunal Pleno, j. 30/06/2011); “1. **A reclamação é incabível por alegação de afronta à autoridade de decisão ou de súmula vinculante do STF proferida ou editada posteriormente ao ato reclamado. 2. In casu, o ato apontado como reclamado reafirmou a competência da justiça comum estadual para o julgamento da ação de reparação de danos decorrente de acidente de trabalho, em decisão proferida e acobertada pelo trânsito em julgado em momento anterior à da edição da Súmula Vinculante**” (STF – Rel 18.920 AgR/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 24/02/2015).

36 A jurisprudência trata o tema como condição de procedibilidade da reclamação na hipótese (STF – Rel 22.286 AgR/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 16/02/2016). Suavizando a exigência legal, DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil* o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 549, entendem que “caberá ao reclamante expor o motivo pelo qual não se foi possível esperar a decisão administrativa, demonstrando a utilidade e a necessidade da imediata intervenção do STF para corrigir o ato administrativo que contrariou o enunciado da súmula vinculante”. No entanto, quando tolhida a solução pelo recurso administrativo, ou simplesmente se retardada a solução do mesmo, impedindo que se esgote formalmente o contencioso administrativo, a solução impugnativa regular que se apresenta é a impetração de mandado de segurança, na via judicial, para hostilizar o ato omissivo da autoridade administrativa, com o objeto de obrigar a autoridade recalitrante a concluir o procedimento administrativo, em exegese que se compatibiliza com a vedação legal de reclamação (art. 7º, § 1º, Lei nº 11.417/2006), como observa KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Os contornos jurídicos da reclamação após o advento da lei nº 13.256/2016. In: *Estudos de direito processual à luz da constituição federal*. Erechim: Deviant, 2017, p. 268.

(art. 927, III, CPC), muito embora a eventual violação não possibilite o ajuizamento de reclamação pelo interessado (art. 988, CPC), o que, assim, potencializa a utilização do recurso excepcional na hipótese.

### 3.2.3. Acórdão proferido em incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) ou de incidente de assunção de competência (IAC) (art. 988, IV, CPC)

O IAC e o IRDR atuam como vetores de formação de precedentes judiciais vinculantes, encontrando utilidade para dissipar ou minimizar as possibilidades de controvérsia sobre questão de direito, de direito material ou processual (art. 928, parágrafo único, CPC),<sup>37</sup> a partir da universalização para todos os casos análogos daquilo que restou preconizado.<sup>38</sup>

O IAC tem aplicação quando seja conveniente a prevenção ou composição de divergência entre órgãos fracionários do tribunal (art. 947, § 4º, CPC), quando envolvida questão de direito com grande repercussão social e *sem repetição em múltiplos processos* (art. 947, CPC). Cuida-se de causa de deslocamento da causa,<sup>39</sup> não gerando, por isso mesmo, a suspensão do processo em análise, cujo acórdão vinculará todos os juízes e órgãos fracionários (art. 947, § 3º, CPC).

Por sua vez, será caso de IRDR se a questão divergente de direito demonstrar-se através de *efetiva repetição de processos*, com risco de ofensa à isonomia e segurança jurídica (art. 976, I, CPC). Tal incidente processual, de competência do tribunal inferior que pretende uniformizar a sua jurisprudência (art. 978, CPC), provoca a suspensão de todos os processos

37 Embora esteja fora da expressão legal deste dispositivo, o IAC não se vê limitado quanto à matéria de direito envolvida (ZANETI JR., Hermes. In: *Comentários ao novo código de processo civil* / coordenação Antonio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. 2 ed, rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.346). No mesmo sentido: FPPC, nº 600: “(art. 947). O incidente de assunção de competência pode ter por objeto a solução relevante de questão de direito material ou processual”.

38 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 453, relatando que tanto o julgamento de casos repetitivos quanto o IAC são integrantes do “microsistema de formação de precedentes vinculantes”.

39 Cuida-se de “instrumento necessário para a célere prolação de julgamentos formadores de jurisprudência, ante o interesse público que encerram” (BENETI, Sidnei Agostinho. *Assunção de competência e fast-track recursal*. Revista do Processo, ano 34, vol. 171. São Paulo: RT, 2009, p. 20, em artigo jurídico que analisou o sistema então vigente à época, notadamente o art. 555, § 1º, CPC/1973). O mecanismo processual da assunção de competência teve sua aplicabilidade alargada pelo CPC/2015, pois se no regime anterior somente era cabível nos casos de recurso de apelação e agravo de instrumento, atualmente tem aplicação para qualquer causa que esteja pendente no âmbito do tribunal, seja recurso, remessa necessária ou processo de competência originária. Aliás, registre-se que o CPC/2015 não reproduziu o incidente de uniformização de jurisprudência (arts. 476/479, CPC/1973), “apostando suas fichas” na reformulação da assunção de competência – como já vaticinava a doutrina especializada: “Com a assunção de competência, ter-se-á, pois, a resolução da causa em menos tempo. O instituto aqui examinado, portanto, atende às exigências de celeridade e segurança, valores que o processo deve atentar a todo custo contrabalançar. [...] Parece-nos possível prever que, com o sucesso do mecanismo de prevenção ou composição de divergência, não será longa a sobrevida do incidente de uniformização de jurisprudência [...]” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, vol. II. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 54).

pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no respectivo Estado ou região, conforme o caso (art. 982, I, CPC), aos quais será aplicada a tese jurídica firmada, o que também vale, indiscutivelmente, para os casos futuros (art. 985, I e II, CPC).<sup>40</sup>

Como afirmado, há regime de vinculação daquilo que for decidido tanto no IRDR quanto no IAC (art. 927, III, CPC), devendo a tese jurídica ser aplicada no âmbito do respectivo tribunal, em sentido horizontal e vertical, inclusive nos concernentes juizados especiais.<sup>41</sup> Não observada a tese fixada nestes incidentes, caberá reclamação (arts. 985, § 1º; e 988, IV, CPC), que será destinada ao respectivo tribunal local (art. 988, § 1º, CPC)<sup>42</sup> – o que revela tendência de vinculação regionalizada dos precedentes no âmbito local, e, por tabela, do aumento de reclamações junto aos tribunais regionais e estaduais.<sup>43</sup>

Entretanto, caso contra a decisão firmada no IRDR ou IAC seja interposto recurso especial e/ou extraordinário (*v.g.* art. 987, CPC), será este processado e julgado na sistemática dos recursos repetitivos (arts. 1.036/1.041, CPC),<sup>44</sup> fazendo com que o efeito vinculativo se dê em relação a todos os órgãos judiciais no território nacional (art. 987, § 2º, CPC).

### **3.2.4. Acórdão proferido em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias (art. 988, § 5º, II, CPC)**

Inicialmente, cabe divisar que se o julgamento de tribunal superior *somente tiver eficácia persuasiva* perante o caso concreto, não será caso de reclamação,

---

40 Sobre o IRDR, na afirmação de que “os pilares do incidente – que justificam sua existência e, ao mesmo tempo, norteiam sua aplicação – são: a isonomia, que determina o tratamento e solução uniforme às mesmas questões; a segurança jurídica, estampada na previsibilidade e uniformidade das decisões judiciais; e a duração razoável do processo”: TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 39.

41 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 243, destacando, ainda, que a tese fixada poderá ter natural efeito persuasivo em relação aos juízos situados fora da área de jurisdição do tribunal que tenha julgado o incidente.

42 FPPC, enunciado nº 349: “(arts. 982, § 5º e 988) Cabe reclamação para o tribunal que julgou o incidente de resolução de demandas repetitivas caso afrontada a autoridade dessa decisão”.

43 ARAÚJO, José Henrique Moura. *A reclamação constitucional e os precedentes vinculantes*: o controle da hierarquização interpretativa no âmbito local. Revista de Processo, ano 41, n. 252. São Paulo: RT, 2016, p. 254.

44 FPPC, enunciado nº 660: “(arts. 987 e 1.036) O recurso especial ou extraordinário interposto contra o julgamento do mérito do incidente de resolução de demandas repetitivas, ainda que único, submete-se ao regime dos recursos repetitivos”.

mas sim de recurso próprio (*v.g.* desrespeito à súmula de jurisprudência dominante, não vinculante, não se sujeita ao controle via reclamação).<sup>45</sup>

Quanto ao precedente judicial oriundo de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida (art. 1.035, CPC),<sup>46</sup> ou de recursos extraordinário e especial repetitivos (arts. 1.036/1.041, CPC), ao sistema seguramente é desejável que os julgadores de instância inferiores dele guardem obediência, inclusive pelo norte de vinculação extraído dos termos impositivos aplicados nos dispositivos relacionados (*v.g.* arts. 927, III; e 1.040, CPC). Apesar disso, no eventual desrespeito a tal precedente pelos órgãos dos tribunais inferiores, não se tem a reclamação como medida imediata ou preferencial de controle, como já entendia a jurisprudência pretérita<sup>47</sup> – e isso foi ratificado pela modificação empreendida pela Lei nº 13.256/2016, que alterou o CPC/2015 antes mesmo de sua entrada em vigor, para suprimir a expressão “julgamento de casos repetitivos” que constava no inciso III do art. 988, CPC, tendo incluído neste dispositivo, porém, a exigência constante no parágrafo 5º, inciso II, com o sentido de restringir o acesso ao STF e ao STJ.<sup>48</sup>

É necessário, no caso, o esgotamento<sup>49</sup> da instância ordinária (art. 988, § 5º, II, CPC),<sup>50</sup> o que só se dá após a interposição e admissibilidade do recurso excepcional perante o tribunal local.<sup>51</sup> Detalhadamente,

45 “[...] 3. É cediço que a reclamação constitucional tem como finalidade preservar a competência do STJ ou garantir a autoridade de suas decisões, nos termos do art. 105, I, ‘F’, da CRFB. 4. No caso, não se verifica qualquer dessas situações, pois o reclamante, na verdade, pretende a reforma da decisão, que, no seu entender, estaria em desconformidade com a jurisprudência pacífica desta Corte. 5. A insurgência deveria ter sido veiculada por meio da via recursal própria, no âmbito da execução em tela, mas não pelo uso da reclamação, que não se apresenta como sucedâneo de recurso” (STJ – AgRg na Rel 18.673/RS, 1ª Seção, Rel. Min. OG Fernandes, j. 14/08/2014).

46 Antes mesmo do CPC/2015 já se preconizava o pensamento pela extensão do cabimento da reclamação para preservar a autoridade das decisões proferidas pela Corte Suprema em *controle difuso* provenientes do reconhecimento de repercussão geral, como forma de evitar decisões contraditórias e valorizar o perfil de corte constitucional do STF (nesse sentido: CUNHA, Leonardo Carneiro da. A função do supremo tribunal federal e a força de seus precedentes: enfoque nas causas repetitivas. In: *Repercussão geral no recurso extraordinário: estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie*. Coord. Leandro Paulsen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 65).

47 STF - Rcl 17.914 AgR/MS, 2ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26/08/2014.

48 No sentido de que tal reserva deve ser considerada não escrita, justamente pela inviabilidade de que a norma infraconstitucional restrinja a competência exaustivamente prevista pela Constituição Federal: BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 691.

49 Não causa estranheza impor o esgotamento prévio de instância, como se vê no art. 7º, § 1º, Lei nº 11.417/2006.

50 Segundo PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previstos no novo CPC*. Revista de Processo, n. 259. São Paulo: RT, 2016 (versão digital), cuida-se de “uma trava temporal, com o evidente objetivo de evitar uma sobrecarga aos tribunais superiores, ao mesmo tempo em que reforça o papel dos tribunais inferiores (TJ e TRF) no controle da observância dos precedentes”.

51 Na jurisprudência sob a óptica do CPC/2015: “[...] 1. A teor do disposto no art. 988, § 5º, inciso II, do CPC, é inadmissível a reclamação proposta para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de recurso especial repetitivo

somente cabe reclamação após o julgamento do agravo interno interposto contra o juízo de admissibilidade do recurso excepcional pela Presidência do Tribunal de origem (art. 1.030, § 2º, CPC), quando encerrado o iter relativo ao processamento do recurso excepcional nesta referida Corte.

#### 4. LEGITIMIDADE.

A reclamação pode ser provocada por iniciativa de qualquer interessado afetado pela respectiva decisão, ou pelo Ministério Público (art. 988, *caput*, CPC), que, no STF, faz-se representar pelo Procurador Geral da República (art. 156, RISTF). Terceiros podem ter legitimidade ativa para a reclamação, de forma a ampliar o conceito de “parte interessada”, como já se decidiu na situação de desrespeito ao julgado vinculante proferido pelo STF em controle direto de constitucionalidade, tendo como base o raciocínio de privilegiar as decisões proferidas em controle abstrato.<sup>52</sup>

Quanto à legitimidade passiva, expõe a lei que o beneficiário da decisão impugnada será citado (art. 989, III, CPC), sendo este o réu da reclamação, notadamente porque a procedência desta ação importará em seu prejuízo. A autoridade que usurpa a competência ou que age contrariamente à autoridade das decisões do tribunal atua no processo apenas para prestar informações (art. 989, I, CPC), trazendo elementos de prova para a prolação do *decisum*.

#### 5. COMPETÊNCIA.

No texto constitucional, a reclamação foi incluída na competência originária do STF (arts. 102, I, “I”, CRFB) ou STJ (arts. 105, I, “f”,

---

quando não esgotadas as instâncias ordinárias. 2. O esgotamento das instâncias ordinárias somente se caracteriza após o término da análise de admissibilidade do recurso especial pelo Tribunal local, na forma preconizada no art. 1.030 do CPC, não sendo admitida a interposição da reclamação de forma prematura. 3. A reclamação constitui-se como medida excepcional, não podendo ser utilizada como sucedâneo recursal, nos termos da jurisprudência do STF e deste STJ. 4. Na hipótese dos autos, o recurso especial interposto ainda se encontra pendente de análise em juízo de retratação pela instância a quo, situação que indica não ter havido o esgotamento das instâncias ordinárias, condição indispensável para a propositura da reclamação” (STJ – AgRg na Rel 33.054/RS, 3ª Seção, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 14/06/2017); “2. A reclamante interps agravo interno contra a decisão que inadmitiu o recurso especial, havendo sua apreciação pela Corte de origem, o que caracteriza o esgotamento de instância. Na linha desse entendimento, já decidiu a Corte Suprema: ‘O esgotamento da instância ordinária ocorre apenas em sede de agravo interno contra o juízo a quo de admissibilidade de recurso da competência do STF, sob a perspectiva objetiva de adequação entre o teor do provimento concedido pelo órgão de origem e a tese de repercussão geral firmada pela Suprema Corte’ (Rel 24.407/DF, decisão monocrática do Rel. Ministro Dias Toffoli, DJe 1º/8/2016). Nesse mesmo sentido, as seguintes decisões do STF: Rel 24.259/DF, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe 22/6/2016; Rel 24.323/DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 16/6/2016; Rel 24.215 MC/DF, Rel. Ministro Celso de Mello, DJe 9/6/2016” (STJ – Rel 34.014/SP, 1ª Seção, Rel. Min. OG Fernandes, j. 28/06/2017).

52 STF – Rel 1.880 AgR/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 07/11/2002.

CRFB), sendo certo que a jurisprudência de outrora cancelava a extensão do cabimento de reclamação no âmbito estadual, havendo tal previsão na Constituição Estadual, na lógica do princípio da simetria.<sup>53</sup>

Nessa linha, o CPC/2015 incluiu nas disposições processuais sobre a reclamação a possibilidade de esta ser proposta “perante qualquer tribunal” (art. 988, § 1º, CPC), competindo seu julgamento ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir (*v.g.* reclamação apresentada perante o tribunal local diante do desrespeito ao precedente firmado em IRDR, nos termos do art. 988, IV, CPC).

Segundo a lei, ainda, a reclamação será distribuída ao relator do processo principal, “sempre que possível” (art. 988, § 3º, CPC), tratando-se de nítida regra de prevenção<sup>54</sup> (*v.g.* a reclamação para garantir observância de decisão em ação direta de inconstitucionalidade deverá ter, virtualmente, o mesmo relator que atuou no respectivo processo de fiscalização abstrata da constitucionalidade), em norte semelhante daquele visto no princípio da identidade física do juiz (art. 132, CPC/1973, não reproduzido no CPC/2015). A norma não tem aplicação quando usurpada a competência de tribunal, porquanto ausente atuação pretérita de um relator.

## 6. PROCEDIMENTO.

A normatividade procedimental da reclamação – donde se aplica também o Regimento Interno dos Tribunais (*v.g.* arts. 156/162, RISTF; arts. 187/192, RISTJ, alterados pela Emenda Regimental nº 24, de 28/09/2016) – faz um paralelo com o procedimento do mandado de segurança. A suma-

---

53 “Previsão, no âmbito estadual, do instituto da reclamação. Instituto de natureza processual constitucional, situado no âmbito do direito de petição previsto no art. 5º, inciso XXXIV, alínea ‘a’ da CRFB. Inexistência de ofensa ao art. 22, inciso I da Carta. 1. A natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no artigo 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal. Em consequência, a sua adoção pelo Estado-membro, pela via legislativa local, não implica em invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I da CRFB). 2. A reclamação constitui instrumento que, aplicado no âmbito dos Estados-membros, tem como objetivo evitar, no caso de ofensa à autoridade de um julgado, o caminho tortuoso e demorado dos recursos previstos na legislação processual, inegavelmente inconvenientes quando já tem a parte uma decisão definitiva. Visa, também, à preservação da competência dos Tribunais de Justiça estaduais, diante de eventual usurpação por parte de Juízo ou outro Tribunal local. 3. A adoção desse instrumento pelos Estados-membros, além de estar em sintonia com o princípio da simetria, está em consonância com o princípio da efetividade das decisões judiciais. 4. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente” (STF – ADI 2.212/CE, Tribunal Pleno, j. 02/10/2003). Tal sentido é inaplicável no âmbito dos tribunais regionais federais, uma vez sujeitos estes à carta magna federal.

54 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 531. Na hipótese, tem-se aplicável regra de prevenção não só quanto ao órgão jurisdicional que teve sua autoridade desafiada, mas também quanto ao julgador que relatou o processo principal. Em sentido similar: art. 930, parágrafo único, CPC.

riedade ritual e a cognição parcial<sup>55</sup> ajustada para a reclamação encontra suporte na exigência de instrução da petição inicial mediante prova documental pré-constituída (v.g. cópia do julgado do tribunal que se alega desobedecido), mitigando a possibilidade de dilação probatória (art. 988, § 2º, CPC).

Além dos requisitos genéricos da petição inicial (v.g. art. 319, CPC), deve ser indicada a hipótese de cabimento da reclamação, sob pena de inépcia. Também deve ser comprovado o esgotamento da instância administrativa no caso de inobservância de súmula vinculante (art. 7º, § 1º, Lei nº 11.417/2006). A peça inaugural é endereçada ao respectivo tribunal, no caso ao seu presidente (art. 988, § 2º, CPC). Exige-se o preenchimento de capacidade postulatória pela parte, que deve constituir advogado (art. 103, CPC), algo inexigível ao Ministério Público em virtude do exercício de sua própria função legal. Aliás, se o *parquet* não for autor da reclamação, a lei exige sua obrigatória intimação para intervir como fiscal da ordem jurídica – sua comunicação, e não sua necessária intervenção (sentido do art. 279, CPC) –, no prazo de 5 dias (art. 991, CPC), em generalização de sua atuação para toda ação deste naipe.<sup>56</sup>

Haverá requisição de informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, no prazo de 10 dias (art. 989, I, CPC), atuando esta como noticiadora dos acontecimentos da causa. O contraditório será desenvolvido, ademais, a partir da determinação de citação do beneficiário da decisão impugnada, que terá o prazo de 15 dias para apresentar sua contestação (art. 989, III, CPC). A lei relata, inclusive, a possibilidade de que qualquer interessado impugne o pedido do reclamante (art. 990, CPC).

Sobre a atividade decisória, admite-se a concessão de tutela provisória pelo relator, inclusive *ex officio* e liminarmente, para suspensão do processo ou do ato impugnado (art. 989, II, CPC).<sup>57</sup> Quanto à tutela de-

55 KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Os contornos jurídicos da reclamação após o advento da lei nº 13.256/2016. In: *Estudos de direito processual à luz da constituição federal*. Erechim: Deviant, 2017, p. 270.

56 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 569-570, defendem que o dispositivo deve ser interpretado em harmonia com as hipóteses de intervenção ministerial ditas pelo art. 178, CPC, de forma a racionalizar as hipóteses interventivas. Interessa o relato de que “a intervenção do Ministério Público é obrigatória na formação do precedente”, “já a aplicação do precedente equivale a aplicação de uma norma, não atraindo a exigência de intervenção obrigatória do Ministério Público”.

57 Conselho da Justiça Federal - CJF, enunciado nº 64 (I Jornada de Direito Processual Civil): “Ao despachar a reclamação, deferida a suspensão do ato impugnado, o relator pode conceder tutela provisória satisfativa correspondente à decisão originária cuja autoridade foi violada”.

finitiva, o relator poderá julgar monocraticamente a reclamação quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal, até porque se dispensa a fase instrutória nesta demanda (art. 332, CPC c/c art. 161, parágrafo único, RISTF). Perante o colegiado, na sessão de julgamento, admite-se sustentação oral pelo advogado (art. 937, VI, CPC). Se procedente a reclamação, será proferida decisão cassando a decisão exorbitante (natureza desconstitutiva); ou determinando medida adequada “à solução da controvérsia” (art. 992, CPC).<sup>58</sup> No caso de procedência de reclamação que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente, o STF anulará o ato administrativo ou cassará a decisão impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso (art. 7º, § 2º, Lei nº 11.417/2006).

Da respectiva decisão, são admissíveis os seguintes recursos, conforme o caso: embargos de declaração (art. 1.022, CPC); agravo interno contra decisões unipessoais do relator (art. 1.021, CPC); recurso especial, se a reclamação tiver sido julgada por tribunal de 2ª instância, conforme abertura jurisprudencial antes analisada (art. 105, III, CRFB); e recurso extraordinário, contra acórdãos (art. 102, III, CRFB). É inaplicável a ferramenta processual prevista no art. 942, CPC (técnica de julgamento), como também eram tidos como incabíveis embargos infringentes no processo de reclamação (verbete sumular nº 368, STF).

Sobre a condenação em verba honorária na reclamação, passa-se a entender pela possibilidade, em razão da natureza de ação ora atribuída ao instituto, inclusive pelo contraditório obrigatório instituído pela lei (art. 989, III, CPC) – cuja execução se dará nos autos de origem, exceto no caso de ausência de processo anterior (*v.g.* desrespeito à súmula vinculante por órgão administrativo).<sup>59</sup>

Estando inserida na jurisdição contenciosa, a decisão da reclamação é capaz de gerar coisa julgada formal e material, o que a torna sujeita, por

---

58 Discorrendo sobre a adoção do sistema da atipicidade das medidas empregáveis para garantir o cumprimento da decisão tomada no julgamento da reclamação: CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 488. Também no sentido da amplitude do dispositivo legal, em contraste com os termos do revogado art. 17, Lei nº 8.038/1990: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (coord.). *Novo código de processo civil: anotado e comparado*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 593.

59 “[...] 2. O CPC/2015 promoveu modificação essencial no procedimento da reclamação, ao instituir o contraditório prévio à decisão final (art. 989, III). Neste novo cenário, a observância do princípio da causalidade viabiliza a condenação da sucumbente na reclamação ao pagamento dos respectivos honorários, devendo o respectivo cumprimento da condenação ser realizado nos autos do processo de origem, quando se tratar de impugnação de decisão judicial. [...]” (STF – Rel 24.417/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 07/03/2017).

consequência, à ação rescisória.<sup>60</sup> Se descumprida a decisão em reclamação, caberá o emprego das medidas coativas, e não novo ajuizamento de reclamação, algo que serviria para eternizar a demanda, quebrando a estrutura hierárquica do sistema judiciário.

## CONCLUSÃO

O CPC/2015 progride a feição dada à reclamação pela EC nº 45/2004, no sentido de relacioná-la como um importante instrumento de política judiciária, voltado a assegurar o sistema de precedentes judiciais. Em defesa do precedente vinculante formado, o cabimento da reclamação racionaliza a atuação judiciária e evita a proliferação da via recursal em causas repetitivas. O paradoxo é evitar a multiplicação das reclamações, o que atuaria, decerto, em sentido reverso ao almejado pelo movimento reformista. Embora tal risco não seja pequeno, infere-se inevitável corrê-lo, para dissuadir tendencialmente a não observância dos precedentes judiciais pelos órgãos inferiores. ❖

## BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, José Henrique Moura. *A reclamação constitucional e os precedentes vinculantes: o controle da hierarquização interpretativa no âmbito local*. Revista de Processo, ano 41, n. 252. São Paulo: RT, 2016, p. 243-262.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BENETI, Sidnei Agostinho. *Assunção de competência e fast-track recursal*. Revista do Processo, ano 34, vol. 171. São Paulo: RT, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

—. *Lições de direito processual civil*, vol. II. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (coord.). *Novo código de processo civil: anotado e comparado*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

---

60 SILVA, Bruno Freire e. O desrespeito à súmula vinculante e a reclamação constitucional. In: *Os poderes do juiz e o controle das decisões jurisdicionais* / coord. José Miguel Garcia Medina et AL. São Paulo: RT, 2008, p. 1.164.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais* – teoria e dinâmica. Forense: Rio de Janeiro, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A função do supremo tribunal federal e a força de seus precedentes: enfoque nas causas repetitivas. In: *Repercussão geral no recurso extraordinário: estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie*. Coord. Leandro Paulsen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

—. *Jurisdição e competência*. 2 ed, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2013.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 2000.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. 13 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Os contornos jurídicos da reclamação após o advento da lei nº 13.256/2016. In: *Estudos de direito processual à luz da constituição federal*. Erechim: Deviant, 2017, p. 259-274.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação constitucional*. São Paulo: RT, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. São Paulo: RT, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010.

MEIRELES, Hely Lopes; Wald, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 37 ed., ren., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016.

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

MORATO, Leonardo Lins. *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*. São Paulo: RT, 2007.

NERY Jr., Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7 ed. São Paulo: RT, 2002.

OLIVEIRA, Pedro Miranda. In: *Comentários ao novo código de processo civil* / coordenação Antonio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. 2 ed, rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.473-1.486.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo* – teoria geral do processo. 7 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2017.

—. *Direito processual civil contemporâneo* – processo de conhecimento, cautelar, execução e procedimentos especiais. 3 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016.

—; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previstos no novo CPC*. Revista de Processo, n. 259. São Paulo: RT, 2016 (versão digital).

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Precedente formado em casos repetitivos* – eficácia, *issue preclusion* e as teses jurídicas prejudiciais. Curitiba: Juruá, 2017.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais* – racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, Bruno Freire e. O desrespeito à súmula vinculante e a reclamação constitucional. In: *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais* / coord. José Miguel Garcia Medina et AL. São Paulo: RT, 2008, p. 1.161-1.167.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: RT, 2004.





Centro de Estudos e Pesquisas

"AB UNO  
DOCERE  
OMNES"

MCMLXXXVIII

A

REVISTA DA EMERJ, que circula desde 1998, tem como objetivo maior propiciar debates, visando ao enriquecimento da cultura jurídica do País. A EMERJ se orgulha de manter a publicação de artigos doutrinários em sua revista e de apresentar temas de interesse de toda a comunidade jurídica.

Visando a democratizar o acesso à informação e a tornar mais funcional a interação do periódico com seus leitores em potencial, a versão na íntegra em pdf de todos os fascículos, que antes circulavam apenas em sua versão impressa, foi colocada à disposição dos interessados no portal da EMERJ.

Portanto, a Revista da EMERJ está contribuindo significativamente para a concretização da visão de futuro da Escola: ser reconhecida pelos profissionais do Direito como uma instituição de excelência na disseminação do conhecimento jurídico.

**Juiz Antonio Aurelio Abi Ramia Duarte**  
Coordenador Editorial da Revista da EMERJ