



UNIVERSIDADE
FUMEC

**MESTRADO
EM DIREITO**

Programa de
Pós-Graduação
Stricto Sensu



UNIVERSIDADE
FUMEC

COORDENADORES

Laís Alves Camargos
Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni Lopes
Fabrício Veiga Costa
Sérgio Henriques Zandona Freitas

Direito Processual Constitucional e sua Perspectiva Democrática

AUTORES

Adriano da Silva Ribeiro	Lorena Costa Alves
Adrielle Adilaine Costa	Lucas Belga Andrade Borges
Aline Araujo Gonçalves de Souza	Lucas Gonçalves da Silva
Aline de Macedo e Souza	Luciana Diniz Durães Pereira
Ana Carolina Vergueiro Juntolli	Luciana Leal Pena
Ana Maria Diniz Soares	Marina Afonso da Silva
Beatriz Ribeiro	Matheus de Araújo Alves
Betina Araújo Dieguez Couto	Nayara Coelho Portela
Carolina Almeida de Paula Freitas	Nicole Lopes Assis
Clara Ruggio Vieira	Paulo Eduardo Brant Portugal Torres
Danúbia Patrícia de Paiva	Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni Lopes
Felipe Galego	Paulo Márcio Reis Santos
Flávio Murad Rodrigues	Raíssa Araújo Porto E Bretas
Frederico de Andrade Gabrich	Renata Apolinário de Castro Lima
Gabriela de Vasconcelos Sousa	Ricardo Torres Oliveira
Gabriela Oliveira Freitas	Roberto Apolinário de Castro
Guilherme Teixeira Mascarenhas Diniz	Rogério Borba da Silva
Gustavo Rubens Nunes Miranda	Sérgio Henriques Zandona Freitas
Ivan Dias da Motta	Talitha Pedras Figueiredo Campos de Carvalho Souza
Jean Carlos Dias	Thaís Karine de Cristo
Jéssica Rezende Pagani de Souza Oliveira	Thamyris Barbosa Xavier Avila
Jessica Sérgio Miranda	Wilson Engelmann
Jonatas Marques e Silva	Víctor Luiz Ferreira Guimarães
Keila Andrade Alves Rubiano	Vitor Henrique Alves Nunes de Miranda
Laís Alves Camargos	
Letícia Ribeiro	

PREFÁCIO

Gabriela Oliveira Freitas



UNIVERSIDADE
FUMEC

REITORIA

Reitor:

Prof. Dr. Fernando de Melo Nogueira

Pró-Reitor de Graduação:

Prof. João Batista de Mendonça Filho

Pró-Reitor de Planejamento e Administração:

Prof. Márcio Dario da Silva

Pró-Reitor de Pós-Graduação,

Pesquisa e Extensão:

Prof. Dr. Henrique Cordeiro Martins

FUNDAÇÃO MINEIRA DE EDUCAÇÃO E CULTURA

Presidente do Conselho de Curadores:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta

Vice-Presidente do Conselho de Curadores:

Prof. João Carlos de Castro Silva

Presidente do Conselho Executivo:

Prof. Dr. Air Rabelo

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE

Diretor Geral:

Prof. Dr. Rodrigo Suzana Guimarães

Rua Cobre, 200, Cruzeiro – Belo

Horizonte/MG – CEP 30310-190

(31) 3228-3090 –www.fumec.br

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO DA UNIVERSIDADE FUMEC (PPGD):

Coordenador:

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Docentes:

André Cordeiro Leal

Antônio Carlos Diniz Murta

Carlos Victor Muzzi Filho

Daniel Firmato de Almeida Gloria

Danúbia Patrícia de Paiva

Frederico de Andrade Gabrich

Gabriela Oliveira Freitas

Lucas Moraes Martins

Luciana Diniz Durães Pereira

Marcelo Barroso Lima Brito de Campos

Paulo Márcio Reis Santos

Rafhael Frattari Bonito

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias

Sérgio Henriques Zandona Freitas

Conselho Editorial – Universidade FUMEC

Prof. Dr. Carlos Victor Muzzi Filho

Profa. Ketnes Ermelinda Guimaraes Lopes Costa

Profa. Dra. Renata de Sousa da Silva Tolentino

Bibliotecária Ma. Priscila Reis dos Santos

Projeto Gráfico:

Rodrigo Tito Moura Valadares

Leonardo Ferreira Costa

Editoração Eletrônica:

Therus Santana / Tecnologia da Informação

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D598 Direito processual constitucional e sua perspectiva democrática /
Coordenadores Laís Alves Camargos, Paulo Eduardo Diniz
Ricaldoni Lopes, Fabrício Veiga Costa, Sérgio Henriques
Zandona Freitas. - Belo Horizonte : Universidade FUMEC,
2021.

Obra publicada em Portable Document Format (PDF).

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-88864-05-0

1. Direito processual. 2. Processo civil. 3. Direito do trabalho. 4.
Direito penal. I. Título. II. Camargos, Laís Alves. III. Lopes, Pau-
lo Eduardo Diniz Ricaldoni. IV. Costa, Fabrício Veiga. V. Freitas,
Sérgio Henriques Zandona.

CDU: 342:347.9

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Universitária-FUMEC

Copyright © 2021 Universidade FUMEC. Todos os direitos reservados pela Universidade FUMEC.
As opiniões emitidas e informações contidas nos capítulos e seções da obra são de absoluta
e exclusiva responsabilidade de seus autores.

É permitida a reprodução total ou parcial de capítulos ou seções desde que citada a fonte.



Obra sob Licença Creative Commons
Atribuição 4.0 Internacional

DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL E SUA PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA

A presente obra recebeu apoio financeiro do CNPQ (Chamada 2018), da FAPEMIG (Projeto de Bolsas do Mestrado) e da Universidade FUMEC (Editais N. 01/2020 – ProPIC 2020/2021 e N. 01/2021 – ProPIC 2021/2022 de Incentivo para Produção Científica), resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): Caminhos Metodológicos do Direito, Grupo de Estudos em Direito Processual (GEPRO) e Diálogos Constitucionais e(m) Crise de Efetividade: análise de institutos de direito público e de direito privado.

Todos os textos foram submetidos à banca de professores, com defesa e aprovação, e também submetidos ao Conselho Editorial da Universidade FUMEC.

A presente obra está disponibilizada no Repositório Institucional da Universidade FUMEC, com acesso aberto pelo link: <https://repositorio.fumec.br/>

O Repositório Institucional visa centralizar, preservar, tornar acessível e disseminar a produção científica e intelectual da Universidade FUMEC e de parceiros conveniados, buscando os índices de impacto exigidos pela CAPES.

SUMÁRIO

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

CAPÍTULO 01. FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: A SUPERAÇÃO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO	11
Lorena Costa Alves	
Laís Alves Camargos	
Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni Lopes	
Wilson Engelmann	
CAPÍTULO 02. A ESCOLA INSTRUMENTALISTA DO PROCESSO E O ATIVISMO JUDICIAL: INFLUÊNCIAS RECÍPROCAS	30
Ana Maria Diniz Soares	
Jessica Sérgio Miranda	
Danúbia Patrícia de Paiva	
CAPÍTULO 03. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E RESPONSABILIDADE CIVIL E PROCESSUAL DO ADVOGADO	44
Aline de Marcelo e Souza	
Ricardo Torres Oliveira	
Ivan Dias da Motta	
CAPÍTULO 04. A AVERBAÇÃO PRÉ-EXECUTÓRIA: UMA REVISÃO DE LITERATURA	68
Aline Araujo Gonçalves de Souza	
Felipe Galego	
Jean Carlos Dias	
CAPÍTULO 05. A RESERVA DO POSSÍVEL NAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO EM FACE DOS MUNICÍPIOS	85
Adrielle Adilaine Costa	
Vitor Henrique Alves Nunes de Miranda	
Lucas Gonçalves da Silva	
CAPÍTULO 06. O PREQUESTIONAMENTO E OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOB A VIGÊNCIA DA LEI 13.105	108
Paulo Eduardo Brant Portugal Torres	
Letícia Ribeiro	
Luciana Diniz Durães Pereira	

DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

CAPÍTULO 07. A (IN)APLICABILIDADE DA ARBITRAGEM NOS CONFLITOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS.....	122
Jéssica Rezende Pagani de Souza Oliveira Luciana Leal Pena Frederico de Andrade Gabrich	
CAPÍTULO 08. O LIMITE DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DO TRABALHO E A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO § 2º DO ART. 8º DA CLT.....	137
Lucas Belga Andrade Borges Keila Andrade Alves Rubiano Gabriela Oliveira Freitas	
CAPÍTULO 09. A REFORMA TRABALHISTA COMO MEIO DE COMBATE AO ATIVISMO JUDICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO.....	153
Betina Araújo Dieguez Couto Thamyris Barbosa Xavier Avila Paulo Márcio Reis Santos	
CAPÍTULO 10. REFORMA TRABALHISTA E A JUSTIÇA GRATUITA: INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS ARTIGOS 790-B, 791-A E 844 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO.....	166
Nicole Lopes Assis Carolina Almeida de Paula Freitas Rogério Borba da Silva	
CAPÍTULO 11. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO	180
Ana Carolina Vergueiro Juntolli Gustavo Rubens Nunes Miranda Adriano da Silva Ribeiro	
CAPÍTULO 12. JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO JUS POSTULANDI IN LABOR JUSTICE	196
Marina Afonso da Silva Gabriela de Vasconcelos Sousa Fabrício Veiga Costa	

DIREITO PROCESSUAL PENAL

CAPÍTULO 13. DA (IM)POSSIBILIDADE DE INSERÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	212
Raíssa Araújo Porto E Bretas Flávio Murad Rodrigues Fabrício Veiga Costa	
CAPÍTULO 14. JUIZ DAS GARANTIAS E A DESCONFIGURAÇÃO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ NA FASE PRÉ-PROCESSUAL PENAL.....	230
Jonatas Marques e Silva Thaís Karine de Cristo Sérgio Henriques Zandoná Freitas	
CAPÍTULO 15. A VERDADE E OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS: O PODER DE INSTRUÇÃO DO JUIZ E SUA EPISTEMOLOGIA INQUISITIVA NA TEORIA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI.....	247
Clara Ruggio Vieira Beatriz Ribeiro Sérgio Henriques Zandoná Freitas	
CAPÍTULO 16. GESTÃO DA PROVA PELO JUIZ: DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PRODUÇÃO DE PROVAS DE OFÍCIO PELO JUIZ FRENTE AO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO	261
Victor Luiz Ferreira Guimarães Renata Apolinário de Castro Lima Roberto Apolinário de Castro	
CAPÍTULO 17. DA INSEGURANÇA PROCESSUAL DA DECISÃO DE IMPRONÚNCIA	282
Guilherme Teixeira Mascarenhas Diniz Talitha Pedras Figueiredo Campos de Carvalho Souza Adriano da Silva Ribeiro	
CAPÍTULO 18. A (IN)EFICÁCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	300
Nayara Coelho Portela Matheus de Araújo Alves Sérgio Henriques Zandoná Freitas	

PREFÁCIO

Nas palavras de Karl Popper, “o conhecimento é uma aventura em aberto”. E aventura, do latim *ad venture*, significa o que está por vir. Entender o conhecimento como uma aventura faz com que este se torne uma constante preparação para o futuro e seus acontecimentos extraordinários, o que exige identificar os erros e aporias do passado e do presente. Por isso, o conhecimento deve ser sempre crítico.

Talvez fosse mais confortável não caminhar nessa angustiante busca pelo conhecimento e conviver com a inevitável ignorância, mas isso proporcionaria uma caminhada mais tediosa, sem graça e, até mesmo, sem grandes propósitos. Não haveria uma grande aventura.

E, possivelmente, uma sala de aula, seja ela física ou virtual, é o ambiente que melhor proporciona o ingresso nessa aventura que conduz, inevitavelmente, ao desenvolvimento do raciocínio crítico e, por consequência, à emancipação do indivíduo.

A aventura que aqui apresento carrega o título de “Direito Processual Constitucional e sua Perspectiva Democrática” e é resultado dos trabalhos desenvolvidos por grandes estudiosos que continuamente colaboram com essa emancipação proporcionada nas salas de aula da Universidade FUMEC, com a contribuição de docentes da instituição e de várias outras universidades do país.

Coordenada pelos brilhantes Professores Laís Alves Camargos, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni Lopes, Fabrício Veiga Costa e Sérgio Henriques Zandona Freitas, a presente obra apresenta uma perspectiva crítica do Direito Processual, abordando relevantes e atuais temas do Processo Civil, Processo do Trabalho e Processo Penal.

A construção do Estado Democrático de Direito exige a revisitação de institutos jurídicos, a fim de que se alcance a adequação destes institutos a este paradigma, tal como ocorre na presente obra. Enfrentam-se doutrinas (teorias ideologizadas) e técnicas que justificam e instrumentalizam a sustentação de parâmetros autoritários de exercício da atividade jurisdicional, identificando-se, assim, as aporias do Direito Processual contemporâneo e buscando a construção do conhecimento capaz de permitir a efetiva concretização do Estado Democrático de Direito.

Como citar o presente prefácio:

FREITAS, Gabriela Oliveira. Prefácio - Direito Processual Constitucional e sua Perspectiva Democrática. In: CAMARGOS, Laís Alves; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). Direito Processual Constitucional e sua Perspectiva Democrática. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2021, p. 7

Todas as pesquisas aqui desenvolvidas apresentam como ponto comum a necessidade de desconstrução de mitos que ainda sustentam o Direito Processual, fazendo com permaneça atrelado a um modelo de Estado Social, com foco na crença na misteriosa, secular e solitária sabedoria do julgador. É necessário, na lógica da processualidade democrática, se libertar da ideia de que o provimento seja elaborado por um procedimento mental exclusivo do julgador e reconhecer que somente há democracia diante da ampla e isonômica possibilidade de participação do povo. E é, exatamente, com foco na necessidade de pensar o Direito na lógica da processualidade democrática que foram desenvolvidas as pesquisas que compõem esta obra.

Por isso, insisto na ideia de apresentar tais pesquisas como verdadeira representação da aventura que é o conhecimento, já que investigam os problemas do Direito Processual e indicam caminhos capazes de preparar os estudos processuais para os extraordinários acontecimentos futuros.

Portanto, com muito orgulho, apresento à comunidade jurídica esta obra, objeto dos incansáveis alunos e professores da Universidade FUMEC e do Brasil, aproveitando a oportunidade para cumprimentar esta Universidade pelo comprometimento com o desenvolvimento da pesquisa e por possibilitar aos seus pesquisadores uma trajetória repleta da aventura do conhecimento.

Aos leitores e pesquisadores, em suas mãos, uma aventureira fonte essencial e permanente de consulta.

Outubro de 2021

Gabriela Oliveira Freitas

Doutora, Mestre e Especialista em Direito Processual pela PUC Minas. Especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela PUC Minas. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade FUMEC. Coordenadora-Adjunta do IMDP – Instituto Mineiro de Direito Processual. Diretora Institucional e de Comunicação do INPEJ - Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos. Assessora Judiciária do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

APRESENTAÇÃO

A presente obra intitulada “Direito Processual Constitucional e sua Perspectiva Democrática” é um projeto institucional que envolve docentes, discentes e egressos do curso de graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde (FCH) da Universidade FUMEC e do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito (PPGD), nível mestrado, da Universidade FUMEC, pesquisas integradas e co-participadas com docentes doutores de outros PPGDs do país como a UNISINOS, UIT, VEIGA DE ALMEIDA, UNICESUMAR, CESUPA, UFS, FADIVALE e EJEJF-TJMG,.

Trata-se de um projeto que se consolida pela aprovação e indicação de publicação de excelentes Trabalhos de Conclusão de Curso (TCC) de bacharéis em Direito pela Universidade FUMEC, revisados, acrescidos e evoluídos por docentes de PPGDs de todas as regiões do país, integrando as pesquisas em obra inédita no Brasil.

Os melhores Trabalhos de Conclusão de Curso de Direito Público foram selecionados e, na sequência, mestrandos(as), mestres(as), doutorandos(as) e doutores(as) da Universidade FUMEC e de PPGDs parceiros do país, os aperfeiçoaram e atualizaram com a finalidade de compor a presente obra.

Os artigos seguem linha de pesquisa na “Esfera pública, legitimidade e controle” do PPGD FUMEC, apresentando argumentações jurídicas de Direito Processual Constitucional, Direito Processual Civil, Direito Processual do Trabalho e Direito Processual Penal, sob a égide do Estado Democrático de Direito.

A obra é resultado do desejo de seus coordenadores, bem como da vontade e dedicação de todos os autores e autoras que se orgulham de seus trabalhos e pesquisas. A presente publicação coletiva demonstra uma visão lúcida e enriquecedora sobre a solução de conflitos, suas problemáticas e sutilezas, sua importância para o Direito e os desafios na temática para o século XXI, pelo que certamente será de vigorosa aceitação junto à comunidade acadêmica, vez que acurada a reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito Processual Contemporâneo.

A pesquisa somente foi possível pelo apoio acadêmico dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): Caminhos Metodológicos do Direito, Grupo de Estudos em Direito Processual (GEPRO) e Diálogos Constitucionais e(m) Crise de Efetividade: análise de institutos de direito público e de

Como citar a presente apresentação:

CAMARGOS, Laís Alves; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. Apresentação - Direito Processual Constitucional e sua Perspectiva Democrática. In: CAMARGOS, Laís Alves; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). Direito Processual Constitucional e sua Perspectiva Democrática. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2021, p. 9

direito privado; bem como o apoio financeiro do CNPQ (Chamada 2018), da FAPEMIG (Projeto de Bolsas do Mestrado) e da Universidade FUMEC (Editais N. 01/2020 – ProPIC 2020/2021 e N. 01/2021 – ProPIC 2021/2022 de Incentivo para Produção Científica), bem como pelo empenho de graduandos, graduados, mestres e mestrandos, doutorandos e doutores em Direito, que dedicaram seus esforços para testificar os institutos processuais em vigor e não se acovardaram em questionar o ordenamento jurídico brasileiro em busca de melhorias para a gestão da esfera pública no Direito pátrio.

Aos queridos autores e leitores, fraternalmente, os coordenadores da obra expressam o agradecimento, e o incentivo para a pesquisa, como fonte primeira para os avanços na ciência jurídica do Brasil.

Belo Horizonte, Outubro de 2021.

Laís Alves Camargos

Mestre em Direito Público pela Universidade FUMEC. Especialista em Direito Processual Civil. Coordenadora Adjunta e Editora Chefe das Revistas do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Coordenadora dos encontros do Grupo de Pesquisa em Direito Processual (GEPRO) e integrante do Observatório de Pesquisa (projeto da Processualistas vinculado ao Grupo de Pesquisa Processo Civil Contemporâneo da UFC). Parecerista de periódicos. Professora universitária. Assessora no Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

E-mail: laisalves8@gmail.com.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7573071908977176>.

Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni Lopes

Mestre em Direito Privado pela Universidade FUMEC. Pós-graduado em Direito Civil Aplicado pelo IEC-PUC Minas. Mediador de conflitos pela PUC/MG. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: pauloricaldoni@gmail.com.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3270066796596842>.

Fabrício Veiga Costa

Doutor em Direito – PUCMINAS. Pós-Doutor em Educação – UFMG. Pós-Doutorando em Psicologia pela PUCMINAS. Professor da Pós-Graduação Stricto Sensu em Proteção em Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna. Professor da Graduação em Direito FAMINAS-BH, FPL, FAPAM e FASASETE.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7152642230889744>.

Sérgio Henriques Zandona Freitas

Coordenador e Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Estudos Culturais (PPGMCult), ambos da Universidade FUMEC. Editor da Revista Meritum. Pós-Doutor em Direito pela UNISINOS e pela Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela PUC Minas. Assessor Judiciário no TJMG. Coordenador do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Orcid id: <https://orcid.org/0000-0002-7198-4567>.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2720114652322968>.

E-mail: sergiohzf@fumec.br. Site: www.imdp.com.br e www.zandona.pro.br.

01

CAPÍTULO

FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: A SUPERAÇÃO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

LORENA COSTA ALVES¹

LAÍS ALVES CAMARGOS²

PAULO EDUARDO DINIZ RICALDONI LOPES³

WILSON ENGELMANN⁴

RESUMO

A pretensão deste trabalho é demonstrar a existência da diferença entre motivação e fundamentação das decisões, analisando como as decisões estarão em consonância com o Estado Democrático de Direito. Para tanto, será feito o estudo do devido processo constitucional, que define que todas as garantias processuais constitucionais devem ser observadas, do livre convencimento motivado, e, na sequência, da fundamentação das decisões, em especial do artigo 489 do CPC. Utilizar-se-á o método dedutivo para realização de pesquisa bibliográfica em livros, dissertações e artigos, com foco no processo constitucional como marco teórico.

Palavras-chave: Estado democrático de direito; devido processo constitucional; fundamentação das decisões; livre convencimento motivado; motivação.

1 Bacharel em Direito pela Universidade FUMEC, Belo Horizonte/MG. E-mail: lorenacalves@outlook.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6150900500100186>.

2 Mestre em Direito Público pela Universidade FUMEC, Belo Horizonte/MG. Especialista em Direito Processual Civil e em Direito Público. Coordenadora Adjunta e Editora Chefe das Revistas do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Coordenadora dos encontros do Grupo de Pesquisa em Direito Processual (GEPRO) e integrante do Observatório de Pesquisa (projeto da Processualistas vinculado ao Grupo de Pesquisa Processo Civil Contemporâneo da UFC). Professora universitária. Assessora no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. E-mail: laisalves8@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7573071908977176>.

3 Mestre em Direito Privado pela Universidade FUMEC, Belo Horizonte/MG. Pós-graduado em Direito Civil Aplicado pelo IEC-PUC Minas. Mediador de conflitos pela PUC/MG. Pesquisador do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Processual (GEPRO). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: pauloricaldoni@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3270066796596842>.

4 Pós-doutor en los Retos Actuales del Derecho Público, organizado pelo Centro de Estudios de Seguridad de la Universidad de Santiago de Compostela, Espanha, sob a supervisão do Prof. Dr. José Julio Fernández Rodríguez; graduação em Direito, mestrado em Direito Público e doutorado em Direito Público, todos esses níveis de formação pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Coordenador Executivo do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da Unisinos; professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Unisinos. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. E-mail: wengelmann@unisinos.br. Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-0012-3559>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7143561813892945>.

Como citar o presente artigo científico:

ALVES, Lorena Costa; CAMARGOS, Laís Alves; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; ENGELMANN, Wilson. Fundamentação das decisões judiciais: a superação do livre convencimento motivado. In: CAMARGOS, Laís Alves; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). Direito Processual Constitucional e sua Perspectiva Democrática. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2021, p. 11-29

ABSTRACT

The aim of this paper is to demonstrate the existence of the difference between motivation and the substantiated decision, analyzing how the decisions will be in line to the Rule of Law. For that, the study of the due constitutional process will be made, which defines that all constitutional procedural guarantees must be observed. The free motivated convincing will be analyzed, and, subsequently, the substantiated decisions, especially the article 489 of the Brazilian Code of Civil Procedure. The deductive method will be used to carry out a bibliographic research in books, theses, dissertations and articles, focusing on the constitutional process as a theoretical framework.

Keywords: rule of law; due constitutional process; substantiated decisions; free motivated convincing; motivation.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo desta pesquisa é fazer um estudo acerca do dever de fundamentação das decisões, o qual teve especial destaque no Código de Processo Civil de 2015 (CPC), que criou artigos específicos para tratar do tema, quais sejam, o artigo 11 do CPC, que determina que as decisões devem ser fundamentadas sob pena de nulidade, e o artigo 489, o qual especifica as situações nas quais não se considera que a decisão foi devidamente fundamentada.

Buscou-se construir um estudo que demonstrasse a importância da convergência entre a Constituição da República (CR/88) e a fundamentação das decisões, além de diferenciar esta da simples motivação e verificar como tem sido feita a aplicação dessa garantia na prática jurídica. Para tanto, no segundo capítulo, a pesquisa teve início com a abordagem da jurisdição enquanto atividade estatal, a qual, no Estado Democrático de Direito, é, sobretudo, um direito fundamental de qualquer pessoa e a fruição desse direito ocorre pela garantia fundamental do processo constitucional, o qual foi melhor examinado na sequência.

Já no terceiro capítulo, foi realizado o estudo da fundamentação das decisões, iniciando pela pesquisa acerca do livre convencimento motivado no Código de Processo Civil de 1973, a partir do qual o magistrado estava autorizado a apreciar livremente os fundamentos e provas trazidos aos autos devendo simplesmente motivar suas decisões, culminando no estudo da devida fundamentação das decisões a partir da Constituição da República e do Código de Processo Civil de 2015. Foi feita, ainda, a análise de alguns julgados com o objetivo de verificar a aplicação prática do livre convencimento motivado e da fundamentação das decisões tanto durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973 quanto do CPC de 2015, a fim de elucidar que, mesmo com a previsão da necessidade da fundamentação das decisões, a simples motivação é que continua, muitas vezes, sendo aplicada.

O método utilizado foi o hipotético-dedutivo na vertente dogmático jurídica. A fonte da pesquisa foi bibliográfica, constituída por normas jurídicas, livros, artigos científicos e dissertações, sendo que o foco hermenêutico proposto para este estudo teve como marco teórico a Teoria do Processo Constitucional Democrático.

2 JURISDIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Importante iniciar o estudo com a análise da função jurisdicional do Estado, que será essencial para compreensão da evolução da decisão enquanto ato processual.

O artigo 1o da Constituição da República de 1988, dispõe que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]” (BRASIL, 1988).

Assim, sendo o Estado Democrático de Direito o atual paradigma constitucional, o qual permeia as relações jurídicas existentes nesse momento histórico (CAMARGOS, 2020), as leituras sobre jurisdição feitas em outros momentos devem ser descartadas. É o caso daquela que dispõe que a “jurisdição é uma das expressões do poder estatal, caracterizando-se este como a capacidade, que o Estado tem, de decidir imperativamente e impor decisões.” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 32).

Em verdade, no Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional deve ser compreendida como a atividade-dever do estado e, portanto, direito fundamental de todos, inclusive dos órgãos estatais, de obtê-la de forma adequada e eficiente, jamais uma atividade beneficente, caritativa (BRÊTAS, 2018).

E o mecanismo utilizado pelo Estado para viabilizar a resolução da lide, ou seja, a pretensão resistida por uma das partes, é o processo, durante o qual o julgador deve sempre vislumbrar a tutela dos direitos que inclua a atividade satisfativa e que observe os direitos e as garantias trazidos pela Constituição da República. Mais do que apenas declarar o direito, a jurisdição deve atender às exigências da esfera material, o que fica demonstrado, por exemplo, na busca pela primazia do julgamento de mérito⁵ e o combate à jurisprudência defensiva⁶.

A adoção de uma linha principiológica que garanta a aplicação da lei a partir do enfoque constitucional também é uma de suas características mais relevantes e que confirma a premissa acima:

A Constituição brasileira atual concede manifesto reconhecimento aos princípios como normas jurídicas impositivas, ao lado de regras, realçando a dimensão principiológica de seu sistema, quando, ao início, já no Título I, dispõe a respeito dos princípios fundamentais que regem a República Federativa do Brasil, referindo-se, em seguida, no seu artigo 1o, ao Estado Democrático de Direito, dado topológico este que, ao que entendemos, está a indicar a inclusão do Estado Democrático de Direito entre aqueles princípios fundamentais. (BRÊTAS, 2018, p. 156).

Com isso, surge um questionamento: “como é possível que os julgadores, não eleitos e não sujeitos à avaliação periódica pelos cidadãos, tomem decisões que possam prevalecer sobre a vontade popular?” (DELFINO, 2011, p. 369).

5 “Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.” e “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.” (BRASIL, 2015).

6 “A denominada “jurisprudência defensiva” pode ser caracterizada, hoje, como um excesso de rigorismo processual e procedimental. São decisões que se utilizam indiscriminadamente e estendem a aplicação de entendimentos jurisprudenciais, sumulados ou não, que contenham algum óbice ao conhecimento dos recursos.” (FARINA, 2012, p. 10).

Ocorre que a função jurisdicional está concentrada no Estado e não na pessoa do julgador e, por consequência, não decorre da forma de investidura no cargo, característica dos regimes democráticos (SOUSA, 2017, p. 61). Portanto, o membro do Judiciário ingressa na carreira mediante concurso público ou, ainda, por nomeação pelo quinto constitucional⁷, mas exerce a atividade jurisdicional em nome do Estado. Trata-se do princípio da investidura.

Como resposta ao questionamento acima, Rodrigo Ramina de Lucca defende que “a atividade jurisdicional extrai sua legitimidade pelo exercício procedimentalizado da participação das partes no processo, e da juridicidade e racionalidade das decisões ao final proferidas” (LUCCA, 2017, p. 128).

Lorena Ribeiro de Carvalho Sousa, promovendo uma releitura de Friedrich Müller, leciona que a Constituição da República de 1988, ao prever que todo poder emana do povo, expressa a ideia de que “este poder deve ser exercido por encargo do povo, até porque não é o Estado detentor do poder, mas sim seu ‘âmbito material de responsabilidade e atribuição” (SOUSA, 2017, p. 63).

Dessa forma, considerando que a Jurisdição visa preservar o ordenamento jurídico-constitucional no julgamento de casos concretos submetidos à apreciação estatal por meio do processo, as normas constitucionais devem prevalecer sobre as ordinárias e as decisões devem ser construídas de forma coerente com o ordenamento jurídico vigente e adequadas ao caso concreto.

Assim, a tutela jurisdicional efetiva, no Estado Democrático de Direito, é, sobretudo, um direito fundamental de qualquer pessoa e a fruição desse direito ocorre pela garantia fundamental do processo constitucional (BRÊTAS, 2018, p. 90), justificativa pela qual o Estado deve criar mecanismos para seu pleno exercício, com acesso à jurisdição de maneira ampla, devendo o legislador se preocupar em criar expedientes processuais que cumpram sua finalidade.

O inciso XXXV do art. 5º da CF é expresso quanto a qualquer ameaça ou lesão a direito não poder ser afastada do Poder Judiciário. O dispositivo impõe, por isso mesmo, que o direito processual civil estruture-se, desde a CF, em duas grandes frentes. Uma voltada à reparação de lesões ocorridas no passado, uma proposta retrospectiva da função jurisdicional, e outra, voltada para o futuro, uma visão prospectiva do processo, destinada a evitar a consumação de quaisquer lesões a direito, é dizer, a emissão de uma forma de tutela jurisdicional que imunize quaisquer ameaças independentemente de elas converterem-se em lesões. Independentemente, até mesmo, de elas gerarem quaisquer danos. Basta, quando a ameaça é o foro das preocupações da atuação jurisdicional, que haja uma situação antijurídica. (BUENO, 2019, p. 65).

Inerente é o dever de fundamentar as decisões, com o objetivo de “garantir fiscalidade à função jurisdicional e conter os arbítrios, discricionariedades, o solipsismo do julgador, que são incompatíveis com a noção de Estado Democrático de Direito” (SOUSA, 2017, p. 73).

7 "Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes." (BRASIL, 1988).

Nesse contexto, a fundamentação das decisões judiciais possui íntima relação com o Estado Democrático de Direito, com a segurança jurídica e com o devido processo constitucional, vez que as decisões arbitrárias implicam em grave ofensa às garantias supramencionadas.

Importante destacar que o dever de fundamentar as decisões vai muito além da concepção que é amplamente visualizada em algumas decisões emanadas pelo Judiciário. Afirma Ronaldo Brêtas que:

O princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais ainda se perfaz pelo princípio da congruência (ou princípio da adstrição do juiz ao pedido), este significando correspondência entre o que foi pedido pelas partes e que foi decidido, ou seja, deve existir correlação entre o objeto da ação ajuizada, que originou o processo, a pretensão, revelada no pedido formulado na petição inicial, e o objeto da decisão jurisdicional nele proferida. (BRÊTAS, 2018, p. 136).

O alicerce da decisão não pode ser originado de uma interpretação única do Juiz, devendo se basear em todos os argumentos e provas promovidos pelo contraditório e pela ampla defesa, os quais buscam concretizar a real influência das partes no processo.

Antes de aprofundar no estudo da fundamentação das decisões, necessário analisar o devido processo constitucional, afinal, a fruição do direito fundamental à jurisdição ocorre pela garantia fundamental do processo constitucional (BRÊTAS, 2018), sendo que este abrange outras garantias processuais fundamentais, como devida fundamentação e contraditório, os quais guardam íntima relação entre si.

2.1 O DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL

As lições democráticas trazidas no início do Século XX favoreceram o surgimento das Constituições Democráticas e iniciaram os estudos de convergência entre Constituição e Processo, propiciando a “condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo” (BARACHO, 1984, p. 125).

O fenômeno da constitucionalização do processo no Brasil, que tem como marco a promulgação da Constituição de 1988, traz uma visão democrática para o processo.

[...] Em razão da instituição dessa nova matriz disciplinar, com a promulgação da Constituição de 1988, o processo deve ser analisado sob uma perspectiva democrática, sendo necessário, para tanto, romper com as teorias do processo que o tratam como um poder do Estado, principalmente com a Teoria do Processo como Relação Jurídica (Escola Instrumentalista do Processo), sistematizada por Oskar Von Büllow (BÜLLOW, 1964), que serviu de marco teórico para o Código de Processo Civil de 1973, segundo a qual o processo é uma relação jurídica entre autor, réu e Juiz. (FREITAS, G.; FREITAS, S., 2016, p. 251).

Importante salientar que, antes da constitucionalização do processo, este possuiu outras compreensões. O processo enquanto relação jurídica tem como ponto de partida o direito subjetivo (concepção civilística), em que uma das partes, detentora de determinado direito, tem sua pretensão resistida, podendo exigir referido direito do sujeito passivo, “ante a existência de vínculo jurídico de exigibilidade entre os sujeitos processuais (SOUSA, 2017, p. 67).

Assim, é possível perceber que referida teoria não se adequa ao Estado Democrático de Direito, não devendo ser, portanto, aplicada:

[...] diante da vinculação de uma parte à outra e de ambas ao magistrado, é possível verificar que, apesar da importância da teoria da relação jurídica de Bülow para o avanço do estudo do processo, ela não se adequa ao Estado Democrático de Direito, o qual preceitua incessantes direitos de participação e fiscalização das partes, não sendo aceito que uma parte imponha à outra a prática de qualquer ato processual. (CAMARGOS, 2020, p. 24).

Rompendo com a concepção civilística, Elio Fazzalari, na década de 50, propôs nova noção de procedimento e de processo: “[...] o processo não se define pela mera seqüência, direção ou finalidade dos atos praticados pelas partes ou pelo juiz, mas pela presença do atendimento do direito ao contraditório entre as partes, em simétrica paridade [...]” (FAZZALARI, 2006, p. 118-121).

Ao revisitar os conceitos de processo e procedimento, passou-se a conceber o contraditório como elemento técnico incorporado na estrutura procedimental – entendida como a sequência de atos, normas e posições jurídicas – para configuração do processo (SOUSA, 2017, p. 68).

Já na teoria constitucionalista do processo, segundo José Alfredo de Oliveira Baracho, o surgimento do Direito Processual Constitucional ocorreu com a aproximação entre Constituição e Processo: “Não se trata de um ramo autônomo do Direito Processual, mas sim de uma colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição” (BARACHO, 1984, p. 125).

Pode-se dizer, portanto, que “a teoria do processo constitucional se concretiza com a tutela da supremacia constitucional desaguando na proteção dos direitos fundamentais.” (CAMARGOS, 2020, p. 31).

É comum encontrar nos manuais e nas obras que versam sobre Direito Constitucional a menção ao princípio do Devido Processo Legal⁸. Ocorre que, em verdade, o princípio constitucional deve ser denominado de “devido processo constitucional”. Isso porque, sobretudo, no modelo de ordenamento jurídico adotado pelo Estado, a base principiológica decorre da Constituição da República e não da lei:

Por esta razão, aliás, aliada à correta compreensão da importância do “modelo constitucional” para o estudo do direito processual civil, não há como deixar de reconhecer que o chamado “devido processo legal” é, antes de tudo, um “devido processo constitucional”, expressão que enfatiza que a pauta de reflexão sobre o direito, em um modelo de Estado como o brasileiro, tem que partir da Constituição, e não da lei. Destarte, é a expressão que este Manual passa a empregar daqui em diante. (BUENO, 2019, p. 68).

Portanto, o devido processo constitucional é exatamente a prestação jurisdicional sob o prisma da Constituição, que deve reger todos os procedimentos pois remete à ideia de que, além dos princípios autônomos trazidos pela legislação infraconstitucional, todas as garantias processuais constitucionais devem ser observadas.

8 Flávio Martins em sua obra Curso de Direito Constitucional; André Ramos Tavares em sua obra Curso de Direito Constitucional; Fernando da Fonseca Gajardoni em sua obra Teoria Geral do Processo; dentre outros.

Rosemiro Pereira Leal, em convergência, ensina:

O Judiciário, nas esperadas democracias plenárias, não é o espaço encantado (reificado) de julgamento de casos para revelação da JUSTIÇA, mas órgão de exercício judicial segundo o modelo constitucional do processo em sua projeção de intra e infra expansividade principiológica e regradora. O Devido Processo Constitucional é que é jurisdicional, porque o processo é que cria e rege a dicção procedimental do direito, cabendo ao juízo ditar o direito pela escritura da lei no provimento judicial. Mesmo o controle judicial de constitucionalidade há de se fazer pelo devido processo constitucional, porque a tutela jurisdicional da constitucionalidade é pela Jurisdição Constitucional da lei democrática e não da autoridade (poder) judicial (decisória) dos juízes. (LEAL, 2002b, p. 66).

Há um contexto histórico que explica o equívoco, conforme lições de Luís Roberto Barroso:

De grande riqueza histórica, a expressão devido processo legal, oriunda da inglesa "*due process of law*", remonta à cláusula "*law of the land*" da "*Magna Carta*" do Rei John Lackland, documento precursor do constitucionalismo, datado de 1215, tendo, no entanto, ocorrido sua consagração em texto positivo através da 5ª e 14ª emendas à Constituição norte-americana. (BARROSO, 2015, p. 209).

Portanto, o *law*, traduzido como lei, tem significado de Direito, de um ordenamento jurídico específico e, sendo regido, no Estado, pela Constituição, não há outra nomenclatura senão devido processo constitucional.

Importante salientar que, diante da necessidade de que o sistema processual civil esteja de acordo com as garantias fundamentais previstas na Constituição da República de 1988 a exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015 estipulou:

Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; [...]. (BRASIL, 2010).

Feitos os apontamentos supra, a garantia constitucional da fundamentação das decisões, enseja um certo controle à atividade do magistrado que, por consequência, limita suas funções, com adequada aplicabilidade e observação dos princípios constitucionais, evidenciando as decisões arbitrárias, que tenham descumprido direitos fundamentais ou ainda contrárias à legislação ordinária.

Portanto, o processo como modelo constitucionalizado deve ser obedecido na construção dos procedimentos na infra-constitucionalidade. O contraditório deixa de ser mero atributo do processo para se tornar condição de princípio determinativo de sua própria inserção na estruturação de todos os procedimentos preparatórios dos atos jurisdicionais (LEAL, 2002a).

As partes passam a participar da construção do ato decisório, sendo o contraditório um princípio para a promoção da isonomia entre as partes:

No Estado Democrático de Direito, o contraditório deve ser compreendido como princípio de influência e de não surpresa, tornando-se base para o princípio da fundamentação da decisão e para o exercício do controle da argumentação utilizada pelo juiz. Se houver a restrição ou a supressão da garantia constitucional do contraditório, certamente, haverá a violação da garantia constitucional da fundamentação das decisões. Ao passo que se o princípio da fundamentação das decisões for respeitado, o contraditório também foi respeitado no trâmite processual. (BRÊTAS, 2018, p. 132).

Há, portanto, uma relação direta entre a fundamentação das decisões judiciais e o princípio do contraditório, pois deve ser oportunizado às partes a possibilidade de apresentar provas e argumentos, sendo o ato decisório uma construção participada (SOUSA, 2017, p. 73). Nesse sentido, Lucas de Alvarenga Gontijo afirma que “o fenômeno jurídico é dialético, constrói-se caso a caso e com a racionalização dos argumentos envolvidos. Isto se dá porque existe a partir da comunidade que o encerra e em função dela” (GONTIJO, 2011, p. 128).

Ora, se o fenômeno jurídico existe a partir da comunidade, a decisão clara e fundamentada é medida que se impõe, vez que, se assim não for, o Direito não alcança seu objetivo e se torna inócuo. O procedimento judicial deve ser horizontal, próximo e em função das partes e da sociedade para, assim, ser visto como instrumento efetivo de resolução dos problemas, principalmente pelas classes sociais mais baixas.

Se um julgado não traz em sua parte dispositiva uma resposta à todas as alegações das partes, percebe-se a inobservância do princípio da fundamentação das decisões, com consequente ofensa à garantia processual da tutela jurisdicional efetiva (FREITAS, G.; FREITAS, S., 2016, p. 256).

O julgador deve buscar a desburocratização do Direito e a efetividade da prestação jurisdicional para alcançar a efetivação das garantias fundamentais, sejam individuais ou coletivas.

Neste sentido, Niklas Luhmann descreve a necessidade utilitária do direito como “desafogamento de atenção e da responsabilidade com respeito às consequências da decisão” (LUHMANN, 2002, p. 167). A lição do autor é a de que o processo de tecnicização do fenômeno jurídico, permite ao julgador se eximir de proferir decisões efetivas, claras, fundamentadas. Portanto, o julgador se torna mero “aplicador automatizado” das regras jurídicas, sem avaliar a fundo o caso concreto, proferindo decisões que, ainda que de acordo com a legislação, não são efetivas e não integram às partes e sociedade.

A decisão, portanto, encontra sua validade no respeito às regras judiciais, e não na sociedade, se tornando inócua, sem efetividade. A “formalística insensata” utilizadas nas decisões judiciais podem ser contestadas pela sociedade, seja pela ausência de senso crítico, de análise subjetiva, mas, com relação ao método jurídico, nada pode ser feito.

Por isso, as garantias processuais, como tutela jurisdicional efetiva, constituem-se direitos positivos, que dependem de prestações positivas do Estado, sendo a fundamentação das decisões uma garantia constitucional, o que evidencia a importância do presente estudo.

Ao adentrar com maior profundidade no estudo da fundamentação das decisões, importante iniciar com um breve histórico do instituto no ordenamento processual brasileiro.

3 DO LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

A decisão baseada apenas na interpretação isolada do Juiz era proferida sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, mais especificamente no artigo 131, o qual expressava o sistema do livre convencimento do juiz, a partir do qual o magistrado estava autorizado a apreciar livremente os fundamentos e provas trazidos aos autos: “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.” (BRASIL, 1973).

Nelson Nery Júnior esclarece que, com o sistema do livre convencimento, a decisão sem fundamentação é nula, todavia, basta que o magistrado motive as razões do seu convencimento⁹, sendo ele soberano na análise dos autos:

Livre convencimento motivado. O juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos. Deve decidir de acordo com o seu convencimento. Cumpre ao magistrado dar as razões de seu convencimento. Decisão sem fundamentação é nula pleno jure (CF 93 IX). Não pode utilizar-se de fórmulas genéricas que nada dizem. Não basta que o juiz, ao decidir, afirme que defere ou indefere o pedido por falta de amparo legal; é preciso que diga qual o dispositivo de lei que veda a pretensão da parte ou interessado e porque é aplicável no caso concreto. (NERY JÚNIOR, 2004, p. 519).

A afirmação - até hoje ainda muito usada - de que o Juiz não está obrigado a se manifestar a respeito de todas as alegações das partes decorre da equivocada compreensão do princípio da fundamentação e da extensão da passagem “questões relevantes ao processo”.

Assim, na necessidade de simples motivação, há uma premissa de que aquele que julga tem o poder de cotejar quais as alegações trazidas devem ser analisadas, com filtro subjetivo do que é ou não pertinente à solução do conflito. A fundamentação acaba se tornando uma exaltação das razões que amparam o ato decisório do juiz, sendo os argumentos e provas trazidos pelas partes sumariamente ignorados. Pode-se dizer, por exemplo, que “a decisão dá as razões pelas quais o vencedor venceu, mas não diz porque o sucumbente perdeu” (LUCCA, 2017, p. 225-226).

Não se pode, portanto, confundir a simples motivação prevista no CPC de 1973 com a necessidade da devida fundamentação, prevista no CPC de 2015, a partir do qual

devem ser evitadas referências genéricas e não justificadas, do tipo: ‘a prova produzida pelo autor não convence!’ Com isso o juiz de maneira alguma se desincumbiu do dever de motivar: ele tem de explicar por que não lhe pareceu convincente a prova produzida pelo autor. Analogicamente, quando o juiz afirma: ‘as alegações do réu não ficaram comprovadas’, ele precisa demonstrar que isso realmente aconteceu; se as provas produzidas pelo réu não o convenceram, que ele exponha os motivos pelos quais não ficou convencido. (MACHADO, 2016, p. 121).

A diferença, apesar de parecer tênue, é clara quando analisados casos concretos.

Importante colacionar esta decisão proferida na vigência do Código de Processo Civil de 1973 em que o magistrado estava autorizado a apreciar livremente os fundamentos e as provas trazidos aos autos:

[...] 3. Não está obrigado o Magistrado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas, sim, com o seu livre convencimento (art. 131, do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto. [...]. (BRASIL, 2001).

A questão é que, a partir da análise de decisões proferidas vinte anos mais tarde e na vigência de um Código de Processo Civil que não mais prevê a possibilidade de simples motivação das decisões, mas a necessidade da devida fundamentação, é possível perceber que o livre convencimento motivado continua sendo aplicado.

Como exemplo, importante leitura da decisão do AgInt no REsp 1909266 / PR, na qual o Ministro relator concordou com a decisão proferida em sede de Embargos de Declaração pelo Tribunal de Justiça do Paraná, o qual expressamente concluiu que, “tendo o julgador encontrado motivação processual suficiente para o convencimento, não está obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações da parte.” (BRASIL, 2021):

[...] 1. No julgamento dos Aclaratórios, a Corte de origem asseverou: “O embargo, embora mereçam conhecimento, não devem ser providos. Da leitura do acórdão, é possível verificar que todas as questões e argumentos trazidos pela parte, foram devidamente analisados, sendo as negativas devidamente fundamentadas. No mais, **tendo o julgador encontrado motivação processual suficiente para o convencimento, não está obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações da parte.** (...) Desse modo, tem-se que todos os temas devolvidos pelo recorrente foram expressamente analisados e julgados na decisão, o que basta para tornar a matéria prequestionada, sendo desnecessária menção expressa a artigo de lei: (...) Por fim, caso o embargante discorde da solução dada, deve manejar o recurso adequado, haja vista que os aclaratórios não se prestam ao rejuízo da matéria. Portanto, rejeito os embargos de declaração” (fls. 582-583, e-STJ).

2. Conforme constou na decisão agravada, **não se configurou a alegada ofensa aos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015**, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou, de maneira amplamente fundamentada, a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado.

3. O órgão julgador não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Precedentes: AgInt nos EDcl no AREsp 1.290.119/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 30.8.2019; AgInt no REsp 1.675.749/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.8.2019; REsp 1.817.010/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.8.2019; AgInt no AREsp 1.227.864/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.11.2018. [...] (BRASIL, 2021, grifo nosso).

Supramencionada decisão, em clara aplicação do livre convencimento motivado - frise-se, previsto no não mais vigente Código de Processo Civil de 1973 - ainda especifica que o órgão julgador não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram e conclui que o magistrado deve apenas observar as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução, ou seja, deixando claro que ele deve analisar apenas o que ele entende ser necessário.

Assim, mesmo anos após a promulgação e vigência do Código de Processo Civil de 2015, é comum defrontar-se com decisões que não guardam sintonia com os requisitos trazidos pela legislação processual atual, em descompasso com o devido processo constitucional e, conseqüentemente, com a própria Constituição da República.

Daí a importância de se estudar o instituto da fundamentação das decisões como garantidor do devido processo constitucional, e o estudo do processo no Estado Democrático de Direito e seu reconhecimento como verdadeiro mecanismo de participação e fiscalização na construção das decisões.

3.1 A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

A Constituição da República de 1988 consagra o princípio do devido processo constitucional, a partir do qual decorrem todos os outros, inclusive o da fundamentação das decisões, trazendo o artigo 93, inciso IX a previsão de que “IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]” (BRASIL, 1988).

A fim de garantir a legitimidade da função jurisdicional, as decisões não podem se basear no livre convencimento do magistrado.

Na atual quadra histórica, e com os avanços propiciados pelos estudos da ciência processual, tem-se que o conteúdo do ato decisório não pode mais se resumir no que o julgador acredita ser o direito aplicável, segundo seu livre convencimento; tampouco pode corresponder a uma aplicação mecânica sobre o que os tribunais superiores, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, atribuem como tese jurídica, a ser aplicada irrefletidamente e sem preocupação com o caso concreto, em prol da busca por uma eficiência quantitativa (de números). Pensar a construção da decisão, sob este viés, só permite a perpetuação de um protagonismo judicial, incompatível com o Estado Democrático de Direito. Faz-se necessário, de uma vez por todas, delimitar o conteúdo da decisão, em especial da judicial (objeto deste estudo), e garantir maior democracia e legitimidade da função jurisdicional. (SOUSA, 2017, p. 17).

Assim, a fundamentação das decisões judiciais tem relação direta com o Estado Democrático de Direito, com a segurança jurídica e com o devido processo constitucional.

Além disso, entende a fundamentação como a demonstração de que:

[...] a decisão está fundada sobre uma premissa fática devidamente alegada e provada nos autos e sobre uma premissa jurídica correta, pois fruto da aplicação de uma norma jurídica previamente estabelecida e conhecida pelas partes, ainda que tenha sido extraída de uma complexa interpretação do sistema jurídico, dos seus princípios estruturantes e dos valores da sociedade. (LUCCA, 2017, p. 86-87).

Nesse sentido, a melhor forma de integrar às partes que não tenham profundo conhecimento jurídico envolvidas em um processo judicial é por meio de decisões claras, didáticas e, sobretudo, efetivas. Fundamentar uma decisão apenas com apontamentos legais e rígidos só contribui para a verticalização do procedimento, prática dissociada da fundamentação efetiva que se pretende abordar.

A fundamentação, além de trazer os apontamentos legais, deve, valendo-se do pensamento habermasiano, ser racional. Conforme leciona Marco Antônio Sousa Alves, a racionalidade está atrelada ao poder discursivo, ou seja, a qualidade da argumentação demonstrará se a decisão é racional, isonômica e válida. Esclarece ainda que “uma vez que a racionalidade é definida em termos de susceptibilidade de crítica e de fundamentação, racional passa a ser aquele indivíduo capaz de fundamentar suas manifestações ou emissões nas circunstâncias apropriadas” (ALVES, 2009, p. 185).

Habermas busca construir uma lógica de argumentação partindo de diferentes pretensões de validez, sendo que o processo encontra sua legitimidade na democracia. Nesse norte, o procedimento democrático propõe uma “conexão interna entre considerações pragmáticas, compromissos, discursos de autocompreensão e discursos relativos a questões de justiça e fundamenta a suposição de que sob tais condições obtém-se resultados racionais e equitativos” (HABERMAS, 1995).

Baseado na proposição habermasiana, esclarece Dierle Nunes:

Em decorrência dessa perspectiva procedimental do Estado Democrático de Direito, vislumbra-se que nem a autonomia privada nem a autonomia pública possuem precedência, mas, sim, pressupõem-se mutuamente. No espaço procedimental discursivo criado, será possibilitada a livre flutuação de temas e de contribuições, de informações e de argumentos na formação falível da deliberação. (NUNES, 2017, p. 65).

O procedimento legítimo, portanto, deve dispor de procedimento e instrumentos que garantam a coparticipação das partes na construção do ato decisório e, nesse sentido, a fundamentação da decisão deve abordar todos os argumentos e provas apresentados nos autos do processo analisado (SOUSA, 2017, p. 60-61).

A fundamentação das decisões, além de ter sua função endoprocessual, conforme trazido no parágrafo anterior, tem o condão, também, de propiciar a extensão do debate à toda comunidade, criando um modelo de controle difuso (SOUSA, 2017, p. 71).

A devida fundamentação das decisões, ao garantir a participação e permitir a fiscalização pelo povo, é uma concretização do Estado Democrático de Direito.

[...] a fundamentação das decisões, enquanto exigência constitucional, torna-se destacado instrumento de controle democrático do conteúdo da decisão, como também do próprio exercício da função jurisdicional, permitindo-se tanto a controlabilidade exercida pelos participantes do processo, quanto a fiscalização do povo, por meio da publicidade e da transparência dos atos procedimentais. (SOUSA, 2017, p. 72).

A fundamentação das decisões é definida como mecanismo de controle das justificações expostas nas decisões, afastando decisões de cunho irracional, abstrato, discricionário ou arbitrário (SOUSA, 2017, p. 72).

Com a previsão constitucional, é necessária sua previsão e dissecação por lei ordinária, justificativa pela qual o Código de Processo Civil de 2015 trouxe previsão específica para a fundamentação das decisões, prevista no artigo 489, §1º.

É possível dizer, portanto, que a partir da análise da Constituição da República e do Código de Processo Civil de 2015,

houve uma evolução no que tange à fundamentação das decisões, à necessidade de argumentação fática e jurídica de forma correlacionada com as especificidades do caso concreto, e sua obrigatoriedade, ao invés de simples indicação dos motivos que levaram àquele resultado. E esta é a diferença entre fundamentação e motivação. (CAMARGOS, 2020, p. 50).

Assim, a fundamentação das decisões reafirma o processo judicial (e os procedimentos administrativos) como um conjunto de atos constitucionalizados, com o objetivo precípuo de garantir o exercício dos direitos fundamentais de maneira efetiva, garantindo a coparticipação das partes na construção do ato decisório, haja vista que o processo existe e se encerra pela e para as partes e, por consequência, é construído e surte efeitos na comunidade. Lado outro, a decisão simplesmente motivada, por não considerar todos os argumentos formulados e provas constituídas, não se apresenta como instrumento a efetivar a prestação jurisdicional baseada no modelo constitucional de processo adotado por nosso ordenamento jurídico.

3.2 O ARTIGO 489, §1º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

No Estado Democrático de Direito há, portanto, o dever do magistrado de fundamentar devidamente os atos decisórios, sob pena de nulidade (artigo 93 inciso IX da Constituição da República), o que é reiterado pelo artigo 11 do Código de Processo Civil de 2015: " Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade." (BRASIL, 2015).

Ao magistrado, cabe a função e o dever de fundamentar o ato decisório, "demonstrando às partes, aos tribunais que lhe são hierarquicamente superiores e à sociedade de modo geral que aquela era a decisão correta a ser tomada" (LUCCA, 2017, p. 30).

[...] a fundamentação das decisões visa a romper com arbitrariedade e a discricionariedade do órgão julgador, e mais, busca ultrapassar uma visão de processo pautado em protagonismo judicial, afeito à crença de que ao juiz (e sua clarividência) cabe decidir conforme a sua convicção e preferência, desprezando as contribuições dos sujeitos processuais, da doutrina, da jurisprudência e da própria história institucional do direito a ser aplicado. (SOUSA, 2017, p. 82).

Entretanto, conforme visto neste estudo, mesmo com a previsão constitucional, a fundamentação das decisões tem sido objeto de compreensões diversas e, por vezes, aplicada de maneira equivocada.

Nesse cenário, a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, em especial a introdução do artigo 489 e seu parágrafo primeiro, foi a forma encontrada para afastar decisões com superficial exposição da convicção do magistrado ou, muitas vezes, sem qualquer exposição fática.

Prevê o artigo 489, §1º:

Art. 489. [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (BRASIL, 2015).

É possível perceber, portanto, que supramencionado dispositivo processual traz as situações em que a decisão não pode ser considerada fundamentada.

A inovação trazida pelo legislador no artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil de 2015 propõe-se a elencar, mediante um critério negativo, de exclusão – isto é, do que não se considera uma decisão fundamentada – hipóteses a serem observadas quando da prolação de um ato decisório. As hipóteses, então, elencadas no citado dispositivo pretendem atingir as exigências de legitimidade, dentro da ordem constitucional vigente, o que busca inviabilizar a crença em respostas pré-fabricadas (pautadas em teses decididas), antes mesmo do debate processual. [...] somente em atenção às particularidades do caso concreto é que se torna condição de possibilidade a formação legítima e adequada da decisão, com a interação argumentativa entre os sujeitos processuais, nos moldes apregoados pelo modelo constitucional de processo. (SOUSA, 2017, p. 83-84).

Esse artigo é um dos vários trazidos no texto do Código de Processo Civil de 2015 que expõe uma das maiores preocupações do legislador com o novo diploma, que era exatamente a adequação da norma processual ao texto constitucional (FREITAS, G.; FREITAS, S., 2016, p. 264).

O artigo 489 superou teoricamente a prática que ainda é ponto controvertido objeto de amplas discussões judiciais: a de não enfrentar todas as alegações trazidas pelas partes. Com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, exigiu-se do magistrado o enfrentamento de “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (BRASIL, 2015).

Referido dispositivo confirma participação das partes na medida em que suas provas e manifestações são efetivamente consideradas pelo magistrado, em atenção ao princípio do contraditório (FREITAS, G.; FREITAS, S., 2016, p. 265).

O problema é que, a partir do estudo dissertativo sobre as teorias do processo civil e da origem do Código de Processo Civil de 2015, desde a sua exposição de motivos, por ser de enorme relevância a contextualização do momento, é possível concluir que o Código de Processo Civil ainda possui dispositivos que vão de encontro com o Estado Democrático de Direito e entram em contradição com alguns de seus próprios artigos:

[...] analisando a exposição de motivos, o projeto e os relatórios correspondentes, não causa espanto a dedução de que, não obstante ter sido o Código de Processo Civil de 2015 confeccionado na vigência do paradigma do Estado Democrático de Direito, muitos de seus dispositivos não são inteiramente democráticos, tampouco baseados na Constituição da República.

[...] o Código de Processo Civil de 2015, assim como ocorreu com seus atos preparatórios, não apenas permanece conectado com compreensões que destoam do Estado Democrático de Direito, como também entra em contradição entre seus próprios artigos. (CAMARGOS, 2020, p. 73).

No mesmo sentido:

[...] ainda que gestado em um regime constitucional democrático, o CPC/2015 nega vigência aos princípios do Estado Democrático de Direito, porque não rompe com o paradigma do Estado Social. Assim, qualquer mudança que se faça na interpretação de institutos jurídicos a fim de democratizá-los (como tentaram fazer com o contraditório) será insuficiente, porque o direito que está por trás de sua estrutura permanece ligado a compreensões obsoletas incompatíveis com a teorização democrática. (ARAÚJO, 2018, p. 117-118).

Exemplo de artigos contraditórios no Código de Processo Civil de 2015 é justamente o parágrafo primeiro do artigo 489 e o artigo 371. Enquanto aquele aprofunda na necessidade de fundamentação das decisões judiciais, indo ao encontro do que preconiza o Estado Democrático de Direito, este abre espaço para que o livre convencimento motivado seja aplicado, como de fato ocorre ainda atualmente, ao dispor que: "o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento." (BRASIL, 2015).

Com a alteração do Código de Processo Civil e a inovação trazida pelo artigo 489, §1º, ficou demonstrada a preocupação do legislador em garantir a aplicabilidade integral do princípio da fundamentação das decisões como decorrência do devido processo constitucional, reforçando o dever dos julgadores de fundamentar suas decisões, ainda que existam outros dispositivos do próprio CPC que prevêm o contrário, conforme visto acima. Tendo como paradigmas o Estado Democrático de Direito e a teoria constitucionalista do processo, o artigo 489 do Código de Processo Civil deve ser exaltado, já que em consonância com o que eles preconizam.

O artigo 489 se mostra como importante instrumento para concretização do devido processo constitucional ao impor a necessidade de que as decisões sejam fundamentadas com a identificação de todos os argumentos e provas empreendidos pelas partes, e a realização da análise detalhada do caso julgado, bem como de eventual julgado anterior, para que seja pos-

sível aplicar um precedente, que deve guardar similitude suficiente que o autorize a utilizá-lo como precedente (FREITAS, G.; FREITAS, S., 2016, p. 266).

O magistrado deve analisar todos os argumentos e provas empreendidos pelas partes, sendo mecanismo de superação ao subjetivismo:

[...] a atividade de fundamentação do magistrado não é mais dotada da liberdade anteriormente concedida pelo sistema do livre convencimento motivado, estando, nesse novo momento, totalmente vinculada ao contraditório, sendo por esse, também, limitada e fiscalizada. (FREITAS, G.; FREITAS, S., 2016, p. 267).

Lorena Sousa, em lição convergente, conclui que

[...] a correta compreensão do artigo 489, §1º, do CPC/15 exige por parte do julgador o enfrentamento de todos os argumentos levados a cabo pelas partes, sobretudo da parte sucumbente, a fim de permitir maior controlabilidade de suas justificativas, sob pena de se restar caracterizada violação ao princípio do contraditório e à fundamentação das decisões. O artigo 489, §1º, do CPC/15 demonstra que, para se construir uma fundamentação adequada, é preciso abandonar métodos decisórios obsoletos desde a exegese [...] e se apostar na reconstrução argumentativa do caso concreto, em respeito às suas particularidades. E essa reconstrução só é realizável quando se cogita o processo fincado nas bases do modelo constitucional. (SOUSA, 2017, p. 100).

Portanto, o julgador está obrigado a fundamentar sua decisão com base em todos os argumentos carreados pelas partes, sob pena de violação ao princípio do contraditório e da fundamentação das decisões e, nesse sentido, o artigo 489, §1º do Código de Processo Civil de 2015 é o instrumento eficaz à implementação da sistemática do processo alicerçado nas bases do modelo constitucional, cabendo à sociedade e, principalmente, aos operadores do Direito, a fiscalização do Judiciário para que a fundamentação das decisões e todas as demais garantias constitucionais imprescindíveis à condução do processo sejam observadas.

4 CONCLUSÃO

É possível concluir, portanto, que o presente estudo evidenciou a imprescindibilidade da devida fundamentação das decisões para a efetivação da prestação jurisdicional baseado no modelo constitucional de processo.

Nesse sentido, demonstrou-se a importância de se fundamentar efetivamente as decisões, ou seja, afastando a simples motivação que, como visto, possui respaldo no não mais vigente Código de Processo Civil de 1973. Só assim as decisões estarão em consonância com o ordenamento jurídico, em respeito ao Estado Democrático de Direito e suas consequentes garantias constitucionais imprescindíveis a esse modelo processual, com especial destaque ao contraditório e ao princípio do devido processo constitucional.

O trabalho ora apresentado demonstrou que o procedimento legítimo pressupõe a condução do processo com institutos que garantam a coparticipação das partes na construção do ato decisório, sendo inafastável do ato decisório a base fática que orientou o julgado, abordando

todos os argumentos e provas apresentados nos autos do processo, sob pena de violação ao princípio do contraditório e da fundamentação das decisões.

Nesse sentido, o artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil de 2015 vem como instituto eficaz à implementação da sistemática do processo alicerçado nas bases do modelo constitucional do processo, sendo extremamente específico em definir o que não pode ser considerada como decisão fundamentada no Estado Democrático de Direito.

Entretanto, apesar de estar expressa no mencionado artigo a exigência de que o magistrado enfrente todos os argumentos deduzidos no processo capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgador, ainda é muito frequente nos depararmos com decisões dos tribunais pátrios (destacamos neste trabalho decisões do Superior Tribunal de Justiça) justificando determinado posicionamento no fato de que o magistrado não está obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações da parte.

Este estudo possui, portanto, importância acadêmica e prática justamente por permitir a reflexão de que existe grande diferença entre motivação - advinda do livre convencimento motivado, previsto no Código de Processo Civil de 1973 - e fundamentação das decisões - expressa garantia constitucional.

Além disso, a presente pesquisa também reforça a necessidade de uma mudança de racionalidade dos sujeitos do processo e a ideia de que não há evolução efetiva, tampouco consonância com o Estado Democrático de Direito, quando a legislação é alterada (como foi) e as decisões judiciais continuam sendo proferidas com base em conceitos e institutos passados, que não guardam relação com o paradigma constitucional atual, tampouco com o próprio Código de Processo Civil vigente, violando garantias processuais constitucionais.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Marco Antônio Sousa. Racionalidade e argumentação em Habermas. *Kinesis*, Marília, v. 1, n. 2, p. 179-195, out. 2009. Disponível em: <http://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Kinesis/Artigo13.M.Souza.pdf>. Acesso em: 8 maio 2021.
- ARAÚJO, Bruno Amazan Avelar de. *Compromissos teórico-paradigmáticos do contraditório dinâmico: a fragilidade democrática do princípio do contraditório como garantia de influência e não surpresa*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/pdmd/article/view/6747>. Acesso em: 8 maio 2021.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Senado, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869impressao.htm. Acesso em: 8 maio 2021.
- BRASIL. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 17 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 8 maio 2021.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 maio 2021.
- BRASIL. *Exposição de motivos*. Brasília, DF: Senado, 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 8 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *AgInt no REsp 1909266/PR*. Relator: Min. Herman Benjamin, 8 de março de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003204893&dt_publicacao=16/03/2021. Acesso em: 8 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). *EDcl no AgRg no REsp 279.889/AL*. Relator: Min. José Delgado, 16 agosto de 2001. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200000986119&dt_publicacao=24/09/2001. Acesso em: 8 maio 2021.

BRÊTAS, Ronaldo Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CAMARGOS, Laís Alves. *O direito constitucional ao recurso e à fundamentação das*

decisões: estudo crítico do julgamento em única instância em sede recursal. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2020. Disponível em: <https://repositorio.fumec.br/xmlui/handle/123456789/585>. Acesso em: 8 maio 2021.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DELFINO, Lúcio. *O processo democrático e a ilegitimidade de algumas decisões judiciais*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FARINA, Fernanda Mercier Querido. Jurisprudência defensiva e a função dos tribunais superiores. *Revista de Processo*, [S. l.], v. 209, jul. 2012. Disponível em: https://www.academia.edu/download/34085813/JURISPRUDENCIA_DEFENSIVA_E_A_FUNCAO_DOS_TRIBUNAIS_SUPERIORES.pdf. Acesso em: 12 maio 2021.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual* [Istituzioni di diritto processuale]. Tradução Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FREITAS, Gabriela Oliveira; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. A superação do livre convencimento motivado no Código de Processo Civil de 2015: uma análise do dever de fundamentação das decisões. *Revista de Estudos Jurídicos UNA*, [S. l.], v. 3, n. 1, 2016. Disponível em: <http://revistasgraduacao.una.emnuvens.com.br/rej/article/view/50>. Acesso em: 24 fev. 2020

GONTIJO, Lucas de Alvarenga. *Filosofia do Direito: Metodologia Jurídica, Teoria da Argumentação e Guinada Linguístico-pragmática*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Três modelos de democracia*. 1995. Disponível em <https://www.scielo.br/j/ln/a/tcSTz-3QGHghmfzvbvL6m6wck/?lang=pt>. Acesso em 19 jan. 2022.

LEAL, Andre Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002a.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 2002b. v. 1.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidade Iberoamericana, 2002.

MACHADO, Daniel Carneiro. A visão tridimensional do contraditório e sua repercussão no dever de fundamentação das decisões judiciais no processo democrático. *Coleção Jornada de Estudos ESMAF*, Brasília, v. 26, maio 2016.

NERY JÚNIOR, Néelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2017.

SOUSA, Lorena Ribeiro de Carvalho. *O dever de fundamentação das decisões no código de processo civil de 2015: Um estudo crítico das decisões do Superior Tribunal de Justiça a partir do modelo constitucional de processo*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

02

CAPÍTULO

A ESCOLA INSTRUMENTALISTA DO PROCESSO E O ATIVISMO JUDICIAL: INFLUÊNCIAS RECÍPROCAS

ANA MARIA DINIZ SOARES¹

JESSICA SÉRIO MIRANDA²

DANÚBIA PATRÍCIA DE PAIVA³

RESUMO

O trabalho abordará como tema problema a influência da teoria instrumentalista, como base para o ativismo judicial, partindo da conceituação e diferenciação do ativismo judicial em relação a judicialização da política e ao garantismo e apontando seu histórico no sistema jurídico brasileiro. Fora demonstrada a importância da definição de processo para que se determine a atuação jurisdicional e a contribuição da teoria instrumentalista para ocorrência do ativismo. Para o desenvolvimento da pesquisa, fora utilizado o método dedutivo, com marco teórico na teoria neoinstitucionalista de Rosemiro Pereira Leal, que se apresenta como hipótese de solução ao problema apontado.

Palavras-chave: ativismo judicial; judicialização da política; garantismo; teoria instrumentalista; teoria neoinstitucionalista.

ABSTRACT

The work will address as a problem theme the influence of instrumentalist theory, as a basis for judicial activism, starting from the conceptualization and differentiation between judicial activism, judicialization of politics and guarantism and pointing out its history in the Brazilian legal system. The importance of defining the process to determine jurisdictional performance and the contribution of instrumentalist theory to the occurrence of activism were demonstrated. For the development of the research, the deductive method had been used, with a theore-

1 Bacharel em Direito pela Universidade Fumec, Belo Horizonte/MG. E-mail: anadinizoares@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5070396612598429>.

2 Mestre em Direito Público pela Universidade Fumec, Belo Horizonte/MG. Associada do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Processual (GEPRO). Assessora no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. E-mail: jessicaserio500@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8332541440237592>.

3 Advogada e Professora. Doutora em Direito Processual Civil pela Universidade PUC/MINAS (2020). Mestre em Direito Público pela Universidade FUMEC (2015). Graduada em Direito pela UFMG (2007) e em Gestão Pública e Direito Administrativo pelo UNI/BH (2004). Possui Pós-graduação Lato Sensu em Direito Processual Civil pela UNIDERP (2010) e em Direito do Estado pela Universidade Cândido Mendes (2019). Professora na Escola Superior de Advocacia da OAB, na Universidade FUMEC e na Faculdade ALIS. Produtora de conteúdo sobre Direito Digital na página @direitonoponto do Instagram. E-mail: danubia.paiva@fumec.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5839057345626036>.

Como citar o presente artigo científico:

SOARES, Ana Maria Diniz; MIRANDA, Jessica Sérgio; PAIVA, Danúbia Patrícia de. A escola instrumentalista do processo e o ativismo judicial: influências recíprocas. In: CAMARGOS, Laís Alves; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). Direito Processual Constitucional e sua Perspectiva Democrática. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2021, p. 30-43

tical framework in the neoinstitutionalist theory of Rosemiro Pereira Leal, presented as a hypothesis of solution to the problem.

Keywords: *judicial activism; judicialization of politics; guarantism; instrumentalist theory; neoinstitutionalist theory.*

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo principal demonstrar a maneira pela qual a teoria instrumentalista do processo contribui para a ocorrência do ativismo judicial.

Para examinar a temática, será abordado o conceito de ativismo judicial, tomando como base as observações e pontuações feitas por Lenio Luiz Streck, tendo em vista que o conceito do que é ativismo não é consenso no mundo jurídico, gerando diversas construções acerca do tema. Além disso, será analisada sua diferenciação em relação a outros enfoques, como a judicialização da política e o garantismo, tecendo considerações acerca das origens do ativismo judicial, seu histórico e as influências deste fenômeno no Brasil.

Tendo conceituado ativismo e o contextualizado no atual cenário brasileiro, o estudo discorrerá sobre a análise do processo segundo Oskar von Bülow e suas influências no processo brasileiro, apontando, em especial, a teoria instrumentalista do processo como um alicerce do ativismo judicial.

Para o presente estudo utilizou-se o método dedutivo, adotando-se como marco teórico a teoria neoinstitucionalista do processo, concebida por Rosemiro Pereira Leal e apontada como uma das possíveis soluções para o tema problema.

2 COMPREENSÕES DE ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial é um fenômeno que gera discussão entre autores de direito, sendo, por diversas vezes, confundido com outros fenômenos do mundo jurídico, como a judicialização da política e o garantismo. Por tal motivo, serão apresentados alguns conceitos de ativismo judicial, para, na sequência, serem feitas as devidas diferenciações.

2.1 CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial ainda é amplamente discutido no mundo jurídico, sendo conceituado de maneiras diversas, conforme se demonstra a seguir.

O primeiro conceito de ativismo a ser citado é de Luís Roberto Barroso:

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do

legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2008, p. 4).

Portanto, nesse conceito, o ativismo é apresentado como uma conduta que pode se manifestar de três formas: com uma aplicação extensiva da Constituição a situações não abarcadas pelo texto constitucional, mesmo sem manifestação do legislador; através da declaração de inconstitucionalidade baseada em critérios menos rígidos de violação da Constituição; e pela imposição ao Poder Público de uma conduta/abstenção relativa às políticas públicas.

Já para Dworkin, o ativismo judicial é definido como “uma forma virulenta de pragmatismo jurídico”:

Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. (DWORKIN, 1999, p. 451-452).

Assim, para Dworkin, o juiz ativista é aquele que se sobrepõe à norma, principalmente à Constituição, para impor o que ele possui em mente, trazendo a ideia que ele possui de justiça. O ativismo, neste conceito, retrata uma conduta impositiva do julgador.

Outro autor que teceu considerações acerca do ativismo judicial e sua aplicação foi Alexandre de Moraes:

O bom senso entre a “passividade judicial” e o “pragmatismo jurídico”, entre o “respeito à tradicional formulação das regras de freios e contrapesos da Separação de Poderes” e “a necessidade de garantir às normas constitucionais a máxima efetividade” deve guiar o Poder Judiciário, e, em especial, o Supremo Tribunal Federal na aplicação do ativismo judicial, com a apresentação de metodologia interpretativa clara e fundamentada, de maneira a balizar o excessivo subjetivismo, permitindo a análise crítica da opção tomada, com o desenvolvimento de técnicas de autocontenção judicial, principalmente, afastando sua aplicação em questões estritamente políticas, e, basicamente, com a utilização minimalista desse método decisório, ou seja, somente interferindo excepcionalmente de forma ativista, mediante a gravidade de casos concretos colocados e em defesa da supremacia dos Direitos Fundamentais. (MORAES, 2017, p. 808).

Nota-se que Moraes ressalta a aplicação restritiva do ativismo, limitando-a aos casos de maior gravidade e em defesa dos direitos fundamentais e afastando-a em casos que envolvam questões estritamente políticas.

Cite-se, ainda, a definição proposta por Elival da Silva Ramos:

Ativismo Judicial é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria

Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes (RAMOS, 2013, p. 58).

Ramos destaca, portanto, a interferência do Poder Judiciário nas funções tipicamente atribuídas a outros Poderes, especialmente o Legislativo, desvirtuando-se, pois, da função jurisdicional e de seu papel no sistema de separação dos poderes.

Com vários conceitos a respeito da palavra ativismo, a presente pesquisa tomará como referência o conceito de ativismo judicial proposto pelo jurista Lenio Luiz Streck, que adverte:

Solapar direitos legítimos, que materializam garantias constitucionais, é, sim, ativismo. Na veia. Só que às avessas. Permitir que o Legislativo faça o que bem entende, reduzindo a democracia a uma questão formal, à maioria e nada mais que a maioria, é, também, ativismo. Dizer mais do que se deve dizer, inventando direito, é igualmente ativismo; assim como dizer menos do que se deve dizer... também é ativismo. (STRECK, 2018).

Em outro artigo, o jurista reitera a mesma linha de pensamento ao afirmar que “o ativismo é um problema de comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade (chamo a isso de decisões solipsistas)” (STRECK, 2013b).

Depreende-se que ativismo se caracteriza a partir de um comportamento do julgador, deixando em suas decisões um enorme lastro pessoal que culmina em uma decisão em que predomina sua subjetividade, afastando-se da lei e impondo à sociedade suas convicções pessoais, embora sob o argumento de falar em nome da sociedade ou do povo.

Nestes termos, não se revela adequado concluir que somente em questões constitucionais há a incidência do ativismo, uma vez que o fenômeno não está atrelado ao direito material, mas sim ao comportamento do julgador.

Para Ovídio Rocha Barros Sandoval:

Dúvida não pode existir que o ativismo judicial preconiza a livre criação do direito por parte do Poder Judiciário, indo muito além dos limites impostos pela hermenêutica jurídica. Na impossibilidade, quase sempre aparente, de descobrir-se a “mens legis” ou a “ratio juris”, prevalece como vontade da norma jurídica, a vontade do juiz que poderá guiar-se pelo seu sentimento subjetivo com base em valores ditados pela sociologia, entre outros. (SANDOVAL, 2018).

Apesar do fenômeno do ativismo ter gerado um turbilhão no mundo jurídico, alavancando uma série de discussões a respeito do seu conceito e ponderações a respeito da temática, o ponto fulcral é que, no ativismo, subentende-se presente a subjetividade.

2.2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA VERSUS ATIVISMO JUDICIAL.

Outro conceito a ser analisado é o da judicialização da política, que, para Ran Hirschl, apresenta três facetas: a propagação do discurso jurídico, em que assuntos antes solucionados informal ou administrativamente, são tratados a partir das normas e procedimentos jurisdic-

dicionais; a expansão da competência dos magistrados no que tange às questões de políticas públicas e a confiança no Judiciário para lidar com a “megapolítica” (HIRSCHL, 2012, p. 131).

Luís Roberto Barroso define judicialização da seguinte forma:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. (BARROSO, 2008, p. 12).

Para Streck: “[...] a judicialização é um problema de (in)competência para prática de determinado ato (políticas públicas, por exemplo) [...]” (STRECK, 2013b).

Apesar de fazerem parte do mesmo contexto de atuação do Judiciário, o ativismo judicial e a judicialização da política são conceitos diferentes, tendo em vista que esta se refere ao fenômeno que possibilitou “intensa provocação do Judiciário para discussão de matérias que não eram tratadas na seara judiciária”, ao passo que o ativismo judicial “refere-se a uma forma de interpretação proativa do Judiciário acerca do texto constitucional, a qual não foi levada em conta pelo próprio legislador” (GREGÓRIO; ALMEIDA, 2019, p. 9).

A judicialização da política, ao contrário do ativismo, seria a usurpação, pelo Judiciário, do poder para efetivar políticas públicas. Um exemplo dado por Streck é a “judicialização do direito à saúde” (STRECK, 2013b).

Nota-se, assim, que, diferentemente da judicialização, o ativismo ocorre em qualquer assunto, independentemente se referente a uma questão de política pública ou não.

Porém, há algo que o ativismo e a judicialização possuem em comum: “todas essas questões apontam para um acentuado protagonismo do Poder Judiciário no contexto político atual.” (STRECK, 2013a).

Portanto, sob a ótica da judicialização da política, tem-se o Judiciário fazendo as vezes de outras funções do Estado, resolvendo problemas individuais que, a bem da verdade, são problemas de cunho coletivo e, por tal razão, não deveriam ser tratados por um só julgador para atender demandas de um processo *inter partes*. Políticas públicas devem ser estudadas para que se tenha um alcance para toda uma população e, por isso, não devem ser aplicadas pelo julgador.

2.3 GARANTISMO VERSUS ATIVISMO JUDICIAL

Conforme revela Vinícius Lott Thibau, “a significação atribuída ao vocábulo garantismo à época de seu advento não é equivalente à empregada, habitualmente, nos dias atuais.” (THIBAU, 2018, p. 37). Explica o autor:

O que se frisa, desde logo, é que, assumindo o status de modelo normativo de direito, de teoria crítica do direito ou de filosofia política, o garantismo destaca, especialmente, a jurisdição, que é conceituada como uma atividade dos juízes destinada à afirmação da lei. Tematizando a coerência e a completude

do ordenamento jurídico, bem como a valoração na análise jurídico-normativa pelos magistrados, a proposição garantista atribui aos julgadores a condição de garantes da legalidade e a esses defere o protagonismo interpretativo no recinto de aplicação do direito. (THIBAU, 2018, p. 51).

É por este conceito dado por Thibau que podemos diferir com clareza o ativismo do garantismo. No primeiro, tem-se um lastro de subjetividade do julgador. No segundo, o juiz atua como um garante que irá exercer a interpretação da norma. Portanto, a princípio, a atuação do julgador não irá partir da subjetividade, mas da interpretação.

O garantismo, no entanto, tal como o ativismo, não pode ser acolhido. Pelas conclusões de Thibau, “o garantismo recepciona o pressuposto dogmático de que a lei é sempre acometida por uma incompletude fatal e, a partir deste acatamento, afirma o vazio jurídico como espaço de atuação jurisdicional desprocessualizada.” (THIBAU, 2018, p. 265).

Portanto, o garantismo deságua no mesmo problema do ativismo. Uma lacuna abre portas para a impositividade e subjetividade jurisdicional. Por este motivo, fica inviável a aplicação do garantismo no direito processual brasileiro, considerando as premissas do Estado Democrático de Direito.

Depreende-se, pois, que o ativismo é fenômeno que não pode ser confundido com judicialização da política e nem com garantismo, uma vez que possui como peculiaridade reforçar a subjetividade do julgador.

2.4 BREVE HISTÓRICO DO ATIVISMO E A SUA INFLUÊNCIA NO BRASIL

Segundo Clarissa Tassinari, o ativismo judicial surgiu em 1803, nos Estados Unidos, a partir das primeiras reflexões sobre o caso *Marbury vs. Madison*, embora ainda não tivesse adquirido essa nomenclatura (TASSINARI, 2013).

Alexandre de Moraes destaca o julgamento do caso Dred Scott, no ano de 1857, como o primeiro caso decidido a partir de uma decisão ativista:

Aponta-se, como a primeira decisão considerada como ativista, embora inexistisse a terminologia à época, o caso Dred Scott, de 1857, quando julgando uma lei que libertava automaticamente os escravos que ingressassem num território onde a escravidão tivesse sido anteriormente abolida, a Suprema Corte declarou-a inconstitucional, por ferir o direito de propriedade, protegido pela cláusula do *due process of law*. Igualmente, a mesma cláusula do devido processo legal foi invocada na decisão *Lochner v. New York*, de 1905, permitindo que a Corte invalidasse direito social consagrado pela legislação, que passará a limitar a jornada de trabalho dos padeiros a dez horas diárias; o argumento foi de que a lei privava os cidadãos de sua liberdade de contratar. (MORAES, 2017, p. 807).

O termo ativismo judicial foi empregado pela primeira vez nos Estados Unidos, “em 1947 por Arthur Schlesinger Jr., em artigo sobre a Corte Suprema dos EUA[...]” (MORAES, 2016, p. 807). O texto, publicado na revista *Fortune*, “traçava o perfil dos nove *justices* que integravam a Suprema Corte norte-americana à época, e buscava explicar as alianças e divisões entre eles” (MOTTA, 2017, p. 2).

No Brasil, o ativismo judicial ganhou força a pretexto de que, segundo os dizeres da Constituição da República de 1988, o Judiciário teria ganhado maior visibilidade. Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

O início do debate sobre o ativismo judicial no Brasil está ligado à ascensão institucional do Poder Judiciário e, destacadamente, do Supremo Tribunal Federal, fenômenos vinculados à promulgação da Constituição de 1988 e que ganharam maior envergadura nos últimos anos do século XX e no começo deste século. (CAMPOS, 2014).

Isso porque, conforme esclarece Elival Ramos, o modelo constitucional adotado pela Constituição em 1988 demonstra a preocupação com os direitos fundamentais de primeira e segunda geração, fazendo com que recaiam sobre o Judiciário os anseios da sociedade para que tais direitos sejam efetivados (RAMOS, 2010).

Na visão de Vilhena Vieira, o ativismo é necessária consequência do desenho institucional posto na CR/1988: “Por tudo isso, não resta dúvida de que o constituinte conferiu ao Judiciário, a começar pelo STF, o dever de assumir uma postura responsiva, ao menos no que se refere à proteção dos direitos fundamentais” (VIEIRA, 2018, p. 177-178).

Nota-se, assim, que a expansão do ativismo judicial está intimamente relacionada “a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço da atuação dos outros dos Poderes” (BARROSO, 2019, p. 26).

Fica claro que o fenômeno do ativismo no Brasil teria ganhado um grande impulso com a Constituição da República de 1988, se expandindo, contudo, para o Judiciário como um todo e não se restringindo às Cortes Superiores, notadamente o Supremo Tribunal Federal.

A partir da Constituição de 1988 e com a redemocratização do país, assistiu-se ao reforço do papel institucional do Judiciário. Transformações institucionais como a ampliação do acesso à Justiça (v.g. Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Juizado Federal, Defensoria Pública etc.), o fortalecimento do Ministério Público, o aperfeiçoamento de instrumentos processuais de defesa dos cidadãos, tais como a ação civil pública, a ação popular e a ação de improbidade administrativa somaram-se à crescente consciência e mobilização da sociedade civil em torno de seus direitos e fizeram do Judiciário ator proeminente no controle dos poderes políticos e na solução dos conflitos envolvendo a efetivação desses direitos (CAMPOS, 2014).

O ativismo no Brasil, portanto, não está presente somente na cúpula do Poder Judiciário, (STF). O ativismo é um fenômeno que pode ocorrer em todas as suas instâncias, uma vez que está ligado ao comportamento subjetivista do julgador.

3 TEORIA INSTRUMENTALISTA DO PROCESSO: UM SUPORTE AO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

Diversos estudiosos se empenharam para a construção da definição de processo e verificação de sua natureza jurídica. Durante longo período, o direito processual esteve intimamente ligado ao direito material, não se fazendo qualquer distinção entre o direito tutelado e o procedimento a ser utilizado.

O enaltecimento do direito processual somente veio a ocorrer com a teoria de Oskar von Bülow, apresentada em 1868, na obra “Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais”, que reconheceu o processo enquanto ciência autônoma e lhe atribuiu a natureza de relação jurídica de direito público.

Sobre a teoria bülowiana, Rosemiro Pereira Leal destaca:

Esta teoria, desenvolvida por Bülow em 1868, foi o marco da *autonomia* do processo ante o conteúdo do direito material. É que Bülow trabalhou *pressupostos* de existência e desenvolvimento do processo pela *relação juiz, autor e réu* em que, para validade e legítima constituição do processo, seriam necessários requisitos que o juiz, autor e réu, deveriam cumprir conforme disposto em lei processual, enquanto o direito disputado e alegado pelas partes se situava em plano posterior à formação do processo, distinguindo-se pela regulação em norma de direito material, criadora do *bem da vida* que define a matéria de *mérito*. (LEAL, R., 2018, p. 134).

Na ótica de Bülow, o processo pressupunha, portanto, a existência de uma relação autônoma de direitos e obrigações entre as partes, desvinculada da relação privada sobre a qual se deveria decidir, originada de uma crise de cooperação, que levaria à instauração do processo. Além disso, por se tratar o processo de relação jurídica de direito público, nela encontravam-se as partes submetidas ao Estado-juiz, com o qual deveriam cooperar, formando-se uma relação triangularizada (MIRANDA, 2020, p. 16-17).

Assinala André Cordeiro Leal que mais do que mera reclassificação do processo, as conjecturas bülowianas apoiam sobremaneira o empoderamento e protagonismo da magistratura (LEAL, A., 2008, p. 63).

A influência da teoria de Bülow ganha destaque, no Brasil, a partir dos estudos da escola instrumentalista paulista do processo, que tem como principal expoente Cândido Rangel Dinamarco. Afirma Dinamarco que o processo pode ser classificado como um instrumento, isto é, como um meio, que somente se legitima em função dos fins a que se destina, ou seja, dos escopos, dos propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam (DINAMARCO, 2003, p. 181).

No livro “A instrumentalidade do processo”, expõe Dinamarco:

Falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa, no contexto, falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvam, com decisões justas. (DINAMARCO, 2003, p. 372-373).

Neste sentido, ressalta Bruno Amazan Avelar de Araújo que “ na atualidade, sob as vestes do instrumentalismo, Cândido Rangel Dinamarco é representante da dogmática tradicional de cunho bülowiano no Brasil, entendendo o processo como relação jurídica de direito público, mas a ele impondo escopos metajurídicos.” (ARAÚJO, 2018, p. 64).

O processo desponta-se, assim, como um instrumento pelo qual o julgador buscará a paz social, a partir do seu próprio senso de decisão justa. Em obra conjunta, explicitam Cintra, Grinover e Dinamarco:

Seja ao legislar ou ao realizar atos de jurisdição, o Estado exerce seu poder, o poder estatal. E, assim como a jurisdição desempenha uma função instrumental perante a ordem jurídica substancial (para que esta se imponha em casos concretos), assim também toda a atividade jurídica exercida pelo Estado (legislação e jurisdição, consideradas globalmente) visa a um objetivo maior, que é a pacificação social. É antes de tudo para evitar ou eliminar conflitos entre pessoas, fazendo justiça, que o Estado legisla, julga e executa (o escopo social magno do processo e do direito como um todo). O processo é, nesse quadro, um instrumento a serviço da paz social. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 64).

Logo, o processo é “entendido como meio de operação da jurisdição estatal”, para que “esta possa atingir escopos metajurídicos – social e político -, mesmo que não previstos pelo direito positivo”, competindo ao Judiciário a adequação e modernização do direito às demandas sociais (ARAÚJO, 2018, p. 65).

A busca da pacificação social e, ainda, a predisposição do sistema processual a influir politicamente escancaram uma porta para o ativismo judicial, a partir da tomada de decisões que impõem a visão pessoal e subjetiva do julgador, ampliando-se a insegurança jurídica e, ainda, a possibilidade de usurpação de poder por parte do Judiciário.

Júlia de Carvalho Barbosa, analisando a teoria defendida por Dinamarco, conclui:

[...] para ele a efetividade do processo é fundamental e para isso é mais importante a atuação do juiz do que do legislador. Em outras palavras é dizer, para Dinamarco, o magistrado tem meios de garantir a efetividade do processo sem depender de mudança na legislação, ele entende que o juiz tem o poder suficiente sobre o processo para lhe conferir essa efetividade. (BARBOSA, 2014, grifo nosso).

Valoriza-se a jurisdição e transfere-se, assim, ao juiz poderes extremos na condução do processo, a fim de que este possa atingir os escopos sociais, políticos e jurídicos, alcançando-se a tão buscada efetividade do processo.

4 A TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO COMO BARREIRA AO ATIVISMO JUDICIAL

Demonstrada a importância da teoria instrumentalista como um dos alicerces para o ativismo judicial no Brasil, em razão do destaque atribuído à figura do julgador, faz-se necessário afastar a visão de processo da escola paulista, desfazendo sua base, e substituí-la por outra teoria, de viés democrático, qual seja, a teoria neoinstitucionalista do processo.

Concebida por Rosemiro Pereira Leal, a teoria neoinstitucionalista propõe um novo campo de demarcação teórica e uma revisão crítica de conteúdos jurídicos que vão influenciar os níveis instituinte, constituinte e constituído do Direito (ANDRADE, 2016, p. 253). São seus contornos assim definidos por Rosemiro Pereira Leal:

Infere-se que minha *teoria neoinstitucionalista do processo* só é compreensível por uma teoria constitucional de direito democrático de bases legitimantes na cidadania (soberania popular – totalidade irrestrita dos legitimados ao processo). Como veremos, a instituição do processo constitucionalizado é referente jurídico-discursivo de estruturação dos procedimentos (judiciais, legiferantes e administrativos) de tal modo que os provimentos (decisões, leis e sentenças decorrentes), resultem de compartilhamento dialógico-processual na comunidade jurídica coinstitucionalizada, ao longo da criação, alteração, reconhecimento e aplicação de direitos, e *não* de estruturas de poderes do autoritarismo ordenamental dos órgãos dirigentes, legiferantes e judicantes de um Estado ou comunidade. (LEAL, R., 2018, p. 142).

Rompe-se, desta maneira, com as ideias das teorias anteriores, ao afastar do julgador o protagonismo da interpretação jurídica, destacando a necessidade de autoinclusão processual de todos nos direitos fundamentais, sem os quais se praticaria a tirania da ocultação dos problemas jurídicos e não sua resolução compartilhada. (LEAL, R., 2018, p. 144).

A teoria neoinstitucionalista concebe o processo como garantia que assegure um legítimo controle popular dos procedimentos de criação, fiscalização e aplicação dos direitos, a partir do contraditório, da ampla defesa e da isonomia.

Portanto, a minha *teoria neoinstitucionalista do processo* não é uma ordem de pensamento acabado. Erige-se como atuação crítico-interrenunciativa das *partes* juridicamente legitimadas à instauração de procedimentos em todos os domínios da jurisdicionalidade. Seriam estes os agentes de efetivação permanente ou de reconstrução ampliada da cidadania, mediante o exercício de direitos em sua plenitude constitucional, agregando transformações sociais, econômicas e sociais, valendo-se dos institutos do *contraditório*, *ampla defesa* e *isonomia*, para a consecução do projeto jurídico coinstitucional de nivelamento de todos à resolução procedimental processualizada dos conflitos. (LEAL, R., 2018, p. 144).

Retira-se, portanto, do julgador o lugar de destaque na construção dos pronunciamentos decisórios de forma solipsista - até então proclamado pela teoria instrumentalista do processo -, defendendo-se uma procedimentalidade democrática, da qual todos os legitimados possam participar em verdadeira interlocução.

A jurisdição deixa de ser entendida como “atividade compulsória do Estado de solução de conflitos” (ARAÚJO, 2018, p. 65), para se tornar o resultado da interpretação compartilhada do texto legal, conforme denuncia André Cordeiro Leal, em seu livro “Instrumentalidade do processo em crise”,

A jurisdição, a partir das propostas científicas do processo tematizado no âmbito do paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito, não mais pode ser considerada atividade do juiz ou da magistratura em dizer o direito, mas o resultado da interpretação compartilhada do texto legal pelo procedimento regido pela principiologia constitucional do processo (contraditório, ampla defesa e isonomia) [...] (LEAL, A., 2008, p. 151).

A doutrina mineira propõe uma visão crítica da liberdade conferida aos juízes de atuar segundo a sua sensibilidade, em prol da efetividade do processo, e pode proporcionar uma crítica valiosa de combate ao ativismo judicial (BARBOSA, 2014).

Aponta-se, portanto, que a teoria proposta por Rosemiro Pereira Leal seria adequada solução para restringir a subjetividade dos julgadores, mediante a “atuação crítico-interrenunciativa das partes” (LEAL, R., 2018, p. 144) e o “compartilhamento dialógico-processual na comunidade jurídica coinstitucionalizada” (LEAL, R., 2018, p. 142), pelo que se revela incompatível com o ativismo judicial.

5 CONCLUSÃO

Depreende-se do que foi pesquisado que o ativismo, um fenômeno presente na sociedade há anos, resume-se em uma palavra: subjetividade. A base do ativismo é o comportamento subjetivo e impositivo do julgador.

Para ter este comportamento, o juiz encontra o seu suporte principal na teoria instrumentalista do processo. Esta teoria não dá somente alicerce ao ativismo, mas também a outros fenômenos jurídicos como a judicialização da política, pois tem-se aqui, não a simples figura de um juiz, mas o cerne do processo na visão instrumentalista.

Dá-se amplos poderes ao julgador, que traz em suas decisões um alto grau de subjetividade, acarretando em enorme insegurança jurídica.

Portanto, o ativismo judicial apresentou-se como método e ganhou bases legais e teóricas no direito processual da doutrina instrumentalista, do que se conclui que o ativismo e o instrumentalismo processual se complementam e se auxiliam, ou seja, sofrem influências recíprocas.

Daí a necessidade (e urgência) na substituição da teoria instrumentalista por outra teoria que se adegue às bases democráticas da Constituição da República de 1988. Como solução ao problema, aponta-se a teoria neoinstitucionalista, concebida por Rosemiro Pereira Leal, a partir da ruptura do protagonismo do julgador para a instituição de um sistema participativo.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de. Atividade probatória na ação de improbidade administrativa: estudos de teoria da prova a partir da processualidade democrática. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias *et al.* (org.). *Direito probatório: temas atuais*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 233-261.
- ARAÚJO, Bruno Amazan Avelar de. *Compromissos teórico-paradigmáticos do contraditório dinâmico: A fragilidade democrática do princípio do contraditório como garantia de influência e não surpresa*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <https://repositorio.fumec.br/handle/123456789/751>. Acesso em: 25 abr. 2021.
- BARBOSA, Júlia de Carvalho. As Teorias Processualistas Neoinstitucionalista e Instrumentalista e o Ativismo Judicial. *Conteúdo Jurídico*, 11 jun. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39731/as-teorias-processualistas-neoinstitucionalista-e-instrumentalista-e-o-ativismo-judicial#:~:text=As%20Teorias%20Processualistas%20Neoinstitucionalista%20e%20Instrumentalista%20e%20o%20Ativismo%20Judicial,-Direito%20Processo%20Civil&text=RESUMO%3A%20Trata%20de%20de%20artigo,instrumentalidade%20do%20processo%20civil%20brasileiro>. Acesso em: 12 abr. 2021.
- BARROSO, Luis Roberto. *Controle de constitucionalidade brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Consultor Jurídico*, 22 dez. 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica. Acesso em: 12 abr. 2021.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GREGÓRIO, Giovanni Galvão Vilaça; ALMEIDA, Letícia da Silva. Ativismo judicial e a judicialização da política: Legitimidade da atuação do Judiciário. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 18., 2019, Belém. *Anais [...]*. Belém: Conpedi, 2019. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/048p2018/4g97pnpk/Ri3h3G5llzb0smM6.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2021.
- HIRSCHL, Ran. A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos. In: MOREIRA, Luiz (org.). *Judicialização da Política*. São Paulo: 22 Editorial, 2012.
- LEAL, André Cordeiro. *O Contraditório e a Fundamentação das Decisões: No Direito Processual Democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do Processo em Crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MIRANDA, Jessica Sérgio. *A distribuição dinâmica do ônus probatório e o Estado Democrático de Direito*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2020.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- MOTTA, Francisco José Borges. Ativismo judicial e decisões por princípios: uma proposta de fixação dos limites da atuação do Poder Judiciário. In: GAVIÃO FILHO, Anízio Pires; LEAL, Rogério Gesta. (Org). *Coletânea III seminário sobre tutelas à efetivação dos direitos indisponíveis*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 2017.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. O ativismo judicial. *Migalhas de peso*. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/273781/o-ativismo-judicial>. Acesso em: 25 abr. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? *Consultor Jurídico*, 2013a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em: 12 abr. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. O motim hermenêutico e os mitos do “bom” e do “mau” ativismo. *Consultor Jurídico*, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-27/senso-incomum-motim-hermeneutico-mitos-bom-mau-ativismo>. Acesso em: 12 abr. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto, o ativismo judicial, em números? *Consultor Jurídico*, 2013b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>. Acesso em: 12 abr. 2021.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: Limites da atuação do Poder*

Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

THIBAU, Vinícius Lott. *Garantismo e Processualidade Democrática*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Cia das Letras, 2018.

03

CAPÍTULO

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E RESPONSABILIDADE CIVIL E PROCESSUAL DO ADVOGADO

ALINE DE MARCELO E SOUZA¹

RICARDO TORRES OLIVEIRA²

IVAN DIAS DA MOTTA³

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar a necessidade de repreensão de condutas que configurem litigância de má-fé pelo advogado, tanto como forma de valorização da grande maioria de profissionais que atua de forma ético/legal, quanto como forma de viabilizar um trâmite processual mais condizente com os preceitos constitucionais do processo.

Palavras-chave: advocacia; valorização; má-fé; penalização.

ABSTRACT

The present article aims to analyze the need to reprehend ill-reputed conducts on the lawyer's part, in a way that both values the majority of professionals that act within the ethical boundaries, and that enables that the required procedure is in tune with the constitutional processual ruling.

Keywords: advocacy; appreciation; ill-repute; penalisation.

1 Bacharel em Direito pela Universidade Fumec, Belo Horizonte/MG. Advogada. E-mail:

2 Mestrando em Direito pela Universidade Fumec, Belo Horizonte/MG. Magistrado. Lattes: lattes.cnpq.br/7231758680026663.

3 Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá, graduação em Gestão Pública pelo Centro de Ensino Superior de Maringá, mestrado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e doutorado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Atualmente é professor t-40 (regime integral) do Centro Universitário de Maringá, avaliador ad hoc do Instituto Nacional de Estudos, diretor de assuntos legislativos da Associação Brasileira de Ensino do Direito e associado colaborador do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação. E-mail: ivan.motta@unicesumar.edu.br. Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-7515-6187>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/150811127815799>.

Como citar o presente artigo científico:

SOUZA, Aline de Macedo e; OLIVEIRA, Ricardo Torres; MOTTA, Ivan Dias da. Litigância de má-fé e responsabilidade civil e processual do advogado. In: CAMARGOS, Laís Alves; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). Direito Processual Constitucional e sua Perspectiva Democrática. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2021, p. 44-67

1 INTRODUÇÃO

As condutas temerárias, apesar de bastante repudiadas no ordenamento jurídico, ainda estão muito presentes no curso das demandas.

O vigente trabalho busca o estudo do tema litigância de má-fé, a aplicabilidade das sanções cabíveis, a responsabilização do advogado, em especial, de forma solidária com seu cliente e de maneira endoprocessual, com a finalidade de maior repressão das condutas que concorram para a morosidade dos processos, plicando em desprestígio do sistema de justiça.

A repressão de condutas pautadas no abuso de direito se faz necessária como forma de se combater a percepção de descrédito do Judiciário junto à sociedade, em grande monta causado pela tramitação desconforme ao mandamento constitucional, principalmente da duração razoável do processo.

O Código de Processo Civil traz, expressamente, em seu artigo 81⁴, as sanções aplicáveis ao litigante de má-fé.

Porém, há lacunas a serem preenchidas, retirando do advogado, que atua em nome do constituinte em juízo e tem o dever de agir com ética e probidade, contribuindo para o bom andamento processual, a oportunidade de encontrar na lei amparo para condutas contrárias ao seu compromisso perante o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (EAOAB).

No segundo capítulo, busca-se um breve relato sobre a advocacia, a relevância do advogado perante a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88), seus deveres perante o EAOAB e o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil.

Já no terceiro capítulo, aborda-se o abuso do direito, que tem como intuito a obtenção de vantagens de forma maliciosa, causando prejuízos à esfera alheia.

Posteriormente, o quarto capítulo abordará a litigância de má-fé, esclarecendo quais condutas são abrangidas pelo tema, em consonância com o artigo 80⁵ do Código de Processo Civil, as sanções aplicáveis, na forma do artigo 81 do mesmo diploma legal e a omissão do legislador ao não incluir expressamente, também, a responsabilização do advogado. Também se discorrerá sobre a desproporcionalidade quanto às sanções aplicáveis diante de condutas dolosas e

4 Artigo 81. "De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar parte contrária pelos prejuízos que esta ofereceu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

§1.º Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligarem para lesar a parte contrária.

§2.º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário mínimo.

§3.º O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos." (BRASIL, 2015).

5 Artigo 80. "Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I- deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II- alterar a verdade dos fatos;

III- usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV- opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V- proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI- provocar incidente manifestamente infundado;

VII- interpor recurso com intuito manifestamente protelatório. (BRASIL, 2015).

culposas e, por fim, uma breve diferenciação entre litigância de má-fé e ato atentatório à dignidade da justiça.

O quinto capítulo tratará do dever das partes e seus procuradores agirem com lealdade processual, cooperando para a adequada tramitação e finalidade do processo, evitando-se condutas temerárias que levem a uma decisão contrária à veracidade dos fatos. Assim, a lealdade processual, quando exercida por todos os sujeitos processuais, é o pilar para que se tenha uma demanda equilibrada e conforme o devido processo constitucional.

Em seguida, o sexto capítulo abarca a responsabilidade jurídica, abordando os deveres trazidos pelo Código de Processo Civil e a ausência de dispositivos que responsabilizem o advogado dentro do próprio processo e de forma solidária, quando houver pertinência.

Ademais, o presente trabalho versa sobre a responsabilidade civil do advogado em seu sétimo capítulo, pontuando hipóteses de condutas reprováveis no exercício do *múnus*, as quais são ensejadoras da responsabilização do advogado diante dos danos causados ao seu constituinte.

Por derradeiro, no oitavo capítulo aborda-se a responsabilidade processual dos procuradores. Aqui, frisa-se a possibilidade de uma responsabilização do procurador, mas não de forma imediata, sendo necessária uma ação própria para sua ocorrência. Assim, demonstra-se mais uma vez o descuido do legislador, sendo necessário inserir no ordenamento jurídico mecanismos que permitam coibir a litigância de má-fé e deslealdade processual dos envolvidos, de modo mais efetivo, contribuindo para a atenuação do congestionamento de demandas no judiciário, especificamente do advogado ante o exercício do *múnus* público, *com responsabilização* dentro do próprio processo em que houver o abuso de direito.

Após toda essa análise trazida, será possível reconhecer a relevância de se sanarem as omissões do legislador, implementando-se meios que coíbam estritamente condutas de má-fé, dando maior respaldo à responsabilização do advogado, preservando o devido trâmite processual.

2 DA ADVOCACIA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece, em seu artigo 133⁶, que o advogado é indispensável à administração da justiça, esperando-se, portanto, do mencionado profissional, atuação conforme as normas legais e constitucionais, de modo a contribuir para uma adequada gestão do trâmite processual. (BRASIL, 1988).

O advogado é a voz da sociedade ante o Poder Judiciário, representando a vontade e os direitos do seu cliente. Ainda que a sociedade espere do advogado, face à sua capacidade postulatória, uma atuação fiel aos seus desejos e seja seu papel buscar uma decisão favorável para o representado, abraçando a causa e defendendo seus interesses individuais, sua atuação profissional deve pautar-se pelos limites legais e éticos.

Portanto, o agir do advogado deve se dar conforme a lei e seu Código de Ética profissional.

6 Artigo 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. (BRASIL, 1988).

É o que afirma Gladston Mamede: “[...]para convencer o julgador a decidir a favor de seu constituinte, o advogado não está autorizado a fazer o que quiser, mas deverá atuar de forma lícita, honesta e de boa-fé [...]” (MAMEDE, 2014, p. 14).

Nas palavras de Anne Joyce Angher: “boa fé, etimologicamente, vem do latim *bona fides*, e *fides*, na linguagem popular, significa honestidade, confiança, lealdade, sinceridade, fidelidade, crença, confiança, convicção interior.” (ANGHER, 2005, p. 44).

Assim, age de boa-fé aquele que atua em conformidade com os preceitos legais e éticos. É justamente sobre esse tema que o tópico a seguir irá discorrer, interligando-o à legislação especial que rege a advocacia.

2.1 ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA ORDEM DOS ADVOGADOS NO BRASIL E O CÓDIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB

O exercício da advocacia no território brasileiro é privativo dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). O advogado tem seus direitos e deveres assegurados pelo Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados no Brasil (EAOAB) – Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994.

Dispõe o artigo 3º que: “O exercício da atividade da advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).” (BRASIL, 1994).

A aplicabilidade do Estatuto não se baseia somente na atuação dos advogados, mas também na busca de uma efetiva prestação jurisdicional, de modo que seja célere e acessível a todos.

O artigo 31 do EAOAB dispõe que: “O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia.” (BRASIL, 1994).

Assim, ainda que o advogado, no exercício de suas funções, seja considerado independente, seja em relação aos membros do Ministério Público, aos outros advogados e até mesmo aos seus clientes, ele está diretamente sujeito aos termos do EAOAB.

Cabe ainda mencionar o Código de Ética e Disciplina da Advocacia que, conjuntamente com os dispositivos citados alhures, pauta o exercício profissional do advogado, cujo artigo 1º estabelece que “o exercício da advocacia exige conduta compatível com os preceitos deste Código, do Estatuto, do Regulamento Geral, dos Provimentos e com os demais princípios da moral individual, social e profissional”. (BRASIL, 2015).

O referido Código, mais uma vez, é preciso quanto à conduta do advogado, elencando, em seu artigo 2º, parágrafo único, os deveres respectivos:

Art. 2º. O advogado, indispensável à administração da justiça, é defensor do estado democrático de direito, da cidadania da moralidade pública, da justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

Parágrafo único. São deveres do advogado:

I – Preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade;

II - Atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé;

III - velar por sua reputação pessoal e profissional;

IV - Empenhar-se, permanentemente, em seu aperfeiçoamento pessoal e profissional;

V - Contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis;

VI - Estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios;

VII - aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial;

VIII - abster-se de: a) utilizar de influência indevida, em seu benefício ou do cliente; b) patrocinar interesses ligados a outras atividades estranhas à advocacia, em que também atue; c) vincular o seu nome a empreendimentos de cunho manifestamente duvidoso; d) emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana; e) entender-se diretamente com a parte adversa que tenha patrono constituído, sem o assentimento deste.

IX - Pugnar pela solução dos problemas da cidadania e pela efetivação dos seus direitos individuais, coletivos e difusos, no âmbito da comunidade. (BRASIL, 2015).

Diante disso, é de suma importância a presença da ética profissional em todos os campos de trabalho, destacando-se a advocacia.

Leciona Paulo Nader que:

A advocacia não é apenas uma profissão ao lado de outras, cujo objeto é a prestação de serviços. É diferenciada em virtude de *múnus público*, pela qual cabe ao profissional contribuir à efetividade da justiça nos casos em que atua. Ainda que o advogado postule um direito particular, sua atuação possui alcance mais amplo, pois constitui uma função social. (NADER, 2010, p. 432).

Por outro lado, é sabido que, por muitas vezes, a ética e o profissionalismo são preteridos, relegados a um segundo plano, enfatizando interesses econômicos em detrimento da segurança jurídica, inculcando-se na sociedade a percepção de que a moral e a ética andam opostas à lei.

Merece destaque a posição de Anne Joyce Angher, segundo a qual "O advogado, como representante da parte, é *sujeito parcial* do processo. A parcialidade, todavia, não pode chegar a ponto de se postular como se os meios justificassem o fim." (ANGHER, 2005, p. 191).

Como afirmado por Elcias Ferreira da Costa "Não se dirá que seja probo um advogado, se lhe faltar o mínimo ético de responsabilidade profissional. A profissão envolve um *múnus social* e, no caso, um *múnus público*." (COSTA, 2009, p. 143).

Logo, é plausível frisar que o exercício da advocacia de forma ímproba poderá gerar danos ao seu cliente e também ao judiciário, gerando contratempos ao andamento processual, induzindo o juiz a erro, tornando o processo moroso e desprestigiando a classe de advogados perante a sociedade, com nítido afastamento de seu compromisso ético e profissional.

Isto posto, para garantir o adequado funcionamento do sistema jurídico, faz-se necessária a existência de consequências sancionatórias eficazes, repudiando a atuação de profissionais pautados pela má-fé, conservando o compromisso da OAB na formação de profissionais éticos e capacitados.

3 DO ABUSO DE DIREITO

O abuso de direito, consistente no seu exercício de forma ilícita, antiética, causando dano a outrem, está, infelizmente, presente nas relações jurídicas.

O Código Civil de 1916 dispunha, em seu artigo 160, II, não constituir ato ilícito o praticado no exercício regular de um direito reconhecido.

O Código Civil em vigência tem elaboração mais condizente com o que aqui se sustenta, em prestígio à segurança jurídica e maior alcance na aplicabilidade da norma, porquanto, em seu artigo 187 estabelece que "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes." (BRASIL, 2002).

Contudo, existem teorias que buscam esclarecer o abuso de direito, merecendo tecer considerações, ainda que breves, sobre cada uma delas.

A primeira, teoria subjetiva, é a mais antiga e para ela, é imprescindível a existência do objetivo do agente em causar o dano a outrem, não estando presente o interesse econômico. Assim, o agir somente se enquadraria no abuso de direito se provado que houve má-fé na conduta, provocando ato lesivo, caso contrário não haveria a responsabilização. Contudo, tal teoria possui falhas ao não especificar, precisamente, se o exercício foi pautado por dolo ou culpa do agente, assim, trazendo discussões a respeito da culpa, se nesta circunstância também se caracterizaria o abuso. "Deste modo, para essa corrente, imperiosa se mostraria a necessidade de investigar o íntimo do agente, se em seu agir ele estava imbuído do *animus nocendi*, da evidente intenção de prejudicar alguém." (RODOVALHO, 2011, p. 128).

Entretanto, esta não é a teoria de maior aceitação entre os autores pesquisados. Já na teoria objetiva ou finalística, ocorre a contradição do que abarca a teoria subjetiva, pois não se perquire sobre o intuito de causar dano do litigante, mas tão somente sobre o resultado alcançado, se advindo de um exercício excessivo do seu direito. Sobre o tema, Inácio de Carvalho Neto se posiciona: "Para as teorias objetivistas, o abuso de direito é consequência, pura e simplesmente, do exercício anormal do direito, sem indagação da intenção do agente" (CARVALHO NETO, 2006, p. 69). Em análise ao texto do artigo 187 do Código Civil, e em observância ao posicionamento de parte dos autores analisados, como por exemplo Thiago Rodovalho e Inácio de Carvalho Neto, esta é a teoria adotada pelo Código Civil, caracterizando o abuso de direito a sua prática anormal, afastando o elemento subjetivo para que seja identificado o abuso de direito, mesmo que ainda em alguns casos concretos seja perceptível a presença do *animus nocendi*, e muitas vezes cabendo ao magistrado uma análise característica do pleito.

Enfim, há a terceira teoria, a teoria mista, que engloba as teorias subjetivas e objetivas, sendo uma junção de ambas, com o intuito de afastar as suas lacunas, apresentando-se como uma alternativa mais eclética. Entretanto, pouco se explica, destacam os doutrinadores. Não se

trata de uma teoria muito aceita pois, como doutrina Thiago Rodovalho, na obra acima mencionada, elencaria pressupostos da teoria subjetiva, já superados e abrangidos pela teoria objetiva, sendo vista como uma teoria dispensável.

Todavia, há um considerável número de conceituações do que seja o abuso de direito, acentuando o posicionamento de Fernando Noronha que salienta que abusa do direito “quem faz dele uso desconforme, seja com a finalidade de inutilmente causar danos a outrem, seja simplesmente para alcançar outros objetivos não tutelados pela norma atributiva ou reguladora do direito.” (NORONHA, 2017, p. 394).

Percebe-se, portanto, que há um desvio da finalidade jurisdicional sempre que algumas das partes interessadas utilizam do seu direito de maneira promíscua, não conciliando o seu direito com os limites concernentes à esfera jurídica alheia, resultando no desequilíbrio processual, impedindo que o processo atinja sua finalidade com êxito e em um prazo razoável. Portanto, ao se falar em abuso de direito, refere-se a um direito em cujo exercício houve excesso, e não do direito propriamente.

Tomando-se mais uma vez a explicação de Thiago Rodovalho: “É ao exercitá-lo que o sujeito poderá exceder a finalidade (objetiva) da norma, bem como exercê-lo em dissonância com a boa-fé, configurando, por conseguinte, um exercício abusivo do direito ou abuso no exercício do direito [...]” (RODOVALHO, 2011, p. 119).

O abuso de direito decorre de um ato lícito, mas que, utilizado de forma contrária à finalidade social, imoderado e visando uma vantagem indevida, ainda que não objetivando diretamente o dano a outrem, ocasiona malefícios à parte contrária, terceiros e ao Estado.

Em conformidade ilustra Anne Joyce Angher:

[...] o abuso de direito no processo, diferentemente do direito privado, atinge também o Estado e não somente as partes ou terceiros. O processo pertence ao direito público, e neste o Estado é sempre interessado. Pelo abuso, o litigante usa o órgão jurisdicional para prejudicar outrem ou para conseguir um objetivo ilegal. (ANGHER, 2005, p. 83).

Deste modo, é plausível salientar o embate desta conduta com os princípios da boa fé, lealdade processual, moralidade, veracidade e tantos outros norteadores do direito.

Ora, se a conduta praticada no desenrolar do processo compõe-se de atitudes reprováveis e contrapostas à ética e boa-fé, caberá ao Estado-juiz, na aplicação da lei, repudiar determinado comportamento, responsabilizando a quem couber e tutelando a lisura do trâmite processual.

Por fim, diante do exposto no presente tópico, a parte, ao exercer um direito que excede seus limites legais, deverá ser responsabilizada, tendo como consequência o emprego de uma sanção que, de acordo com Inácio de Carvalho Neto, poderá ser: direta (desfazimento do ato, sua reparação *in natura*) e indireta (princípios da responsabilidade civil, como por exemplo, a indenização) (CARVALHO NETO, 2006).

Nesse aspecto, esta sanção, mais do que punitiva, terá aspecto pedagógico, coibindo a adoção similar pelos demais litigantes, abstendo-se de futuras atuações que conformem o abuso de direito e uma decorrente concretização da litigância de má-fé, tema que será tratado no capítulo 4 deste trabalho (CARVALHO NETO, 2006).

4 DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

A litigância de má-fé está vinculada ao abuso de direito e à deslealdade das partes e seus procuradores. Deste modo, no presente tópico, pretende-se esclarecer o que se entende por litigância de má-fé, as sanções legais cabíveis no âmbito civil e demais particularidades pertinentes.

O Código de Processo Civil traz em seu texto, taxativamente, aquelas condutas compreendidas como de má-fé, conforme exposto em seu artigo 80.

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

- I. deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso em lei ou fato incontroverso;
- II. Alterar a verdade dos fatos;
- III. usar do processo para conseguir objetivo ilegal
- IV. opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V. proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI. provocar incidente manifestamente infundado;
- VII. Interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório. (BRASIL, 2015).

Observa-se que o Código não descreve o que é a litigância de má-fé, apenas expõe tais condutas que, praticadas, configuram sua ocorrência.

Assim, coube à doutrina tal função.

Joyce Angher afirma que:

[...] a litigância de má fé é consubstanciada na ação ou omissão deliberada da parte ou terceiro interveniente que, abusando do seu direito de ação ou defesa (*lato sensu*), tem o intuito de prejudicar sujeito processual que ocupe posição contraposta, tendo consciência do injusto e da falta de razão. (ANGHER, 2005, p. 75).

Deste modo, a litigância de má-fé se caracteriza como condutas ilegais, abusivas, buscando uma vantagem fácil e fraudulenta. Além disso, tal conduta acarretará um dano, ainda que indireto, a todas as partes envolvidas na demanda, tendo seus reflexos no bom andamento processual, deixando à margem a ética que, conforme visto no item 2.1, é primordial para que o processo possa atingir seu devido fim.

No mesmo seguimento, afirma Luciana Mellario do Prado, em sua tese:

Ocorre que a litigância temerária não atinge apenas as partes componentes da relação processual em si, mas também afeta a dignidade da justiça, o que por si só seria já de considerável prejuízo, como também macula o sistema como um todo, ao permitir que lides aventureiras contribuam para o congestionamento do Poder Judiciário, se mostrando de suma importância o combate a tal tipo de procedimento. (PRADO, 2014, p. 43).

Contudo, é importante destacar que a simples comprovação da litigância de má-fé acarretará punição, não sendo imprescindível a concretização do dano, cabendo ao magistrado a aplicação da repreensão legal cabível. Assim sendo, caberá ao juiz a interpretação da conduta, com subsunção ao texto legal.

O processo desenvolvido conforme sua matriz constitucional repudia tais condutas, resguardando o fiel trâmite e cumprimento dos atos, de modo que aquele que infringir as normas deverá legalmente ser responsabilizado.

Isto posto, o legislador foi categórico na redação do artigo 80 do Código de Processo Civil.

Art. 80. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

§1.º Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má- fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligarem para lesar a parte contrária.

§2.º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário mínimo.

§3.º O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos. (BRASIL, 2015).

Conforme Anne Joyce Angher, "as normas que repelem a litigância de má fé visam a sancionar condutas que configuram abuso no exercício de um direito processual. São também atos que atentam contra a dignidade da justiça e, portanto, devem ser reprimidos (ANGHER, 2005, p. 79).

Ainda, para uma maior eficácia na aplicação dos dispositivos, o juiz, comprovada a litigância de má-fé, deverá sancionar aquele que a praticou, independente de quantas vezes necessário for.

Merece destaque, portanto a atuação, do legislador ao abranger nos mencionados artigos, as condutas caracterizadoras da litigância de má-fé e as sanções respectivas, estabelecendo um norte a pautar a atuação do magistrado, ensejando uma clara interpretação e melhor aplicabilidade da norma, concorrendo para sua aplicação objetiva.

Estando as condutas configuradoras da litigância de má-fé descritas na lei de forma clara, não haverá espaço para que seja suscitado desconhecimento ou inadequação, porquanto necessária mera subsunção.

De acordo com esse raciocínio, Anne Joyce Angher defende que tais atos poderiam ser evitados se os profissionais de direito estivessem mais atentos aos preceitos éticos, aos deveres impostos aos litigantes e à responsabilidade por dano processual (ANGHER, 2005).

Em contrapartida, mais uma vez, o legislador processual fora omissivo, eis que, ao se imputar responsabilização ao litigante de má-fé, por este entende-se quem litiga, que é a parte, e não quem os representa, o advogado. Não se pontuou sobre a possibilidade da responsabilização solidária.

Logo, segundo jurisprudência abaixo, caberá ao órgão julgador uma interpretação ampla para que alcance precisamente todo e qualquer envolvido que venha praticar condutas que configurem a má-fé.

Em conformidade, reconhece recente Julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, cuja relatora, Márcia da Silva Ribeiro, assim se pronunciou (Recurso Inominado 0472463.42.2015.8.19.0000):

[...] Sobre a conduta profissional processual do advogado, observou LIEBMAN, ao ser lembrado por CELSO AGRÍCOLA BARBI (Coms ao CPC, v.1. RJ: Forense, 2002), que "... a habilidade e a sagacidade devem receber um freio e, não podem ultrapassar certos limites que o costume e a moral social estabelecem; ... para os advogados, são colocadas exigências de correção profissional. Em consequência, a lei impõe, para alcançar esse objetivo, o dever de lealdade e probidade." Insta observar que o advogado pode ser responsabilizado por litigância de má-fé solidária, quando restar patente afronta aos princípios da eticidade e da probidade processual, exarados no artigo 14, do diploma processual civil, os quais se desdobram, segundo ALCIDES DE MENDONÇA LIMA citado pelo Juiz do TRT FRANCISCO DE ASSIS CARVALHO E SILVA (Ac. n. 059494, DJ 17/1/2001), no dever da verdade (art. 14, I); no dever de lealdade e boa-fé, que pode estar contido naquele, sendo tomado em sentido amplo (art. 14, II e III); e no dever de atuar rigorosamente dentro do que for necessário ao juiz (art. 14, IV). Preleciona, ainda, o referido mestre (op. cit.), em comentários ao mencionado dispositivo legal, que: "**Quando o Código fala em 'partes', inclui, implicitamente, seus representantes, porque, em última análise, são eles que agem em nome dos clientes.** Como se trata de responsabilidade, que pode ser até criminal, seria de melhor aviso incluir os 'representantes', apesar da aparente demasia (TORNAGHI) ('in' Dicionário do Código de Processo Civil Brasileiro, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1986, p. 219)." Em reiteradas decisões, os nossos Tribunais têm entendido que o advogado ao ferir preceitos legais, não expondo os fatos conforme a verdade, não procedendo com lealdade e boa fé, formulando pretensões destituídas de fundamentos, incorre também em falta de ética no exercício profissional, **sendo solidariamente responsável em caso de lide temerária (Lei 8096/1994), aplicando-se as sanções previstas nos arts. 80 e 81, todos do CPC.** (RIO DE JANEIRO, 2016).

A má-fé tem suas implicações tanto se a conduta for dolosa quanto culposa. Ocorre que, ao falar em uma responsabilização diante da modalidade culposa, conseqüentemente indaga-se sobre uma perspectiva tanto quanto desarrazoada do legislador. Com efeito, a conduta culposa não está diretamente vinculada ao desejo de prejudicar outrem, e, muitas vezes é resultado de uma conduta do advogado que se pautou pela versão trazida pelo seu cliente. Assim, caso o legislador atente para este aspecto, estará, concomitantemente, aplicando sanções razoáveis para cada caso especificamente, doloso ou culposo, respondendo o agente em conformidade com seus atos. Este posicionamento permitirá punição adequada à gravidade da conduta.

Por fim, diante de todo o exposto, cumpre acentuar que cabe aos litigantes e também seus procuradores, em suas práticas, exercitarem seus direitos pautando-se pela veracidade, lealdade e boa-fé, afastando quaisquer condutas temerárias que concorram para um resultado processual moroso e desconforme as normais constitucionais regentes do processo.

4.1 LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ X ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA

O Código de Processo Civil prevê em seu texto, além da litigância de má-fé, outra espécie de violação ao adequado trâmite processual, o qual se denomina ato atentatório à dignidade da justiça.

O respaldo legal está nos incisos IV e VI, artigo 77:

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

[...]

IV - cumprir com exatidão as decisões judiciais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;

[...]

VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso. (BRASIL, 2015).

E, ainda, no artigo 774 do Código de Processo Civil:

Art. 774. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que:

I- frauda a execução;

II- se opõe maliciosamente à execução;

III- dificulta ou embaraça a realização de penhora;

IV- resiste injustificadamente às ordens judiciais;

V- intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, nem exhibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus.

[...] (BRASIL, 2015).

Dessa forma, é a lei que repudia os feitos violadores do dispositivo.

Nesse sentido, deverá o Estado-juiz orientar-se pelo exposto no artigo acima, aplicando, ao apurar a presença do ato atentatório, as sanções cabíveis, conforme parágrafo único do artigo 774:

[...] Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz fixará multa em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, a qual será revertida em proveito do exequente, exigível nos próprios autos do processo, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material. (BRASIL, 2015).

Salienta-se, ainda, que ao juiz caberá, em qualquer momento do processo, zelar pelo adequado trâmite processual, advertindo aquele cuja conduta eventualmente se amolde aos termos do artigo anteriormente mencionado, conforme preceitua o artigo 772 que: "O juiz pode, em qualquer momento do processo: [...] II. advertir o executado de que seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça; [...]". (BRASIL, 2015).

Uma vez mais, pode-se identificar meios que reprimam a criação de obstáculos à efetivação da atividade jurisdicional, sendo possível a conformação de ato atentatório à dignidade da justiça quando se causar morosidade e embaraço ao trâmite do processo, tal como ocorre na litigância de má-fé.

Embora haja similaridade entre ambos os institutos, é relevante sua distinção. Diferentemente do que ocorre na litigância de má-fé, o ato atentatório afronta diretamente a autoridade do Estado, na sua função jurisdicional, impedindo a sua devida atuação e, de forma reflexa, a parte adversa. Assim, a multa imposta pelo juiz, com base no ato atentatório, destina-se ao Estado e não à parte contrária, mas, na presença dos dois institutos, ambas poderão ser sancionadas cumulativamente.

Referentemente, cite-se decisão proferida no julgamento do agravo de instrumento **0013545-26.2009.8.19.0000, de relatoria do Des. Ademir Paulo Pimentel:**

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MULTA FIXADA PELO JUIZ COMO DECORRÊNCIA DO CONTEMPT OF COURT - ART. 14, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC. SANCIONADORA DE ATO ATENTATÓRIO AO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO, NÃO SE DESTINA À PARTE, MAS AO ESTADO RESPECTIVO EM SE TRATANDO DE JUSTIÇA ESTADUAL. RECURSO AO QUAL SE NEGOU SEGUIMENTO COM AMPARO NO ART. 557, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. IMPROVIMENTO. I - Nos termos do parágrafo único do art. 14, do Código de Processo Civil, "ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado"; II - Nas lições de Nelson Nery Júnior, A multa fixada pelo juiz como decorrência do contempt of court não se destina a parte processual, pois sancionadora de ato atentatório ao exercício da jurisdição. (.) A litigância de má-fé (CPC 16 a 18) é ato prejudicial à parte do improbus litigator, porque ofensiva ao princípio da probidade (lealdade) processual (CPC 14 II), de modo que nada tem a ver com o embaraço a atividade jurisdicional caracterizado pelo contempt of court. Portanto, ambas as sanções (contempt of court e litigância de má-fé) podem ser impostas, cumulativamente, sem que se incida em duplicidade de penalidades"; III - Recurso ao qual se negou seguimento esteado no art. 557, do Código de Processo Civil, decisão que se confirma. (RIO DE JANEIRO, 2009).

Conforme visto, apesar da similaridade, a litigância de má-fé e o ato atentatório à dignidade da justiça não se confundem, embora possam fazer-se presentes simultaneamente. Importa destacar que a primeira, litigância de má-fé, trata de uma ofensa direta à parte adversa, que concomitantemente afetará o Estado. Já o ato atentatório tem como principal prejudicado o Estado e, via reflexa, as partes.

5 DEVER DE LEALDADE PROCESSUAL

Pautando-se pelo entendimento de que as partes e procuradores, ao ingressarem em juízo com uma ação judicial, buscam a solução do conflito de forma adequada e vertiginosa, atentando para a finalidade do processo, o que se espera é uma atuação leal calcada na fiel reprodução dos fatos pelos envolvidos (partes, testemunhas, procuradores, membros do Ministério Público e outros), contribuindo para a efetividade da prestação jurisdicional. Assim, traz o Código de Processo Civil, em seu artigo 378, que: "Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade." (BRASIL, 2015).

O princípio da lealdade processual deriva da boa-fé, estando recepcionado no art. 5º do Código de Processo Civil que estabelece que "aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé." (BRASIL, 2015).

Assim, o litigante não tem só a opção de agir de forma proba, digna e honesta, mas dever, sendo reprováveis comportamentos contrários que, conseqüentemente, fomentem o desequilíbrio jurídico, impedindo que o ato atinja a sua finalidade.

Embora não seja adepto da teoria constitucional do processo, pontifica Rosemiro Pereira Leal, que:

A lealdade processual não se refere ao exercício das virtudes intrínsecas das partes ou de seus procuradores, obtidas pela condição moral de cidadãos irrepreensíveis e puros, mas diz respeito ao dever legal de atuação processual em regime de reciprocidade de tratamento, segundo padrões de seriedade que a lei processual exige ao colocar as partes em nível isonômico, sem que qualquer delas possa utilizar de modo fraudulento ou doloso a atividade jurisdicional para fins ilícitos. (LEAL, 2009, p. 113).

Também no mesmo sentido, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

[...] O processo é um instrumento posto à disposição das partes não somente para a eliminação de seus conflitos, e para que possam obter resposta às suas pretensões, mas também para a pacificação geral na sociedade e para atuação do direito. Diante dessas suas finalidades, que lhe outorgam uma profunda inserção sócio-política, deve ele revestir-se de uma dignidade que corresponda a seus fins. O princípio que impõe esses deveres de moralidade e probidade a todos aqueles que participam do processo (partes, juízes e auxiliares da justiça: advogados e membros do Ministério Público) denomina-se lealdade processual. (CINTRA; GRINOVER ; DINAMARCO, 2005 , p. 71).

No entanto, a ausência e desrespeito com o compromisso da lealdade acarreta num trâmite processual moroso, resultando em uma decisão com a presença de vícios, ferindo o princípio da celeridade processual e os preceitos éticos, conduta que o ordenamento jurídico brasileiro repudia.

Acrescentando conhecimentos ao presente trabalho, destacam-se as palavras de Neuza Maria Carmezini Oliveira, em sua monografia:

O litigante tem o dever de agir com lealdade e boa-fé. Não pode provocar incidentes inúteis ou infundados, posto que é vedada a utilização de expedientes de chicana processual, procrastinatórios, desleais e desonestos.

São exemplos de atitudes desleais:

- a) Indicar endereço errado de testemunhas, a fim de ganhar tempo até que o depoimento seja prestado;
- b) Ingressar com seguidas petições desnecessárias provocando tumulto processual; [...]
- c) Propor embargos sabendo de antemão não ser detentor do direito invocado;
- d) Propor exceções meramente procrastinatórias;
- e) Retirar de Cartório os autos com vista para manifestação e exceder desoladamente o prazo para devolução, e, outras situações [...]. (OLIVEIRA, 2001, p. 10-11).

Os litigantes e seus representantes processuais têm o dever de agir de forma a contribuir para a finalidade do ato processual. Dever esse que abrange também a relação com as partes envolvidas e os colegas de profissão, de forma que não sejam vistos como inimigos, propagando o desrespeito e condutas desleais, mas sim com atos condizentes ao status da advocacia elevado a patamar constitucional, como forma de reverência à classe.

Assim entende Elcias Ferreira da Costa:

Finalmente, incide ainda no dever de lealdade e de probidade processual comportar-se conforme as regras de decoro, da correção e da boa educação, tanto nos contatos humanos com os colegas, com as partes litigantes, com os juízes e com os funcionários das secretarias como nos escritos defensivos, nas alegações e nas conclusões, não compartilhando nem estimulando ódios ou ressentimentos. (COSTA, 2009, p. 147).

O litigante, ao ferir o dever da lealdade processual, olvida-se de sua necessária cooperação na relação jurídica, via da qual se busca o resultado mais íntegro possível, uma vez que os envolvidos são também encarregados pelo resultado processual.

Ademais, correlacionando-se com o dever de lealdade processual, o Código de Processo Civil delibera em seu artigo 6º que "Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva." (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, estando os envolvidos agindo com lealdade processual, estarão simultaneamente colaborando para que o processo atinja seu fim da melhor maneira cabível.

6 RESPONSABILIDADE JURÍDICA

Sustenta César Fiúza que, "juridicamente, o termo responsabilidade normalmente está ligado ao fato de respondermos pelos atos que praticamos. Revela, então, um dever, um compromisso, uma sanção, uma imposição decorrente de algum ato ou fato". (FIÚZA, 2019, p. 400).

É justamente este o cerne do presente tópico, considerando a responsabilidade no meio processual e seu respaldo no Código de Processo Civil.

Embora a participação das partes e procuradores seja adstrita à sua relação mandatária, sendo o advogado uma extensão do seu cliente e suas vontades na esfera judicial e quem, de fato, dada sua capacidade postulatória, intervém no processo, há uma displicência do legislador quanto à redação do Código de Processo Civil, que abrange os deveres das partes e procuradores, sendo omissivo quanto à responsabilização dos procuradores, sendo apenas as partes realmente alcançadas.

O artigo 77, do Código de Processo Civil, estabelece que:

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procurados e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

I. Expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II. Não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;

III. Não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;

IV. Cumprir com exatidão as decisões judiciais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;

V. Declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer modificação temporária ou definitiva;

[...] (BRASIL, 2015).

E o artigo 79, do mesmo diploma legal, dispõe sobre a responsabilidade das partes por dano processual, *in verbis*: "Responde por perdas e danos aquele que litigar de má fé como autor, réu ou interveniente." (BRASIL, 2015).

Diante do exposto, nota-se que o legislador elenca, de forma clara e explícita, os deveres concernentes às partes e seus procuradores, mas, no que concerne à responsabilização respectiva, isenta os advogados de uma responsabilização no processo.

Ora, se o autor está postulando com o amparo e representação de seu procurador, este deveria, de forma solidária, ser responsabilizado, tendo as mesmas consequências atribuídas às partes, respeitados o devido processo, contraditório e ampla defesa.

Embora haja previsão legal no EAOAB, no Código de Ética e no Código Civil, nenhum abarca a responsabilidade endoprocessual do procurador.

O EAOAB dispõe em seus artigos 25, 32 e 34 sobre a responsabilização, merecendo menção o determinado no artigo 32:

Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria. (BRASIL, 1994).

O Código de Ética traz em seu artigo 2º, parágrafo único, os deveres do advogado, conforme exposto no item 2.1 do presente trabalho. Assim, o advogado, ao infringir tais deveres, sofrerá uma sanção, fomentando uma responsabilidade, mas ainda assim fora do processo. Posto isso, será instaurado um procedimento disciplinar, o qual ocorrerá conforme artigo 51 e seguintes do mencionado dispositivo.

Art. 51. O processo disciplinar instaura-se de ofício ou mediante representação dos interessados, que não pode ser anônima.

§1º. Recebida a representação, o Presidente do Conselho Seccional ou da Subseção, quando esta dispuser de Conselho, designa relator um de seus integrantes, para presidir a instrução processual.

§2º. O relator pode propor ao Presidente do Conselho Seccional ou da Subseção o arquivamento da representação, quando estiver desconstituída dos pressupostos de admissibilidade.

§3º. A representação contra membros do Conselho Federal e Presidentes dos Conselhos Seccionais é processada e julgada pelo Conselho Federal. (BRASIL, 2015).

Por fim, o Código Civil, em seu artigo 927, consagra a responsabilização civil do advogado:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002).

Destarte, os primeiros preveem uma responsabilização mais voltada ao âmbito corporativo, ao passo que o código civil dispõe sobre a responsabilidade civil entre o procurador e seu cliente. Contudo, nada se diz sobre uma responsabilização dentro do próprio processo.

Nesse sentido, se, conforme dispõe o art. 133 da Constituição da República, o advogado exerce tamanha relevância e prestígio em sua atuação jurisdicional, ao legislador, caberia maior cautela ao dispor sobre suas condutas e as consequências processuais, seja em prestígio ao exercício da própria advocacia, sem para maior segurança jurídica.

O legislador, ao deixar lacunas, possibilita ao advogado encontrar na lei espaços processuais para se afastar da atuação com boa-fé, sem risco de imediata responsabilização. Parece claro, mas cumpre destacar, que a grande maioria de advogados age conforme a legislação de regência e o código de ética respectivo. Contudo, a atuação de alguns poucos, dadas as consequências das condutas, acaba por repercutir em toda a classe, indesejavelmente.

Faz-se necessária, portanto, a colmatação desta lacuna existente no Código de Processo Civil, extirpando as omissões que causam ou mesmo estimulam a atuação profissional em desacordo com os preceitos legais e éticos, permitindo-se que haja responsabilização endoprocessual do advogado.

7 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO

No presente tópico, será abordada a responsabilidade civil, mas com fulcro na sua aplicabilidade ao advogado.

A responsabilização configura uma consequência ao exercício da advocacia em descompasso com os preceitos legais e éticos.

Inicialmente, para compreender este âmbito da responsabilidade, destaca-se o artigo 32 do Estatuto da OAB, cuja redação destaca que “o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.” (BRASIL, 1994).

Assim, ressalta-se que, além da responsabilidade do advogado perante o Estatuto, responsabilidade disciplinar, ele responderá civilmente quando proceder com dolo ou culpa, com o fim de reparar danos oriundos de uma má prestação de seu serviço. E, por responsabilidade civil, entende Paulo Nader que: “A responsabilidade civil [...], decorre do descumprimento de um dever jurídico básico, definido e imposto em lei ou convenção. Assim, ao violar o dever jurídico, o agente pratica ilícito extracontratual ou contratual.” (NADER, 2010, p. 09).

Aqui, ao tratar-se desta responsabilidade, mas voltada para o advogado, fala-se em responsabilidade civil contratual, uma vez que a relação entre cliente e advogado é mandatária. Logo, quando o advogado pratica desvios de condutas, muitas vezes, conseqüentemente, traz danos ao seu constituinte. Deste modo, na relação advogado-cliente, deverá responder contratualmente pelos danos causados no cumprimento do exercício de suas funções.

Destarte, cabível destacar que a obrigação do advogado consiste em defender seu cliente em juízo e dar-lhe conselhos profissionais. Também se compromete a uma obrigação de meio, sendo encarregado de se dedicar à causa defendida, assumida, buscando o melhor resultado possível, utilizando-se dos meios adequados, mas não se obrigando pelo resultado. Para o advogado que exerce sua obrigação de meio com eficiência, zelo e qualidade não há falar em responsabilidade decorrente do insucesso da causa. Tão somente as condutas negligentes, imprudentes e imperitas resultarão na possibilidade de responsabilização do advogado.

Portanto, responderá o advogado por seus erros de fato e de direito, considerados inaceitáveis para tal profissional. Assim, dispõe Silvo de Salvo Venosa:

Em síntese, o advogado deve responder por erros de fato e de direito cometidos no desempenho do seu mandato. O exame de gravidade dependerá do caso sob exame[...]. É fora de dúvida, porém, que a inabilidade profissional evidente e patente que ocasiona prejuízos ao cliente gera o dever de indenizar. O erro do advogado que dá margens à indenização é aquele injustificável, elementar para o advogado médio, tomado aqui também como padrão por analogia ao *bonus pater familias*. No exame da conduta do advogado, deve ser aferido se ele agiu com diligência e prudência no caso que aceitou patrocinar. (VENOSA, 2004, p. 248).

Diante do exposto, pode-se ressaltar algumas situações exemplificativas dos mencionados erros passíveis de responsabilização do advogado.

Primeiramente, fala-se da perda do prazo, pois o advogado deve estar atento aos prazos processuais, uma vez que sua inobservância poderá ocasionar a preclusão e a prescrição, com resultados danosos aos seu constituinte. A perda de prazo por advogado pode configurar negligência ou mesmo imperícia, resultando na sua responsabilização pelos danos daí resultantes.

Outra conduta que, praticada, resultará na responsabilização do advogado é a violação do sigilo profissional. As informações prestadas pelo cliente ao seu advogado constituem sigilo profissional que, quebrado, constitui infração ética. Assim dispõe o artigo 34, inciso VII do Estatuto da Advocacia e da OAB: "Constitui infração disciplinar: violar, sem justa causa, sigilo profissional." (BRASIL, 1994)." E, ainda, conforme trazido no texto do artigo 154 do Código Penal: "Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena- detenção, de três meses a um ano, ou multa." (BRASIL, 1940).

Contudo, não seria diferente no âmbito civil, posto que, incontáveis são os prejuízos causados ao cliente diante da quebra de sigilo. Portanto, também nesse particular caberia ao advogado ser responsabilizado pela sua infração.

Cite-se, ainda, a desobediência às instruções da parte e a ausência injustificada em audiência. Cabe ao advogado, respeitados o âmbito da atuação técnica, respeitar as instruções dadas por seu constituinte, sob pena de configuração de exercício contrário ao mandato outorgado, respondendo, neste caso, por eventuais danos causados. Frisa-se que é livre ao advogado se desvincular da causa, ainda que sem justificativa, por não concordar com seu cliente. Assim, a persistência na demanda implica em exercício do múnus em conformidade com os interesses do seu cliente e segundo as instruções deste.

Já a ausência injustificada em audiência resulta na quebra de confiança na relação cliente-advogado. O cliente, ao contratar o advogado para conduzir sua demanda, espera dele condutas condizentes com seus deveres, de forma que o represente perante o juízo, criando uma relação de confiança e segurança jurídica. Ocorre, muitas vezes, o não comparecimento do representante legal em audiências, encontrando-se a parte desamparada judicialmente e a quebra da confiança alhures mencionada. Assim sendo, deverá o advogado se responsabilizar pelo dano causado.

Paulo Nader reafirma tal entendimento:

O não comparecimento à audiência é outro tipo de negligência que, lamentavelmente, ocorre com alguma frequência em juízos de primeiro grau. Ora, tal omissão é da maior gravidade, pois compromete seriamente a produção de provas e com imprevisíveis consequências. Eventual dano daí decorrente constitui fato jurídico que autoriza o pleito de indenização em face do advogado. (NADER, 2010, p. 481).

Sendo assim, é imprescindível que o advogado que cause prejuízos ao seu cliente, conforme exposto, se responsabilize.

Nada obstante, deve-se ter em mente, conforme já mencionado, que estas são apenas algumas das hipóteses de responsabilização civil do advogado. Ele responderá também por não interposição de recurso cabível, ofensas em juízo, perda de uma chance, responsabilidade por conselhos e pareceres.

O resultado desta atuação do advogado, em conformidade com o exposto, resultará em danos ao seu cliente, sejam estes patrimoniais ou extrapatrimoniais, por conseguinte, cabendo à parte prejudicada uma indenização material e até mesmo moral.

Por fim, em consonância ao que dispõe Anne Joyce Angher, a atuação do advogado em todos os âmbitos profissionais está pautada por determinadas imposições previstas no Estatuto da Advocacia e no Código de Ética e Disciplina da OAB. Assim, o advogado deve ter consciência do mérito trazido pelas suas condutas, e que, exercidas conforme as hipóteses elencadas no presente capítulo, ultrapassará a área de uma sanção disciplinar trazida pelo Estatuto e o Código de ética, resultando em uma responsabilização civil (ANGHER, 2005).

8 DA RESPONSABILIDADE PROCESSUAL DOS PROCURADORES

A CR/88, em seu artigo 5º, inciso XIII, expressa que: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (BRASIL, 1988). Entretanto, apesar de o exercício do advogado ser considerado livre, sua atuação será norteada, principalmente, pela Constituição da República, EAOAB, Código de Ética e Disciplina da Advocacia e Código de Processo Civil.

O operador do direito, ao ingressar em uma causa como representante legal de seu cliente, está encarregado de ser o elo entre a parte e a função jurisdicional do Estado. Assim, por diversas situações, o advogado é quem de fato intervém no processo.

A indispensabilidade do advogado na administração da justiça, conforme propugnado pelo artigo 133 da Constituição da República, faz com que a atuação de tal profissional deva, necessariamente, dar-se em conformidade com a lei regente e seu código de ética. Não se pode entender tal previsão constitucional como mero status à classe, mas também em efetivo comprometimento com a adequada gestão da justiça.

Em razão disto, causa inquietação a lacuna deixada pelo legislador ao não prever a possibilidade de uma responsabilização endoprocessual, de modo que aquele procurador que age pautado pela má-fé não estará sujeito a uma imediata condenação por má-fé. Afinal, conforme disposto no estatuto da advocacia, haverá necessidade de ajuizamento de demanda própria.

O advogado, embora preste compromisso de atuação ética, nem sempre o faz. E, justamente, na carência de uma previsão legal sobre uma responsabilização solidária entre partes e procuradores no âmbito da própria demanda em que se deu a conduta de má-fé, acaba-se alargando o campo de atuação e de ajuizamento de demandas temerárias.

Justamente para se eliminar, ou reduzir de forma significativa, o exercício do direito de forma abusiva, que se faz necessária uma legislação mais rigorosa, em que seja prestigiados os profissionais éticos que engrandecem a classe dos advogados, desempenhando seu papel fundamental na manutenção da paz social e a efetividade da prestação jurisdicional, em detrimento dos poucos profissionais que não atuam em conformidade com seu estatuto e seu código de ética.

Deste modo, leciona Paulo César Pinheiro Carneiro que:

Não se concebe mais hoje em dia que o compromisso do advogado esteja unicamente restrito aos interesses, quaisquer que sejam eles, das partes que representam. Ele exerce um múnus público considerado indispensável à administração da justiça pelo legislador constitucional (art. 133 da CF). Assim, deve ter uma atuação ética condizente com os fins públicos que informam a sua profissão e, portanto, do próprio processo enquanto instrumento essencial à realização da justiça. Seria um contrassenso admitir e qualificar alguém como essencial para um determinado fim e ao mesmo tempo permitir que este alguém pudesse ter um comportamento que prejudicasse ou que colocasse em risco tal desiderato.

O advogado também é responsável, cabendo-lhe indagar quais os objetivos de seus clientes e os fins que eles pretendem alcançar com o processo, para avaliar se, do ponto de vista ético, deve ou não aceitar a defesa.

Não se concebe que o advogado possa, a pedido de um cliente, utilizar o processo para alcançar objetivos que contrariem a lei, como: criar mecanismos para fraudar o fisco; retardar injustificadamente o andamento do processo; apresentar provas – documental, testemunhal ou qualquer outra – que saiba serem falsas, e assim por diante. O ponto fundamental desta nova relação, da parceria advogado/cliente, é a de que o advogado não se torna imune a compromissos éticos com a justiça, na medida em que ele aceita o patrocínio, a defesa, de algum cliente. Assim, é preciso que ele torne bem claro quais são os limites de sua atuação, e deles, salvo motivos excepcionais, não se desvie. (CARNEIRO, 2003, p. 70).

Contudo, com a preocupação do ordenamento jurídico em atender a real finalidade do operador de direito, qual seja contribuir para uma prestação jurisdicional pautada no devido processo constitucional⁷, faz-se necessária a possibilidade de uma responsabilização processual solidária entre cliente e seu representante legal, assim que, comprovadamente, exista entre parte e procurador condutas desleais.

Embora de forma minoritária, há entendimentos de que possa haver esta responsabilização solidária. Como por exemplo, tem-se o julgado da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da Quinta Região, em julgado de 21 de janeiro de 2006:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. RELAÇÃO DOS FILIADOS QUE CONTEMPLA PESSOAS JURÍDICAS NÃO SEDIADAS EM PETROLINA. ALEGADA ALTERAÇÃO ESTATUTÁRIA NÃO COMPROVADA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. EXTENSÃO DAS PENALIDADES AO CAUSÍDICO.

[...]

7 A CR/88 determina em seu artigo 5º, inciso LIV que: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;" (BRASIL, 1988). Ao mencionar o devido processo legal, busca-se uma garantia de que o processo judicial se conduza de maneira que propicie o devido processo constitucional. Assim, o devido processo constitucional, tem uma relação com a justiça, conforme leciona José Oliveira Baracho: "O processo constitucional está ligado à justiça constitucional, pois, conforme acentua GIUSEPPE CHIOVENDA, os conceitos de processo e jurisdição são correlatos entre si, ao passo que outras indagações atentam para os caracteres processuais dessa jurisdição." (BARACHO, 1982, p. 100).

4. Justificada, igualmente, a condenação da impetrante nas penalidades decorrentes da litigância de má-fé. Houve, decerto, alteração da verdade dos fatos, eis que a suposta modificação nos seus Estatutos, na realidade, nunca existiu. Incidência do artigo 17, inciso II, do Código de Processo Civil.

5. De acordo com o artigo 6o do Código de Ética e Disciplina da OAB, "É defeso ao advogado expor os fatos em juízo falseando a verdade ou estribando-se na má-fé". O artigo 32, parágrafo único, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB), por seu turno, prescreve que, "Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria". **Desnecessidade, 'in casu', da "ação própria" a que se reporta o dispositivo.**

6. A responsabilidade entre o causídico e seu cliente é solidária.

7. Envio de ofício à Ordem dos Advogados do Brasil, Seção PE, para que sejam adotadas as providências pertinentes quanto à conduta do profissional.

8. Apelação improvida. (BRASIL, 2006, grifo nosso).

Com base no presente tópico, verifica-se a possibilidade desta responsabilização solidária e *endoprocessual* tanto da parte quanto de seu procurador, de modo a evitar que condutas temerárias impliquem em propositura de ações com objetivos escusos ou que, nas ações já em curso, causem embaraços e prolongamentos desnecessários do feito.

Para que esta responsabilização do advogado se dê de forma endoprocessual, imperativo que sejam respeitados os princípios constitucionais do devido processo, contraditório e ampla defesa, ensejando-se ao causídico oportunidade de se manifestar e defender-se, expressamente, de tal imputação e possibilidade de responsabilização solidária com seu cliente.

Portanto, tão logo surgidos os indícios de atuação do advogado contrária à boa-fé, abrir-se-á vista ao mesmo para que se manifeste sobre tal fato, indicando provas que pretende produzir, tramitando a demanda principal e o incidente em conjunto, visando a uma instrução conjunta.

Acaso a indicação de atuação de má-fé do advogado surja após a instrução do processo principal, sobrestar-se-á a tramitação desde, instruindo-se o incidente para apuração da conduta do patrono, respeitando-se, como já aduzido, o devido processo, o contraditório e ampla defesa.

Estas sugestões compatibilizariam o Código de Processo Civil com a necessária boa-fé no ajuizamento, instrução e manutenção de demandas, sem se descurar do constitucional direito de ampla defesa a todos assegurado.

9 CONCLUSÃO

O presente estudo trouxe a atuação do advogado como escopo. Embora possibilite um vasto campo para o estudo, aqui se buscou regravar-se pelo princípio da lealdade processual, corolário do devido processo constitucional, os encargos impostos aos advogados pelo Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados no Brasil e o Código de Ética e Disciplina da Advocacia, acentuando sua relevância perante a Constituição da República e sua responsabilização diante de atos praticados com inobservância legal e ética.

Certifica-se que o processo, por se tratar de uma garantia constitucional que busca o efetivo reconhecimento e satisfação de um direito, deve ser pontualmente respeitado, atribuindo a todas as partes e procuradores envolvidos condutas norteadas pela boa-fé e lealdade processual, cooperando para o equilíbrio jurídico, conferindo ao advogado um maior comprometimento ante o *múnus* público exercido.

Ocorre, entretanto, em algumas circunstâncias, o desvio de conduta, prejudicando o bom andamento do processo e impedindo um resultado conforme buscado pela principiologia processual constitucional.

Aquele encarregado legalmente de contribuir com a devida prestação jurisdicional e o desenvolvimento do processo, respeitadas as garantias constitucionais, não pode ter na omissão da lei o amparo para, maliciosamente, tirar vantagens, prejudicando a outrem e à própria administração da justiça. Assim, deve-se dar importância para a necessidade de se manter um ordenamento jurídico que busque mecanismos que desestimulem a prática de uma litigância temerária, tanto da parte quanto de seu procurador.

Por fim, é possível constatar, após o estudo realizado, a necessidade do preenchimento de lacunas apresentadas pelo legislador, possibilitando uma responsabilidade endoprocessual e solidária entre constituinte e advogado de modo que o advogado, exercendo função tamanha, não encontre na lei brechas para se eximir de sua responsabilidade, respondendo conforme sua atuação. Assim, a sugestão é que o legislador possa incluir de forma clara e precisa a responsabilidade processual do procurador em conjunto com o seu constituinte, sempre que atuar com má-fé e atentar contra a dignidade da "justiça", respeitando-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce. *Litigância de má-fé no processo civil*. São Paulo: Rideel, 2005.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Aspecto da teoria geral do processo constitucional: teoria da separação de poderes e funções do Estado. *R. Inf. Legisl.*, Brasília, ano. 19, n. 76, out./dez. 1982.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Brasília, DF: Senado, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, DF, 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/8906.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quinta Região. *Apelação em mandado de Segurança Coletivo*. 24 de janeiro de 2006. Disponível em: <https://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/231167/apelacao-em-mandado-de-seguranca-ams-86065-pe-20008308000452-0/inteiro-teor-14870150?ref=juris-tabs>. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 17 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de Março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Senado, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça. Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2003.

- Carvalho Neto, Inácio de. *Abuso do direito*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2006.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 16. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.
- COSTA, Elcias Ferreira da. *Deontologia Jurídica - ética das profissões jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- FIÚZA, César. *Direito civil - curso completo*. 19. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MAMEDE, Gladston. *A Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil*. 6. ed. São Paulo: Editora S.A, 2014.
- NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- noronha, Fernando. *direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- OLIVEIRA, Neuza Carmezini. *Lealdade Processual*. 2001. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2001.
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Código de Ética e Disciplina da OAB*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <https://www.oab.org.br/visualizador/19/codigo-de-etica-e-disciplina>. Acesso em: 27 abr. 2021.
- PRADO, Luciana Mellario. *A litigância de má-fé do advogado*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.
- RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *AI 00135452620098190000*. Relator: Ademir Paulo Pimentel, 28 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000328E-749B7E01A47E02EF5AB8EF8EDA29699C4022D0E2F>. Acesso em: 4 maio 2021.
- RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Indenização por dano moral*. *RI 04724634220158190000*. Relatora: Márcia da Silva Ribeiro, 15 de junho de 2016. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/352139007/recurso-inominado-ri-4724634220158190001-rio-de-janeiro-capital-vi-jui-esp-civ>. Acesso em: 2 maio 2021.
- RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direito subjetivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

04

CAPÍTULO

A AVERBAÇÃO PRÉ-EXECUTÓRIA: UMA REVISÃO DE LITERATURA

ALINE ARAUJO GONÇALVES DE SOUZA¹

FELIPE GALEGO²

JEAN CARLOS DIAS³

RESUMO

Processos de execução fiscal são grandes responsáveis por elevar a taxa de congestionamento no Poder Judiciário. Assim, é evidente a necessidade de reformular a dinâmica da cobrança da Dívida Ativa. Na tentativa de amenizar os ajuizamentos de Execuções Fiscais infrutíferas, houve a edição da Lei nº 13.606 de 2018, dispondo sobre a averbação pré-executória. Porém, surgiram inúmeros questionamentos acerca da constitucionalidade da averbação pré-executória. Logo, o presente trabalho possui o propósito analisar, através de revisão de literatura, como a averbação pré-executória encontra-se descrita na literatura e quais são os posicionamentos dos autores em discussões relacionadas à constitucionalidade de tal instituto.

Palavras-chave: averbação pré-executória; execução fiscal administrativa; penhora administrativa de bens.

ABSTRACT

Tax enforcement proceedings are largely responsible for increasing the rate of congestion in the Judiciary. Thus, it is evident the need to reformulate the dynamics of the collection of the Collectible Debt. In an attempt to mitigate the filing of unsuccessful Tax Enforcements, there was the edition of Law No. 13,606 of 2018, providing for the

- 1 Graduada em Direito Pela Universidade FUMEC. Pós-graduanda em Direito Público pela Faculdade Arnaldo Janssen. Graduada em Fonoaudiologia pela Universidade FUMEC. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3419182876682551>. E-mail: alineags@gmail.com.
- 2 Mestre em Direito pela Universidade FUMEC. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho. Especialista em Direito Previdenciário pela UNOPAR. Servidor efetivo do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Professor universitário. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0789008071338961>. E-mail: fgalego82@gmail.com.
- 3 Doutor em Direitos Fundamentais e Relações Sociais pela Universidade Federal do Pará. Mestre em Instituições Jurídico- Políticas pela Universidade Federal do Pará. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Unesa - Rio de Janeiro. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará e, atualmente é Advogado, Sócio-Sênior de Bastos & Dias s/s, escritório especializado em Direito Empresarial em Belém no Estado do Pará fundado em 1993. Professor de Teoria do Direito, Direito Processual Civil, Teoria Geral do Processo e Direito Econômico nos cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário do Pará - CESUPA onde também coordena o Programa de Pós-graduação em Direito. Professor convidado da Escola Superior da Magistratura do estado do Pará, do Centro de Formação do Ministério Público do Estado do Pará, da Escola Superior da Advocacia, da Escola Judiciária do Tribunal de Justiça do Amapá, da Escola Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 8a. Região. É membro do Instituto dos Advogados do Pará, da Associação Norte-Nodeste de Professores de Processo, do Instituto Brasileiro da Política e Direito da Informática, da Fundação Brasileira de Direito Econômico. Integra diversos Conselhos Editoriais de revistas jurídicas. Tem participado de bancas de Concursos Públicos. Tem participado como Conferencista e Professor em diversos cursos de pós-graduação, seminários e encontros jurídicos em vários Estados brasileiros. Ex-Diretor-Geral da Escola Superior da Advocacia do Estado do Pará vinculada a Ordem dos Advogados do Brasil. É autor de vários livros e artigos publicados nacionalmente. E-mail: jean@bastosedias.com. Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-8372-9758>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3343295176890460>.

Como citar o presente artigo científico:

SOUZA, Aline Araujo Gonçalves de; GALEGO, Felipe; DIAS, Jean Carlos. A averbação pré-executória: uma revisão de literatura. In: CAMARGOS, Laís Alves; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). Direito Processual Constitucional e sua Perspectiva Democrática. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2021, p. 68-84

pre-executory recordation. However, many questions have arisen about the constitutionality of the pre-executory annotation. Therefore, the purpose of this paper is to analyze, through literature review, how the pre-executory annotation is described in the literature and what are the positions of the authors in discussions related to the constitutionality of such an institute.

Keywords: *pre-executory registration; tax enforcement; administrative attachment .*

1 INTRODUÇÃO

Estudos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) indicam que os processos de execução fiscal são grandes responsáveis por aumentar o estoque total de processos, elevando a taxa de congestionamento no Poder Judiciário (BRASIL, 2018d, p. 124).

Dessa forma, é evidente a necessidade de reformular a dinâmica da cobrança da dívida ativa, no sentido de agilizar e racionalizar a satisfação do crédito da Fazenda Pública, sem congestionar as vias judiciais. (PRUDENTE, 2008, p. 32).

Na tentativa de otimizar os processos de execução fiscal, nos últimos anos, foram propostos alguns projetos de lei com intuito de implementar no Brasil a chamada desjudicialização da cobrança de Dívida Ativa, especialmente por meio da execução fiscal administrativa (MELO, 2012, p. 112).

Dessa forma, pode ser observado que a Lei nº 10.522 de 2002 (BRASIL, 2002) vem sendo atualizada gradativamente para que a Fazenda Nacional tenha a autorização de não constituir créditos tributários e não propor execuções fiscais de baixo valor, ou possa ter a alternativa de não interpor recursos em ações judiciais cujo conteúdo já tenha precedentes fixados por súmulas vinculantes editadas por Tribunais Superiores. Neste seguimento, a Portaria PGFN nº 502, de 12 de maio de 2016 (BRASIL, 2016), dispõe sobre hipóteses que dispensam a Fazenda Nacional de apresentar contestação, de oferecer contrarrazões e interpor recursos em processos nos quais tratem sobre teses fixadas em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e em recurso repetitivo pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) (ABRAHAM, 2019).

Ocorre que mesmo com a tramitação de diversos projetos de lei abarcando a temática da execução fiscal administrativa, não existiram nos últimos anos mudanças no ordenamento jurídico que fizessem com o que o crédito tributário inscrito em dívida ativa fosse recuperado de forma mais célere do que a forma decorrente da Lei de Execuções Fiscais, Lei nº 6.830 de 1980 (BRASIL, 1980).

Nesse contexto, a cobrança de créditos, por via judiciária, vem demonstrando grande ineficácia na recuperação de créditos da Dívida Ativa, resultando no drástico aumento do número de processos acumulados no poder judiciário, que, de há muito, carece de mecanismos efetivamente agilizadores de sua realização (PRUDENTE, 2008, p. 32).

Na tentativa de amenizar o número de ajuizamentos de Execuções Fiscais infrutíferas, houve a edição do artigo 25 da Lei nº 13.606, de 2018 (BRASIL, 2018a), regulamentada pela Portaria PGFN nº 33 de 2018 (BRASIL, 2018b) e atualizada pela Portaria PGFN nº 42 de 2018 (BRASIL, 2018c) dispondo sobre a averbação pré-executória, que nos remete a procedimentos típicos de Execução Fiscal Administrativa, já adotados por diversos países.

Dessa forma, com a modificação no procedimento para ajuizamento de execuções fiscais ocorrida com a Lei nº 13.606, de 2018 (BRASIL, 2018a), que alterou os artigos 20-B ao 20-E da Lei 10.522, de 2002 (BRASIL, 2002), foi permitido ao fisco a possibilidade de realizar um procedimento típico de execução fiscal administrativa, utilizando-se do instituto da averbação pré-executória que permite a averbação da certidão de dívida ativa (CDA) em órgãos de registros de bens e direitos.

Assim, fica evidente que foi criada mais uma possibilidade da Fazenda Pública em praticar medidas pré-executórias com a finalidade de ser evitada uma futura execução frustrada ou que o devedor seja compelido, de maneira mais rigorosa, a efetivar o pagamento do tributo (GOU-LART FILHO, 2018, p. 5).

Porém, a partir da alteração legislativa, surgiram inúmeros questionamentos acerca da constitucionalidade da averbação pré-executória, tais como: a exigência de lei complementar para versar sobre prerrogativas do crédito tributário, a compatibilidade da figura da averbação pré-executória com o artigo 185-A do Código Tributário Nacional (CTN) (BRASIL, 1966), a reserva de jurisdição para efetivar a averbação e a desproporcionalidade entre a medida e a afetação ao direito de propriedade (ALVIM, 2018, p. 165).

Na tentativa de pacificar o entendimento, no final de 2020, ao julgar seis Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's nº 5881, 5886, 5890, 5925, 5931, 5932), o Supremo Tribunal Federal (STF) considerou constitucional o instituto da averbação pré-executória de certidões de Dívida Ativa emitidas pela Fazenda Nacional.

Assim, o presente trabalho possui o propósito analisar como a averbação pré-executória encontra-se descrita na literatura bem como quais são os posicionamentos dispostos na literatura em discussões relacionadas a constitucionalidade e legalidade de tal instituto previsto na Lei nº 13.606 de 2018 (BRASIL, 2018a), regulamentada pelas Portaria PGFN nº 33 de 2018 (BRASIL, 2018b) e PGFN nº 42 de 2018 (BRASIL, 2018c).

Destaca-se que a metodologia adotada para a elaboração do presente estudo foi a revisão de literatura, sendo realizadas pesquisas de artigos publicados em livros, periódicos e em *websites* especializados na área jurídica de temas relacionados à constitucionalidade da averbação pré-executória bem como da execução fiscal administrativa.

2 A AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL: INEFICÁCIA E CONTRIBUIÇÃO PARA A MOROSIDADE DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

Sabe-se que Ação de Execução Fiscal é uma medida judicial utilizada pela Fazenda Pública para cobrar a Dívida Ativa, de natureza tributária ou não tributária, sendo realizada através de um rito de especial estabelecido pela Lei nº 6.830 de Setembro de 1980 (BRASIL, 1980), que emprega de maneira subsidiária o Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015) (ABRAHAM, 2018, p. 435).

Contudo o ajuizamento das execuções fiscais vem demonstrando, ao longo dos anos, grande ineficácia, sendo apontado como um dos principais fatores para a morosidade do Poder Judiciário. Neste sentido, o impacto dos processos de execução, é significativo principalmente nos segmentos da Justiça Estadual e Federal, correspondendo, respectivamente, a 55%, 50%, e

44% do acervo total de cada ramo. É o caso de: TJDFT, TJRJ, TJSP na Justiça Estadual; TRF2 na Justiça Federal; e TRT7, TRT14, TRT17, TRT19, TRT21 na Justiça do Trabalho. Ainda, nota-se que a taxa na execução supera a do conhecimento na maioria dos casos (BRASIL, 2018d, p. 121).

Em documento publicado pelo Conselho Nacional de Justiça, intitulado “Justiça em Números 2018: ano-base 2017” (BRASIL, 2018d), é demonstrado que em 2017⁴, a maior parte dos processos pendentes (53%) era referente a processos de execução, sendo que a maior parte dos processos de execução no Brasil é composta pelas Execuções Fiscais, que correspondem a 74% do estoque em processos de execução (BRASIL, 2018d, p. 121).

Nessa perspectiva, verifica-se que as Execuções Fiscais são as principais responsáveis pela alta taxa de congestionamento⁵ do Poder Judiciário brasileiro, representando, aproximadamente, 39% da totalidade de casos pendentes, e de congestionamento de 92% em 2017, sendo considerada a maior taxa entre os tipos de processos constantes no Relatório *Justiça em Números* apresentado pelo CNJ (BRASIL, 2018d, p. 125).

Historicamente, é possível constatar, que as execuções fiscais são apontadas como o principal motivo de morosidade do Poder Judiciário de maneira que o executivo fiscal chega a juízo após tentativas frustradas de recuperação do crédito tributário na via administrativa, ocasionando sua inscrição na Dívida Ativa. Sendo assim, o processo judicial repete etapas e providências de localização do devedor ou patrimônio possíveis de satisfazer o crédito tributário já adotadas, de maneira frustrada, pela administração fazendária ou pelos conselhos responsáveis pela fiscalização profissional. Dessa forma, chegam ao Judiciário títulos executivos de dívidas antigas que, por consequência, com menor probabilidade de recuperação (BRASIL, 2018d, p. 125).

Estima-se que de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2017, houve baixa somente de 8 processos. Caso fossem desconsiderados os processos de execução fiscal, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário desceria 9 pontos percentuais, deslocando-se de 72% para 63% em 2017. Concentrando 85% dos processos, o maior impacto das execuções fiscais encontra-se na Justiça Estadual, e em seguida, a Justiça Federal responde por 14%, a Justiça do Trabalho, 0,31%, e por último, a Justiça Eleitoral com apenas 0,01% (BRASIL, 2018d, p. 125).

Quanto a maior taxa de congestionamento de execução fiscal, dados apontam que o maior índice encontra-se na Justiça Federal (94%), seguida da Justiça Estadual (91%), da Justiça do Trabalho (87%), e por último da Justiça Eleitoral (74%). Ao ser analisada a série histórica dos processos de execução fiscal, é possível evidenciar que desde 2009, ano após ano, vem ocorrendo crescimento gradativo na quantidade de casos ainda não finalizados. Após decréscimo em 2015, os casos novos de execuções fiscais subiram em 2016, para 12,9% e em 2017 para 7,4%. O denominado “tempo de giro do acervo” desses processos é de 11 anos, isso quer dizer

4 Para o presente estudo foram considerados dados relativos ao período mais próximo à edição da legislação que introduziu no ordenamento jurídico o instituto objeto desta pesquisa. Os dados mais recentes (Justiça em Números 2020: ano-base 2019), podem ser acessados em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>.

5 Em relatório produzido pelo CNJ, a taxa de congestionamento é conceituada como um “indicador que mede o percentual de casos que permaneceram pendentes de solução ao final do ano-base, em relação ao que tramitou (soma dos pendentes e dos baixados). Cumpre informar que, de todo o acervo, nem todos os processos podem ser baixados no mesmo ano, devido a existência de prazos legais a serem cumpridos, especialmente nos casos em que o processo ingressou no final do ano-base” (BRASIL, 2018d, p.72).

que mesmo que o Judiciário não recebesse novas execuções fiscais, ainda seriam necessários 11 anos para liquidar o acervo existente (BRASIL, 2018d, p. 125).

Diante dos dados apresentados, resta evidenciado que o modelo de execução fiscal tradicionalmente adotado no Brasil necessita de reformulação, adequando-se ao atual contexto, devendo ser criados novos modelos alternativos de cobrança dos créditos tributários e não tributários da Dívida Ativa, para que a cobrança da Dívida Ativa torne mais racional e eficiente.

3 A EXECUÇÃO FISCAL ADMINISTRATIVA E O INSTITUTO DA AVERBAÇÃO PRÉ-EXECUTÓRIA

A Execução Fiscal Administrativa é considerada um procedimento administrativo no qual possibilita a Fazenda Pública efetivar execuções fiscais por meio de atos exercidos pelo Poder Executivo, amparado por princípios do Direito Administrativo (PRUDENTE, 2008, p. 33).

Nas palavras de Antônio Souza Prudente, a execução administrativa do crédito da Fazenda Pública

afigura-se juridicamente possível na força dos atributos dos atos administrativos, que se revestem da presunção de legitimidade, decorrente do princípio da legalidade da Administração, da imperatividade impositiva de seu cumprimento coercitivo e da autoexecutoriedade consistente na possibilidade de esses atos serem imediata e diretamente executados pela própria Administração, no uso de sua supremacia de Poder Público, independentemente de ordem judicial. (PRUDENTE, 2008, p. 33).

Para Humberto Gomes de Barros, a Execução Fiscal deve ser realizada através de procedimento administrativo, e não através do de procedimento judicial, como ocorre atualmente no Brasil, acreditando que a modernização do Poder Judiciário avançará quando a cobrança dos créditos do fisco for um encargo deslocado para a Administração, onde ganhará agilidade e rendimento econômico, ocorrendo assim, uma redução na carga do Poder Judiciário, bem como uma redução no número de devedores (BARROS, 2007, p. 8).

Ainda, nas palavras de Arnado Sampaio de Moraes Godoy o modelo de cobrança judicial de créditos tributários plasmado na Lei nº 6.830 de 1980 “esgota-se pela própria seiva”, evidenciando a necessidade de mudanças nos métodos de cobrança (GODOY, 2009, p. 11).

Sob este aspecto, João Aurino de Melo Filho esclarece que a regra é que as Execuções Fiscais ocorram no âmbito do Poder Executivo, como ocorre na maior parte dos países ocidentais, como Estados Unidos, França, Alemanha, Espanha e Portugal, sendo que estes países servem de exemplo ao modelo judicial atualmente adotado no Brasil (MELO FILHO, 2018, p. 497).

Sob este prisma, a averbação pré-executória contida na Lei nº 13.606 de 2018 pode ser entendida como parte de um procedimento proveniente da Execução Fiscal Administrativa, que já ocorre em outros países.

3.1 A AVERBAÇÃO PRÉ-EXECUTÓRIA

Conforme definição dada por Allan Titonelli a averbação pré-executória é ato administrativo extraprocessual que não depende de decisão judicial, sendo destinada a produção de efeitos contra terceiros, evitando-se assim a fraude à execução bem como a fraude contra credores, possuindo o intuito de proporcionar maior segurança jurídica aos negócios realizados com devedores da Fazenda Pública, conforme previsão expressamente estabelecida no artigo 20-B, § 3º, II, da Lei 10.522, de 2002 (TITONELLI, 2018).

Cabe destacar que na visão de Allan Titonelli, o instituto da averbação pré-executória possui similaridade com o instituto da averbação premonitória prevista legislação processual civil, disposta no artigo 828 do Código de Processo Civil de 2015 (TITONELLI, 2018).

Sendo assim, a averbação pré-executória demonstra ser um instrumento de execução fiscal que objetiva racionalizar o ajuizamento de execuções fiscais no âmbito Poder Judiciário, evitando chances elevadas de ineficácia na recuperação da Dívida Ativa. Neste sentido, é possível interpretar que o objetivo da lei é a realização de uma espécie de filtro, feito já no âmbito do Poder Executivo, antes que ocorra o ajuizamento de execuções fiscais.

Nota-se que, com a publicação Lei nº 13.606 de 2018 (BRASIL, 2018a), a Fazenda Pública ficou autorizada a comunicar a inadimplência de tributos em órgãos referentes ao inadimplemento de consumidores, e de efetivar a averbação de Dívida Ativa nos cartórios de registros de bens e direitos a fim de os tornar indisponíveis, e, ainda, identificar a responsabilidade de terceiros (RIBEIRO; MACHADO, 2018, p. 123).

Assim, os artigos 20-B, 20-C, 20-D e 20-E da Lei nº 10.522, de 2002 (BRASIL, 2002) foram alterados pela Lei nº 13.606, de 2018 (BRASIL, 2018a), abrindo a possibilidade para que a averbação pré-executória seja efetivada no âmbito administrativo da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, criando-se a possibilidade do Poder Executivo averbar bens do devedor localizados através de levantamento feito pelo fisco.

Deste modo, o artigo 21 da Portaria PGFN nº 33, de 08 de fevereiro de 2018 (BRASIL, 2018b) conceitua a averbação pré-executória da seguinte forma:

A averbação pré-executória é o ato pelo qual se anota nos órgãos de registros de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, para o conhecimento de terceiros, a existência de débito inscrito em dívida ativa da União, visando prevenir a fraude à execução de que tratam os artigos 185 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1996 (Código Tributário Nacional) e 792 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. (BRASIL, 2018b).

Outro ponto que merece ser destacado é referente ao denominado Ajuizamento Seletivo, tratado na Portaria PGFN nº 33 de 2018 (BRASIL, 2018b), que condiciona o ajuizamento da execução fiscal à prévia localização de indícios de bens, direitos ou atividade econômica do devedor ou corresponsável, que possam ter utilidade na satisfação integral ou parcial do crédito tributário. Logo, a Procuradoria da Fazenda Nacional não irá mais ajuizar execuções fiscais se não houver bens úteis do devedor ou do coobrigado depois do redirecionamento administrativo. Caso existam bens do devedor, será proposta Execução Fiscal, mediante pesquisa anterior

e indicação do bem a ser penhorado (já anteriormente transformado em indisponível através da averbação Pré-Executiva), oferecendo maior segurança a terceiros de boa-fé e no recebimento do crédito tributário (ALVIM, 2018, p. 177-178).

Observa-se que, com a implementação do procedimento da averbação pré-executória, houve a instituição de um procedimento administrativo com propósito de racionalizar a cobrança da Dívida Ativa da União, ao prever a possibilidade de ajuizar execução fiscal mediante o uso de estratégias nas quais são analisadas as probabilidades de obtenção de sucesso ou insucesso na cobrança judicial, tornando o ajuizamento de execuções fiscais mais efetivas.

Convém destacar que os procedimentos administrativos que objetivam aumentar a eficácia das Execuções Fiscais, já vêm sendo discutidos ao longo das últimas décadas, com o objetivo de tornar as execuções fiscais mais céleres e racionais, verificando-se que, ao longo dos últimos anos, surgiram alguns projetos de lei com o escopo implantar a Execução Fiscal Administrativa, bem como mecanismos de transação na esfera do Contencioso Tributário (PRUDENTE, 2008 p. 32). Ao que tudo indica, foi a partir deste cenário que surgiu a Lei nº 13.606 de 2018, que trouxe a averbação pré-executória com o intuito de aumentar a racionalidade no recebimento de créditos inscritos em Dívida Ativa.

Outro ponto que merece ser salientado, é que a averbação pré-executória funciona como um instrumento que tenta obstar o contribuinte que visa fraudar e lesionar o erário, sendo que tal instituto pode ser considerado como *ultimaratio* do modelo de cobrança administrativa proposto pela nova lei, sendo direcionada à prevenção da fraude contra terceiros de boa-fé e à concretização da presunção relativa de fraude de que trata o art. 185 do Código Tributário Nacional (PINHO, 2018).

Porém, alguns autores posicionam-se de maneira contrária aos meios alternativos ao contencioso judicial tributário, como, por exemplo, Eurico Marcos Diniz Santi, que faz uma crítica aos vários projetos legislativos nesse sentido, afirmando que “invariavelmente partem da premissa que o “problema é o contencioso” para propor que a solução é “eliminar o contencioso”, alegando a ineficiência e morosidade dos atuais modelos de processo administrativo e judicial” (SANTI, 2014 , p. 293).

Diante do exposto, observa-se que existem grandes divergências na literatura envolvendo a legitimidade de instrumentos alternativos ao contencioso em processos de execuções fiscais.

4 O DEBATE SOBRE A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA AVERBAÇÃO PRÉ-EXECUTÓRIA

Consultando a literatura sobre o tema é possível verificar a existência tanto de concepções favoráveis quanto de concepções que são desfavoráveis ao meio alternativo de cobrança de crédito inscrito em Dívida Ativa utilizado pela averbação pré-executória, considerado a redação dada pelo do artigo 25 da Lei 13.606 de 2018 (BRASIL, 2018a), que acrescentou os artigos 20-B, 20-C, 20-D e 20-E à Lei 10.522 de 2002 (BRASIL, 2002).

Verifica-se que após a entrada em vigor da Lei nº 13.606 de 2018 (BRASIL, 2018a), surgiram discussões englobando as prerrogativas oferecidas ao fisco, que fez com que a legislação se tronasse polêmica, sendo objeto de Ações Diretas de Inconstitucionalidade⁶ ajuizadas no Supremo Tribunal Federal.

Entre os que são favoráveis aos meios alternativos de cobrança ao contencioso fiscal, podemos verificar que Rogério Campos e Daniel de Sabóia Xavier argumentam que o real objetivo e alcance da averbação pré-executória é a mera prática de ato notarial em registro imobiliário (condição que interessa a terceiros) com finalidade essencial de tutelar o direito de outrem, a segurança jurídica, a indisponibilidade do interesse público, a eficiência, racionalidade, proporcionalidade, sendo devidamente precedido de procedimento administrativo. Destaca-se que sob este aspecto, a averbação pré-executória é mero instrumento de materialização da garantia do crédito tributário, já instituído no artigo 185 do CTN (CAMPOS; XAVIER, 2018).

Todavia com a sanção da Lei 13.606 de 2018 (BRASIL, 2018a), é possível verificar controvérsias jurídicas envolvendo aspectos que questionam a efetividade, a legitimidade a constitucionalidade da averbação pré-executória, instituída pelo artigo 25 dessa Lei (TITONELLI, 2018).

Concordando com a constitucionalidade da averbação pré-executória, Rita Dias Nolasco e Rogério Campos defendem que já existem na legislação modelos que são considerados mais invasivos e de maior abrangência ao que se refere a indisponibilidade em atos extrajudiciais, passando todos estes modelos longe da discussão questionando a constitucionalidade, sendo possível citar os dispositivos previstos no artigo 36 da Lei nº 6.024 de 1974 (BRASIL, 1974), o artigo 23, § 4º, III e artigo 24-A da Lei nº 9.656 de 1998 (BRASIL, 1998), a Lei nº 6.435 de 1977 (BRASIL, 1977) (superada pela LC 109/01), o artigo 59 da Lei Complementar nº109, de 2001 (BRASIL, 2001) e § 2º do artigo 44 da Lei nº 8.443 de 1992 (BRASIL, 1992) (NOLASCO; CAMPOS, 2018).

Assim, os pontos que causaram maior divergência questionando a constitucionalidade da averbação pré-executória prevista na Lei nº 13.606 de 2018 (BRASIL, 2018a), apontados por Leonardo de Andrade Rezende Alvim são: a) a exigência de lei complementar para versar sobre prerrogativas do crédito tributário; b) a compatibilidade da figura da averbação pré-executória com o artigo 185-A do CTN; c) a reserva de jurisdição para efetivar a averbação; d) e a desproporcionalidade entre a medida e a afetação ao direito de propriedade (ALVIM, 2018, p. 165).

Desta forma, serão a seguir tratados os principais argumentos utilizados para questionar constitucionalidade e legalidade da averbação pré-executória disponíveis na literatura.

4.1 A EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR PARA TRATAR SOBRE PRERROGATIVAS DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Na opinião de Danilo Jorge Soares Barata, existe previsão constitucional sobre a necessidade de ser respeitada a reserva à lei complementar referente ao poder de legislar sobre matéria tributária. Dessa forma, para o autor, o legislador não observou a reserva à Lei Complementar ao alterar os artigos 20-B, §3º, inciso II e 20-E, da Lei 10.522 de 2002 (BRASIL, 2002), ao ampliar os poderes já concedidos pelos artigos 185 e 185-A, do CTN (BRASIL, 1966) referentes às garantias e privilégios do crédito tributário (BARATA, 2018).

6 ADIs nº 5881, 5.886, 5.890, 5.925, 5.931, 5.932, todas julgadas em conjunto no dias 09/12/2020. O teor da decisão será apresentado em tópico próprio.

Divergindo sobre a exigência de lei complementar para tratar sobre prerrogativas do crédito tributário, Leonardo de Andrade Rezende Alvim entende que não há exigência de lei complementar para tratar sobre o procedimento administrativo da averbação pré-executória, pois tal averbação é uma garantia do crédito tributário, referente a apenas um instrumento específico que objetiva o recebimento do crédito pelo Fisco (ALVIM, 2018, p. 171).

O referido autor ainda pontua que a averbação da CDA em órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto e penhora transformando-os indisponíveis, é uma prerrogativa do Fisco, devendo ser considerado apenas como um novo tipo de garantia do crédito tributário. Logo, segundo o autor, é possível a criação de garantias de créditos tributários através de lei ordinária, pois, de acordo com o artigo 184 do CTN (BRASIL, 1966) a lei ordinária pode prever “privilegios especiais sobre determinados bens”. Também destaca o artigo 183 do CTN que prevê que as garantias atribuídas ao crédito tributário “não exclui outras que sejam expressamente previstas em lei, em função da natureza ou das características do tributo a que se referam” (ALVIM, 2018, p. 171).

Logo, nota-se que o CTN expressamente, prevê a possibilidade de existirem outras garantias relativas ao crédito tributário contanto que tais garantias sejam específicas a determinados tributos ou a determinados bens.

Ainda sobre a inexistência de exigência de lei complementar para tratar de prerrogativas do crédito tributário, Alvim diz que

O CTN, portanto, expressamente, prevê a possibilidade de haver outras garantias do crédito tributário, desde que específicas a determinados tributos ou a determinados bens. Caso a permissão expressa para essas situações seja interpretada, contrario sensu, como uma proibição aos demais casos, deve-se compreender que, somente existindo especificidades de um tributo ou de um bem, é que os respectivos créditos tributários poderiam receber outras garantias que já não estejam previstas no próprio Código.

O Código, como se vê, previu duas situações – especificidade de tributo ou bem -, mas foi silente em relação às demais.

E acreditamos que o motivo é faltar à lei complementar competência para estabelecer o que deve ser matéria de lei complementar e o que deve ser matéria de lei ordinária (ALVIM, 2018, p. 171).

Ainda conforme escola do mencionado autor, acredita-se que a competência de estabelecer o que deve competir à lei complementar é da Constituição da República (BRASIL, 1988), ao dispor em seu texto que “cabe à lei complementar estabelecer normas gerais” (ALVIM, 2018, p. 171).

4.2 COMPATIBILIDADE DA FIGURA DA AVERBAÇÃO PRÉ-EXECUTÓRIA COM O ARTIGO 185-A DO CTN

Ao adotar uma visão que aponta para a ilegitimidade da averbação Pré- Executória, para Danilo Jorge Soares Barata, o artigo 185-A do CTN (BRASIL, 1966) é claro ao determinar que a Fazenda Pública só poderá requerer o arresto ou penhora de bens após a devida citação do

devedor para que faça o pagamento ou para que apresente bens penhoráveis, mediante determinação judicial, dentro do devido processo legal (BARATA, 2018).

No mesmo raciocínio, Gustavo Brigagão evidencia que na hipótese prevista do 185-A do CTN (BRASIL, 1966), somente o Poder Judiciário está autorizado a determinar a indisponibilidade de bens e direitos do contribuinte, isto é, quando, citado de forma devida do ajuizamento da execução fiscal, e o então inadimplente não efetuar o pagamento, nem apresentar bens à penhora dentro do o prazo legal e não forem encontrados bens passíveis de penhora (BRIGAGÃO, 2018).

No mesmo sentido, para Ribeiro e Machado, o artigo 185-A do CTN (BRASIL, 1966) de forma objetiva e expressa, atribui ao juiz a competência de determinar a indisponibilidade de bens nas hipóteses previstas na lei, não sendo permitida interpretações amplas, e que para ser válida a medida que restringe os bens e direitos, é necessária a existência de uma Ação Execução Fiscal, com uma decisão judicial que determine a constrição de bens do devedor. Ainda, os autores defendem que os resultados a serem obtidos com a averbação pré-executória são os mesmos da Medida Cautelar Fiscal, sendo que a única diferença existente entre ambas, é que na Medida Cautelar Fiscal há atuação do Poder Judiciário, que opera de modo imparcial para deferir ou não o bloqueio dos bens do contribuinte (RIBEIRO; MACHADO, 2018, p. 132).

De maneira divergente, Leonardo de Andrade Rezende Alvim defende que a averbação pré-executória é uma medida amparada pela legalidade, e que está de acordo com o artigo 185-A do CTN (BRASIL 1966), pois o próprio diploma legal prevê a invalidação de alienação nos casos em que há fraude à execução, quando o contribuinte inscrito em Dívida Ativa aliena seus bens sem deixar patrimônio para garantir o crédito devido. Em sua linha de raciocínio, o que ocorre é apenas uma antecipação da penhora, através de um procedimento mais célere, proporcionando maior garantia ao fisco. Dessa forma, ao ser realizada uma análise das duas normas – artigo 185-A do CTN (BRASIL, 1966) e da Lei nº 13.606 de 2018 (BRASIL, 2018a), é demonstrado que não existem incompatibilidades entre ambas, pois, as duas normas tratam sobre a mesma medida referente a indisponibilidade de bens, diferindo-se apenas no fato do artigo 185-A do CTN (BRASIL, 1966) tratar de medidas nas quais criam direitos ao devedor diante ao fisco (ALVIM, 2018, p. 180-181).

4.3 RESERVA DE JURISDIÇÃO PARA EFETIVAR A AVERBAÇÃO

Gustavo Brigagão alega que o artigo 20-B da Lei 13.606 de 2018 é inconstitucional pois a Fazenda Pública não poderia tornar indisponíveis os bens averbados, sem que houvesse ordem judicial. Para o autor, o argumento que demonstra a inconstitucionalidade dessa regra, consiste na violação da reserva de jurisdição para a apreciação de qualquer lesão ou ameaça a direito (BRIGAGÃO, 2018).

Sylvia Raphaella de Castro afirma que em relação a reserva de jurisdição, a modificação legislativa em análise surge a partir de uma inclinação que já acontece em alguns países com a denominada Justiça Administrativa, devendo ser destacado que em alguns países nos quais possuem o sistema conhecido como de dupla jurisdição - como ocorre com o sistema francês - o Poder Executivo além de suas funções típicas, detém o poder de julgar algumas matérias, diferentemente do que ocorre no modelo Inglês, onde a jurisdição é una e de responsabilidade do Poder Judiciário (CASTRO, 2018, p. 72-73).

Com pensamento diverso, Leonardo de Andrade Rezende Alvim defende que o conceito de reserva da jurisdição deve ser entendido como atos praticados com exclusividade por magistrados no exercício de suas funções judicantes. Para o autor, somente a Constituição da República pode estabelecer os casos nos quais há reserva de jurisdição, e que em decorrência de não haver tal reserva no texto constitucional, é afastada a pretensão do artigo 185-A do CTN (BRASIL, 1966) de determinar que somente o juiz poderá determinar a indisponibilidade dos bens do devedor que não efetua o pagamento e não apresenta bens à penhora (ALVIM, 2018, p. 175).

Para Allan Titonelli, a averbação pré-executória é legalmente viável, tendo em vista que até mesmo na averbação premonitória (procedimento considerado semelhante à averbação pré-executória), disposta no artigo 828 do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015), não é exigida decisão judicial para efeito de efetivar a averbação, sendo somente uma exigência para a admissão da execução, requisito este que a Certidão de Dívida Ativa já possui, por si só, por ser um título líquido e certo, de acordo com o artigo 204 do CTN (BRASIL, 1966) e artigo 3º da Lei nº 6.830 de 1980 (BRASIL, 1980). Também destaca que o artigo 54, III, da Lei nº 13.097 de 2015 (BRASIL, 2015), igualmente prevê a possibilidade de serem feitas averbações administrativas de indisponibilidade de bens e direitos tal qual de outros ônus, desde que estejam dispostas em lei, para que sejam restringidos direitos de constituição, de transferência e modificação envolvendo direitos reais sobre imóveis (TITONELLI, 2018).

Porém, de maneira oposta, Rodrigo Marcos Antonio Rodrigues sustenta que a averbação pré-executória não possui semelhanças com a Ação Premonitória, tendo em vista que a ação Premonitória não efetiva nenhuma constrição de bens, possuindo a finalidade de apenas dar publicidade referente a existência de uma ação, sendo que eventual alienação a terceiros tenha presunção de fraude à execução (RODRIGUES, 2018).

4.4 DESPROPORCIONALIDADE ENTRE A MEDIDA DA AVERBAÇÃO PRÉ-EXECUTÓRIA E A AFETAÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE

Glauber Mesquita e Rafael Frattari descrevem que os artigos 20-B, §3º, II, e artigo 20-E, da Lei nº 10.522 de 2002 (BRASIL, 2002) com a redação dada pelo artigo 25 da Lei nº 13.606 de 2018 (BRASIL, 2018a), restringiram de maneira desproporcional o exercício do direito de propriedade do contribuinte em débito com a União Federal ao oferecer à Fazenda Pública Nacional o poder de tornar indisponíveis bens e direitos até a quitação da dívida, sem a intervenção do Poder Judiciário e sem a comprovação de má fé ou dolo em fraudar a execução fiscal (MESQUITA; FRATTARI, 2018, p. 423-424).

Os autores ainda consideram que a restrição ao direito de propriedade ocasionada pela averbação pré-executória é inconstitucional, pois permite ao fisco impedir, de forma unilateral o uso, o gozo e principalmente o direito de dispor de bens e direitos do contribuinte inscrito em Dívida Ativa, violando explicitamente os artigos 5º, caput e inciso XXII, e 170, todos da Constituição da República (BRASIL, 1988), que conferem à propriedade a o *status* de direito fundamental e de princípio da ordem econômica (MESQUITA; FRATTARI, 2018, p. 423-424).

Na mesma esteira, o pensamento de Aurélio Longo Guerzoni e Phelipe Moreira Souza Frota é de que não parece que o regime jurídico administrativo ao qual a Administração Pública é submetida possa ser utilizado como um meio para justificar a indisponibilidade administrativa de débitos tributários. O que transparece, na realidade, é que a indisponibilidade de bens

e direitos disposta no art. 20-B da Lei nº 13.606 de 2018 (BRASIL, 2018a) contraria o interesse público, visto que a sociedade não possui o interesse de que a propriedade dos sujeitos seja atingida, de forma prematura, por ato unilateral proveniente do próprio credor da dívida, sem que seja dada a observância referente a legalidade promovida pela figura do Estado-Juiz, responsável pelo sopesamento dos interesses conflitantes (GUERZONI; FROTA, 2018).

Não concordando com o instituto da averbação pré-executória, para Hugo de Brito Machado Segundo, a Lei nº 13.606 de 2018 (BRASIL, 2018a), seria instrumento truculento, no qual regride a atual relação tributária a situações que deveriam ser vistas somente em páginas de livros de História (MACHADO SEGUNDO, 2018).

De maneira oposta, Leonardo de Andrade Rezende Alvim entende que a regra da proporcionalidade, de que muitos autores utilizam para aferir em que maneira a indisponibilidade de bens ofende o direito de propriedade, não pode ser aplicada ao caso da restrição ao direito de propriedade. Para que a regra da proporcionalidade seja aplicada, é necessária a existência de ao menos dois princípios em conflito. Nesta linha de raciocínio, para o autor, no ato de indisponibilidade administrativa, não são identificadas a afetação ou a não satisfação de princípios que justifique a aplicação da regra da proporcionalidade (ALVIM, 2018, p. 185).

4.5 O ENTENDIMENTO RECENTEMENTE FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Conforme já expressado no presente estudo, todas as discussões e polêmicas sobre o instituto chegaram ao Supremo Tribunal Federal (STF) através de 6 (seis) Ações Diretas de Inconstitucionalidade. As demandas foram ajuizadas pelo Partido Socialista Brasileiro (ADI 5881), pela Associação Brasileira de Atacadistas e Distribuidores de Produtos Industrializados (ADI 5886), pela Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (ADI 5890), pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 5925), pela Confederação Nacional da Indústria (ADI 5931) e pela Confederação Nacional do Transporte (ADI 5932).

No dia 09 de dezembro de 2020, em julgamento conjunto, o Plenário do STF, por maioria e nos termos do voto médio do relator Min. Roberto Barroso, julgou parcialmente procedente os pedidos formulados nas ações diretas de inconstitucionalidade, para declarar constitucional o inciso I do § 3º do art. 20-B da Lei 10.522 de 2002 (BRASIL, 2002) e inconstitucional a parte final do inciso II do § 3º do mesmo art. 20-B, onde se lê “tornando-os indisponíveis”, ambos na redação dada pela Lei 13.306 de 2018 (BRASIL, 2018a)⁷.

Conforme Informativo nº 105 do STF, de dezembro de 2020, com o julgamento, restaram firmadas três teses sobre o tema: 1) É constitucional a averbação, inclusive por meio eletrônico, da certidão de Dívida Ativa (CDA) nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, relativamente aos créditos inscritos em Dívida Ativa da União; 2) É inconstitucional a previsão legal que permite à Fazenda Nacional tornar indisponíveis, administrativamente, bens dos contribuintes devedores para garantir o pagamento dos débitos fiscais a serem executados. 3) É inconstitucional a previsão legal que permite à Fazenda Nacional tornar indisponíveis, administrativamente, bens dos contribuintes devedores para garantir o pagamento dos débitos fiscais a serem executados (BRASIL, 2020a).

Não serão aqui explanados e debatidos os fundamentos invocados pelo Supremo Tribunal Federal para sustentar o que restou decidido nas ADIs, eis que esta não é a pretensão do trabalho. Ademais, os debates travados nas ações contemplaram todas as divergentes teorias aqui já expostas.

Contudo, mostra-se importante destacar que em resposta às várias controvérsias instauradas na literatura, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da averbação pré-executória, com a ressalva de que tal averbação não gera indisponibilidade de patrimônio. Logo, resta agora aos profissionais e estudiosos do Direito, o desenvolvimento de pesquisas e debates que objetivem aperfeiçoar o instituto e, via de consequência, o modelo brasileiro de recuperação de créditos inscritos em Dívida Ativa.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo analisar, por meio de revisão na literatura, como o instituto da averbação pré-executória, instituída pela Lei nº 13.606 de 2018 (BRASIL, 2018a), está disposto e quais eram os principais posicionamentos que englobam discussões relacionadas à sua constitucionalidade.

É evidente que, ao ser observado o atual cenário do Poder Judiciário Brasileiro, visualiza-se a necessidade urgente de serem adotadas medidas que objetivem a redução do estoque de processos de execuções fiscais infrutíferas acumulados no Poder Judiciário, que geram ineficácia e ineficiência na entrega da prestação jurisdicional do Estado aos jurisdicionados.

Dessa forma, verificou-se que uma das medidas adotadas pelo legislador, já declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, foi a criação do instituto da averbação pré-executória, que pode ser considerada como um instrumento que possui semelhanças de procedimentos adotados em processos de execução administrativa já aplicado em vários países.

Sendo assim, o instituto da averbação pré-executória, criado por meio de lei ordinária, funciona como um mecanismo que visa desjudicializar a cobrança de Dívidas Ativas inscritas, oferecendo ao fisco a possibilidade de averbar certidão de Dívida Ativa em órgãos de registros de bens e direitos dos devedores, sem que haja a atuação de imediato do Poder Judiciário.

Porém, tal medida trouxe questionamentos na literatura envolvendo constitucionalidade da Lei nº 13.606 de 2018 (BRASIL, 2018a), por se acreditar que houve o aumento das prerrogativas do fisco ao oferecer poderes à PGFN de tornar bens e direitos “indisponíveis”.

Diante disso, nota-se que os principais questionamentos sobre a constitucionalidade da Lei nº 13.606 de 2018 (BRASIL, 2018a), se referem à reserva ao Poder Judiciário para que seja feita a averbação pré-executória, à desproporcionalidade da medida promovida pelo Poder Executivo que interfere no direito de propriedade, à exigência de lei complementar para tratar sobre prerrogativas do crédito tributário e à compatibilidade da figura da averbação pré-executória com o artigo 185-A do CTN (BRASIL, 1966).

Não obstante, em recente decisão em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da averbação pré-executória, com a ressalva de que tal averbação não gera indisponibilidade de patrimônio, o que põe

fim a grande parte das controvérsias doutrinárias sobre o tema. Por outro lado, ainda na esteira das polêmicas provocadas pelo novo instituto, espera-se que outros debates e estudos sejam estimulados, visando a elucidação de questões ainda obscuras sobre averbação pré-executória, incentivando o aperfeiçoamento do modelo brasileiro de recuperação de créditos inscritos em Dívida Ativa.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <https://ww2.fumec.br/sinef/jsp/login.jsp>. Acesso em: 12 abr. 2021.

ABRAHAM, Marcus. O Gasto Com as Execuções Fiscais Inúteis. *Genjuridico*. 2019. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/02/21/o-gasto-com-as-execucoes-fiscais-inuteis/>. Acesso em: 12 abr. 2021.

ALVIM, Leonardo de Andrade Rezende. Averbação pré-executória pela PGFN. In : HENRIQUES, Guilherme de Almeida et al. (coord.). *Os impactos do novo CPC sobre o processo judicial tributário*: v. 3. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

BARATA, Danilo Jorge Soares. Averbação pré-executória de bens pela Fazenda e a inobservância de direitos. **Conjur**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-27/danilo-barata-averbacao-pre-executoria-inobservancia-direitos>. Acesso em: 12 abr. 2021.

BARROS, Humberto Gomes de. Execução Fiscal Administrativa. *Revista CEJ*, Brasília, ano XI, n. 39, p. 4-9, out./dez. 2007.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988 . Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Código Tributário Nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. *Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974*. Dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1974 . Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6024.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. *Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977*. Dispõe sobre as entidades de previdência privada. Brasília, DF: Presidência da República, 1977 . Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6435.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. *Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980*. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1980 . Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. *Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992*. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. *Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998*. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF: Presidência da República, 1998 . Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. *Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002*. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2002 . Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10522.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015 . Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.606, de 9 de janeiro de 2018*. Institui o Programa de Regularização Tributária Rural (PRR) na Secretaria da Receita Federal do Brasil e na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2018a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/l13606.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. *Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001*. Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp109.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo por temas nº 105*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, dez. 2020a. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/Informativo_temas_mensal/Informativomensaldezembro2020.pdf. Acesso em: 23 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 5881*. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de dezembro de 2020b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346060955&ext=.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. *Portaria PGFN nº 33, de 08 de fevereiro de 2018*. Regulamenta os arts. 20-B e 20-C da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. Brasília, DF, 2018b. Disponível em: <http://sijut2.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=90028&visao=anotado>. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. *Portaria PGFN nº 42, de 25 de maio de 2018*. Revoga as Portarias PGFN Nº 294, de março de 2010, PGFN nº 276, de maio de 2015 e o item 3.8, coluna "múltiplas assinaturas (item 3.6.5)";(sic - item 3.7.5) no que se refere à nota justificativa, da Portaria PGFN nº 870, de 24 de novembro de 2014, e dispõe sobre a atuação contenciosa judicial e administrativa dos Procuradores da Fazenda Nacional.. Brasília, DF, 2018c. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/representacao-judicial/documentos-portaria-502/portaria-pgfn-502-texto-consolidado-ate-portaria-19581.pdf/view>. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. *Portaria PGFN nº 502, de 12 de maio de 2016*. Altera a Portaria PGFN nº 33, de 08 de fevereiro de 2018, que regulamenta os arts. 20-B e 20-C da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <http://sijut2.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=92307>. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. Justiça em Números 2018: ano-base 2017. *Conselho Nacional de Justiça*. Brasília, DF: CNJ, 2018d. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2021

BRIGAGÃO, Gustavo. Averbação pré-executória é ilegal e inconstitucional. *Conjur*. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-21/consultor-tributario-averbacao-pre-executoria-ilegal-inconstitucional>. Acesso em: 12 abr. 2021.

CAMPOS, Rogério; XAVIER, Daniel de Sabóia. Averbação pré-executória serve de espaço para diálogo entre PGFN e contribuinte. *Conjur*. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-09/opiniao-averbacao-pre-executoria-serve-dialogo-contribuinte>. Acesso em: 22 de abr. 2019.

CASTRO, Sylvia Raphaella de. *A constrição da propriedade privada e a lei 13.606/2018*: Análise sobre a (in) constitucionalidade à luz do princípio da Reserva de jurisdição e o devido processo legal. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2018.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *A execução fiscal administrativa no direito tributário comparado*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GOULART FILHO, Lenio Filgueiras. *A constitucionalidade da penhorabilidade pré-executiva de bens pela fazenda pública: uma análise do art. 25, §3º da lei 13.606/2018*. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2018.

GUERZONI, Aurélio Longo; FROTA, Phelipe Moreira Souza. A indisponibilidade patrimonial ocasionada pela averbação pré-executória. Retrocesso jurídico em nome da eficiência? *Jota*. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pauta-fiscal/a-indisponibilidade-patrimonial-ocasionada-pela-averbacao-pre-executoria-25042018>. Acesso em: 22 de abr. 2021.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Bloqueio de bens independentemente de ordem judicial – se está implantando uma execução fiscal administrativa “aos poucos”? *Genjuridico*. 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/01/12/bloqueio-de-bens-independentemente-de-ordem-judicial-esta-sendo-implantando-uma-execucao-fiscal-administrativa-aos-poucos/>. Acesso em: 12 abr. 2021.

MELO, Carlos Francisco Lopes. Execução Fiscal Administrativa à luz da Constituição Federal. *Revista da AGU*, Brasília, ano 11, n. 31, jan./mar. 2012. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/127>. Acesso em: 12 abr. 2021.

MELO FILHO, João Aurino de Melo. *Racionalidade Legislativa do Processo Tributário*. Salvador: Juspodivm, 2018.

MESQUITA, Glauber; FRATTARI, Rafael. Averbação pré-executiva: breve análise. In: HENRIQUES, Guilherme de Almeida et al. (coord.). *Os impactos do novo CPC sobre o processo judicial tributário*: vol. 3. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 407-431.

NOLASCO, Rita Dias; CAMPOS, Rogério. Averbação pré-executória prevista na Lei 13.606/2018 é legítima. *Conjur*. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-05/opiniao-averbacao-pre-executoria-prevista-lei-13606-legitima>. Acesso em: 12 abr. 2019.

PINHO, Mariana Carrêa de Andrade. Os novos rumos da cobrança da dívida ativa da União Portaria PGFN nº 33/2018 tem provocado intensos debates no meio jurídico. O que muda? *Jota*. 2018. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/contraditorio/os-novos-rumos-da-cobranca-da-divida-ativa-da-uniao-09042018. Acesso em: 12 abr. 2021.

PRUDENTE, Antônio Souza. Execução administrativa do crédito da Fazenda Pública. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano. 45, n. 177, jan./mar. 2008.

RIBEIRO, Fernanda Prata Moreira; MACHADO, Leonardo Resende Alvim. As alterações da lei nº 13.606/2018 e os seus impactos na ordem processual tributária. In: HENRIQUES, Guilherme de Almeida et al. (coord.). *Os impactos do novo CPC sobre o processo judicial tributário*: v. 3. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 119-150.

RODRIGUES, Rodrigo Marcos Antonio. A problemática da averbação da CDA nos registros públicos de imóveis. *Conjur*. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-12/rodrigo-rodrigues-averbacao-cda-registros-publicos-imoveis>. Acesso em: 12 abr. 2021.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Tributação & Desenvolvimento, o Direito em Rede na Era da Informação e Resgate da Relação Fisco-Contribuinte: entre legalidade e democracia*. In: SOUZA, Arivaldo Santos de et al. (coord.). *Direito Tributário: Estudos Avançados em Homenagem a Edvaldo Brito*. São Paulo: Atlas, 2014.

TITONELLI, Allan. Averbação pré-executória traz efetividade e segurança jurídica. *Conjur*. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-15/allan-titonelli-averbacao-pre-executoria-traz-seguranca-juridica>. Acesso em: 12 abr. 2021.

05

CAPÍTULO

A RESERVA DO POSSÍVEL NAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO EM FACE DOS MUNICÍPIOS

ADRIELE ADILAINE COSTA¹

VITOR HENRIQUE ALVES NUNES DE MIRANDA²

LUCAS GONÇALVES DA SILVA³

RESUMO

O trabalho pretende analisar o princípio da reserva do possível nas ações de medicamentos de alto custo em face dos municípios, especialmente para fins de cumprimento de ordem judicial. Insta salientar que o orçamento dos municípios, na maioria das vezes, não consegue suprir as necessidades da sociedade. Dessa forma, é preciso pensar em alternativas que atendam a necessidade do demandante que precisa do medicamento, sem que isso impacte no orçamento dos municípios, como por exemplo, por meio da criação de banco de medicamentos, a fim de que sejam entregues a esses bancos e disponibilizados para aqueles que comprovem, por prescrição médica, a necessidade do medicamento.

Palavras-chave: reserva do possível; medicamento; orçamento; município.

ABSTRACT

This article intends to analyze the principle of reserve for contingencies in lawsuits related to high costs medicines in the municipalities, especially for court order compliance. It should be noted that the municipalities' budget, in most cases, fails to meet society's needs. Therefore, it's necessary to look at alternatives that meet the necessities of those who need the medicines, without impacting the municipalities' budget, for example, through the creation of an adequate stock of medicines to deliver medicines to this stock and provide it for those who prove, by medical prescription, the necessity for the medicine.

Keywords: *reserve for contingencies; medicines; budget; municipality.*

1 Bacharel em Direito pela FUMEC. E-mail: adrielebh@yahoo.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2641504836051588>.

2 Mestrando em Direito pela FUMEC, bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. E-mail: vitor@gustavomiranda.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8533361198342143>.

3 Pós-doutor em Direito pela Università Degli Studi G. dAnnunzio (Itália) e pela Universidade Federal da Bahia. Doutor e Mestre em Direito do Estado, na sub-área de Direito Constitucional, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Associado da Graduação em Direito e do Programa de Mestrado em Direito na Universidade Federal de Sergipe. Consultor da Câmara de Assessoramento da FAPITEC/SE. Consultor da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes). Vice-Presidente do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). E-mail: lucasgs@uol.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1696968535834577>.

Como citar o presente artigo científico:

COSTA, Adrielle Adilaine; MIRANDA, Vitor Henrique Alves Nunes de; SILVA, Lucas Gonçalves da. A reserva do possível nas ações de medicamentos de alto custo em face dos municípios In: CAMARGOS, Laís Alves; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). Direito Processual Constitucional e sua Perspectiva Democrática. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2021, p. 85-107

1 INTRODUÇÃO

Ao longo do presente estudo, foram realizadas pesquisas sobre a reserva do possível nas ações de medicamentos de alto custo em face dos municípios, uma vez que a doutrina e a jurisprudência ainda não pacificaram um entendimento sobre o tema.

No capítulo 2, abordou-se o direito social à saúde e sua origem junto à Constituição da República de 1988, como forma de esclarecer o funcionamento desse direito no âmbito do Sistema Único de Saúde.

O problema em relação ao fornecimento de medicamentos para a população, via sistema público não é de agora. No entanto, é preciso pensar em uma forma para que a pessoa que necessite de um medicamento possa ser beneficiada, sem que outras sejam prejudicadas.

Já o capítulo 3 apresenta a análise das demandas judiciais de medicamentos no Brasil, além de elucidar a forma e os tipos de medicamentos que são oferecidos pelo SUS.

O capítulo seguinte versa sobre o princípio da reserva do possível nas ações de medicamentos de alto custo em face dos municípios, tentando compreender até que ponto é possível atender a uma ordem judicial, sem que isso impacte no orçamento municipal. Insta salientar que o orçamento dos municípios, na maioria das vezes, não consegue suprir as necessidades da sociedade, razão pela qual os indivíduos procuram o Judiciário, na tentativa de conseguir um medicamento ou a realização de uma cirurgia, por exemplo.

Dessa forma, por falta de orçamento, o município, para cumprir ordem judicial, tem que retirar a verba de algum setor. Por isso, o trabalho se limitou a abarcar somente os municípios, pois, segundo a Portaria GM nº 3.916 de 1998 do Ministério da Saúde, os referidos entes federados são responsáveis pelo fornecimento de atendimento básico à saúde, sendo assim, os medicamentos de alto custo não se enquadrariam no dever dos municípios.

Por fim, a pesquisa se propõe a buscar uma forma que poderia melhorar essa situação, como por exemplo, criação de um banco de medicamentos que não serão mais utilizados por determinada pessoa, e que ainda estejam no prazo de validade, para que sejam doados a quem necessite do mesmo.

Tal pesquisa é de suma importância, uma vez que não se encontra pacificada a jurisprudência acerca do tema. Assim, visa-se encontrar uma forma de evitar que demandas que versem sobre esse aspecto continuem chegando ao Judiciário e, ao mesmo tempo, torna-se necessário amenizar o sofrimento das pessoas que precisam dos medicamentos e não têm condições de comprá-los.

No presente estudo, utilizou-se a pesquisa bibliográfica (livros, livro eletrônico etc.) por meio do método dedutivo, além da análise de teorias contrapostas que apresentem diferentes posicionamentos acerca do assunto em estudo, contribuindo para a elucidação do problema.

2 A ORIGEM DOS DIREITOS SOCIAIS

Pode-se dizer que a grande maioria das Constituições brasileiras traziam os direitos sociais, desde a de 1824 até a atual, mas somente a Constituição de 1988 inovou trazendo um capítulo especial para esses direitos, tornando-os como direitos fundamentais, dentre eles o direito à saúde (BRASIL, 1988).

O artigo 6º da CR/88, estabelece o seguinte: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, José Afonso da Silva destaca o quão moroso foi o reconhecimento do direito à saúde como um direito fundamental:

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais (SILVA, 2009, p. 308).

É relevante a indignação do autor, por se tratar de um direito de suma importância, uma vez que é indispensável assegurar o direito à saúde para que se tenha uma vida digna. Por isso, foi de grande importância o reconhecimento, pela Constituição da República de 1988, do status de direitos fundamentais, uma vez que atribuiu relevância especial aos direitos sociais, especialmente o direito à saúde (BRASIL, 1988), o qual será melhor estudado no tópico seguinte.

2.1 DIREITO SOCIAL À SAÚDE E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

Como visto, o direito à saúde entrou no rol dos direitos sociais, previstos no artigo 6º da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988).

Mas, para entender melhor esse direito, é preciso saber o seu significado. O conceito elaborado na 8ª Conferência Nacional de Saúde define que “[...] saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde” (MINISTERIO DA SAÚDE, 1986). Já a Organização Mundial da Saúde (OMS) define saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE apud MARQUES *et al.*, 2016).

É possível notar que as definições estão relacionadas com a condição de vida da sociedade, seja ela financeira, mental ou social. Ou seja, para que se tenha uma saúde boa é necessário ter acesso aos serviços de saúde.

A saúde está relacionada ao princípio da dignidade humana, previsto no art. 1º, III, da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988): “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado

Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana; [...]” (BRASIL, 1988).

A Constituição da República de 1988, prevê mais adiante, em sua Seção II, uma exclusividade para a saúde, instituindo-a como direito de todos e dever do Estado, conforme disposto em seu art. 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao **acesso universal e igualitário** às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” (BRASIL, 1988, grifo nosso). Nota-se que a Constituição da República de 1988, através do referido artigo, visa universalizar e igualar o sistema de acesso à saúde da sociedade (BRASIL, 1988).

O artigo 197 dispõe que cabe ao Poder Público a regulamentação, fiscalização e controle da saúde, mas a sua execução também pode ser feita por terceiros.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. (BRASIL, 1988).

Já o artigo 198, versa sobre as diretrizes das ações e serviços públicos de saúde, além de disciplinar a forma de financiamento, através de recursos da seguridade social da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entre outros (BRASIL, 1988). Talvez por isso, há quem entenda que o direito à saúde está, de certa forma, relacionado com o Direito do Trabalho, conforme exposto abaixo:

A saúde no Brasil nunca foi pensada como um direito. Ao contrário, a formulação do Sistema de Saúde que nós temos foi pensada como um seguro, vinculado ao mundo do trabalho. Por isso a saúde foi pensada como assistência médica e nasceu vinculada à Previdência Social. (ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE MEDICINA, 2004, p. 13).

No Brasil, não é de hoje que se enfrenta problemas relacionados à saúde. É nítido que o Estado, por si só, não consegue atender à enorme demanda e, por isso, a própria Constituição da República de 1988, em seu art. 199, *caput*, permite que a iniciativa privada preste serviço de assistência à saúde, atuando de forma complementar “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.” (BRASIL, 1988).

Em seguida, no seu artigo 200, a CR/88 encerra o Capítulo da Saúde dispondo sobre o Sistema Único de Saúde e suas atribuições (BRASIL, 1988), o que será estudado no próximo tópico.

2.2 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Após analisar a previsão constitucional, não há dúvida em entender que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, cabendo ao Poder Público regular, fiscalizar e controlar, conforme previsto no artigo 197 da Constituição da República de 1988:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. (BRASIL, 1988).

Diante disso, surge o conceito constitucional do Sistema Único de Saúde, previsto no artigo 198 da CR/88, trazendo consigo as suas diretrizes, *in verbis*:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade. (BRASIL, 1988).

Mas, diante da expansão do serviço e previsão constitucional (art. 197, CR/88), tornou-se necessário regulamentar esse sistema, por meio de lei específica. Dessa forma, foi criada a Lei de nº 8.080 de 19 de setembro 1990 que conceitua o Sistema Único de Saúde, em seu artigo 4º, composto pelo “conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração Direta e Indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público” (BRASIL, 1990).

Vale ressaltar que o referido artigo, em seu parágrafo segundo, junto com o artigo 24 da lei supracitada, também permite a participação da iniciativa privada, em caráter complementar, junto ao SUS: “Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada” (BRASIL, 1990).

O SUS é regido por princípios, conforme disposto no artigo 7º da Lei 8.080/1990, quais sejam:

Art. 7º. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

- I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
- II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;
- III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; [...]. (BRASIL, 1990).

Esses princípios versam sobre a universalidade do acesso ao sistema de saúde, uma vez que se propõe a atender a toda sociedade; a integridade de assistência, abrangendo diferentes níveis de complexidade; e a autonomia dos usuários para preservação de sua integridade física.

No entendimento de Saulo Lindorfer Pivetta, com o SUS, há uma grande modificação no acesso à saúde:

Verifica-se que o SUS promove uma modificação profunda na forma de tratamento da saúde pública no Brasil, em termos quantitativos e qualitativos. Em termos quantitativos, assegurou a universalização da rede de atendimento, em todos os níveis de complexidade. Por outro lado, em termos qualitativos,

o ordenamento jurídico ampliou significativamente o espectro de abrangência dos serviços e ações que deverão ser prestados pelo sistema público. (PIVETTA, 2014, p. 128).

É possível detectar que a criação do Sistema Único de Saúde foi de suma importância para a sociedade. Contudo, o sistema não suporta todas as demandas, o que vem causando a crescente procura pela resolução de problemas relacionados à saúde por meio do Judiciário, tema que será abordado no capítulo seguinte.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

O Brasil teve grande evolução com o que diz respeito à saúde, principalmente com a criação do Sistema Único de Saúde, distribuição de medicamentos, dentre outros.

No entanto, mesmo com o avanço de tecnologia e abrangência de atendimentos médicos, seja público ou privado, ainda existe uma grande demanda no sistema, tendo em vista que o envelhecimento da população brasileira é uma realidade, e a tendência é a utilização cada vez maior do SUS.

Com isso, o sistema não consegue atender a toda essa demanda, e a consequência é a judicialização da saúde, principalmente em ações de medicamentos.

A judicialização consiste na busca de uma solução, junto ao Poder Judiciário, por aqueles que não têm seu direito concedido, como por exemplo, o pedido de medicamento ou de um tratamento médico na via administrativa. Assim, as partes buscam, judicialmente, o reconhecimento de tais direitos.

Nas palavras de Saulo Lindorfer Pivetta, a judicialização está sendo a saída para alcançar um direito pretendido:

Tal questão, como não poderia deixar de ser, é especialmente sensível no âmbito do direito à saúde. A enorme controvérsia sobre quais tutelas seriam exigíveis juridicamente tem promovido o que contemporaneamente se chama de judicialização da matéria (PIVETTA, 2014, p. 34).

Assim, no caso das ações que envolvem o fornecimento de medicamentos, na maioria das vezes, as pessoas têm recorrido ao Judiciário, o que faz com que a demanda cresça cada vez mais. Frisa-se que a tendência é que o Judiciário atenda ao direito fundamental pleiteado pela parte.

Diante disso, em 2016, foi editada a Resolução nº 238 de 06 de setembro de 2016, do Conselho Nacional de Justiça, que criou os Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário – NATJUS, “[...] visando o auxílio dos profissionais da área da saúde através de informações técnicas, subsidiar os magistrados nas tomadas de decisões” (BRASIL, 2016).

Dessa forma, o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Saúde celebraram o Termo de Cooperação nº 21/2016, criando o Banco Nacional de Pareceres – Sistema E-NATJUS, cujo objeto é:

Proporcionar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais subsídios técnicos para a tomada de decisões com base em evidência científica nas ações relacionadas com a saúde, pública e suplementar, visando, assim, aprimorar o conhecimento técnico dos magistrados para solução de demandas, bem como conferindo maior celeridade no julgamento das ações judiciais. (BRASIL, 2016).

E tem por finalidade:

Reduzir a possibilidade de decisões judiciais conflitantes em temas relacionados a medicamentos e tratamentos, concentrar em um único banco de dados notas técnicas e pareceres técnicos a respeito dos medicamentos e procedimentos, bem como facilitar a obtenção de dados estatísticos pelos agentes (médicos, juízes, advogados, etc) que atuam e acionam o sistema, permitindo a obtenção de relatórios circunstanciados sobre os vários temas da Judicialização da Saúde **e prevenir a judicialização da saúde**, já que disponibilizará publicamente os pareceres e notas técnicas, **evitando a formalização de pedidos cujos tratamentos não são recomendados**. (BRASIL, 2016, grifo nosso).

Esse sistema busca o auxílio técnico ao Judiciário, para julgar as demandas de urgência relacionadas ao fornecimento de medicamentos, amparado por um parecer técnico, o julgador se sente mais seguro para decidir sobre uma situação tão delicada quanto a saúde.

Essa plataforma digital permite que o magistrado não seja influenciado apenas pela narrativa do autor, uma vez que “[...] as decisões poderão ser tomadas com base em informação técnica, levando em conta a evidência científica, inclusive com abordagem sobre medicamentos similares já incorporados pela política pública, aptos a atender o autor da ação” (BRASIL, 2016).

Dessa forma, se faz necessária uma análise de cada caso concreto, para que, diante de tal situação, o julgador não ponha em xeque a segurança jurídica.

3.1 O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E O SUS

A saúde é um direito constitucionalmente concedido a todos, principalmente com a criação do Sistema Único de Saúde, que visa a universalização do acesso à saúde, bem como a sua gratuidade, dentre outros.

Dentre os serviços disponíveis, está previsto o fornecimento de medicamentos, conforme estabelecido no art. 6º da Lei de nº 8.080/90:

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

a) de vigilância sanitária;

b) de vigilância epidemiológica;

c) de saúde do trabalhador; e

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica; [...]. (BRASIL, 1990).

Visando cumprir essa obrigação, o Estado vem se esforçando para atender aos beneficiários do sistema, mas, apesar do empenho, é nítido que o poder público não consegue suprir integralmente essa demanda.

Dessa forma, a competência para prestar atendimento à saúde e fornecer medicamentos é solidária entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme disposto no art. 15, XVI da Lei de nº 8.080/90 e art. 196 da Constituição da República, uma vez que o fornecimento de medicamentos seria uma forma de recuperação da saúde:

Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:

XVI - elaborar normas técnico-científicas de promoção, proteção e recuperação da saúde; (BRASIL, 1990).

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988).

Apesar do sistema visar um melhor atendimento às pessoas que não possuem condições de custear um tratamento, existe uma limitação de quais medicamentos são fornecidos pelo SUS, os quais são denominados medicamentos essenciais de acordo com a Portaria GM nº 3.916 de 30 de outubro de 1998, a qual estabelece a Política Nacional de Medicamentos e assistência farmacêutica, conforme Resolução CNS nº 338, de 6 de maio de 2004, ambas editadas pelo Ministério da Saúde:

Os medicamentos são a intervenção terapêutica mais utilizada e constituem uma tecnologia que exerce alto impacto sobre os gastos em saúde. Portanto, é fundamental ao Sistema Único de Saúde (SUS) que o processo de sua incorporação esteja baseado em critérios que possibilitem à população o acesso a medicamentos mais seguros, eficazes e custo-efetivos, para atendimento aos principais problemas de saúde dos cidadãos brasileiros.

Nesse sentido é que o Ministério da Saúde reafirma a relevância da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), um elemento técnico-científico que oriente a oferta, a prescrição e a dispensação de medicamentos nos serviços do SUS. (BRASIL, 2020a).

Para isso, o Ministério da Saúde, através da Portaria de nº 3.047 de 28 de novembro de 2019, estabeleceu a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais/2020 (RENAME), que contém a lista de medicamentos fornecidos pelo SUS para atender as necessidades da população brasileira (BRASIL, 2019c).

Não há dúvida de que ter acesso à saúde é um direito fundamental da sociedade brasileira e dever do Estado, conforme a própria Constituição da República de 1988 dispõe sobre o tema em dois artigos (art. 6º e art. 196):

Art. 6º São direitos sociais a educação, **a saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Art. 196. **A saúde é direito de todos e dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Nessa seara, Vinicius Lucas Paranhos destaca os deveres do Estado em relação à saúde, inclusive quanto ao fornecimento de medicamentos e de forma gratuita, conforme abaixo:

Inerente ao dever do Estado de prover a saúde pública está a obrigação de promover políticas públicas de redução do risco de doenças, através de campanhas educativas, de vigilância sanitária, de desenvolvimento de recursos humanos, alimentação saudável, construção de hospitais, centros ambulatoriais e postos de saúde. Por fim, o fornecimento gratuito de medicamentos para a recuperação ou para a redução das conseqüências causadas pelos mais variados tipos de doenças. (PARANHOS, 2007, p. 155).

Essa gratuidade dos serviços encontra-se prevista no artigo 43 da Lei 8080/90: “A gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressalvando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas” (BRASIL, 1990).

Existem controvérsias no pensamento doutrinário em relação à gratuidade referida no artigo 43 da Lei nº 8.080/90, conforme trecho abaixo:

Em razão dessa disposição legal, encontram-se posições doutrinárias que advogam a tese de que as ações e serviços prestados pelo sistema público jamais podem ser objeto de cobrança direta dos usuários, cabendo ao poder Público financiá-lo integralmente por meio de recursos orçamentários. Outros autores entendem que a interpretação da gratuidade não pode ser absoluta, de maneira que uma análise sistemática da Constituição autorizaria a possibilidade de cobrança pelos serviços. (PIVETTA, 2014, p. 165-166).

Contudo, mesmo existindo posições diferentes em relação à gratuidade no contexto doutrinário, não há que questionar sobre o dever do Estado garantir à sociedade o acesso à saúde.

Diante disso, nota-se que, mesmo esse direito sendo constitucionalizado, e possuindo lei regulamentando o tema, de fato, o Estado não vem conseguindo cumprir essa obrigação, o que pode ser comprovado pelo crescimento das demandas judiciais em relação à saúde. No entanto, insta salientar a importância de se estudar cada caso com cautela, tendo em vista a necessidade de se atender outras demandas.

Dessa forma, é preciso analisar o princípio da proporcionalidade que, no direito alemão é conceituado como a “[...] estrutura única, um conceito unitário articulado de forma conjunta e escalonada, sob a base de seus três pilares ou subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito”. (FERRAZ, 2009, p. 85).

Diante desse conceito, pode-se dizer que o mesmo serve para equilibrar os direitos fundamentais, quando entre esses existir conflitos, observando a forma adequada, a necessidade e a proporcionalidade, conforme trecho abaixo:

A aplicação dos princípios é um processo de ponderação que provém da apreciação feita no caso concreto, havendo probabilidade de, em outra conjectura, de conflito dos mesmos princípios, ocorrer decisão em sentido contrário, sustentando-se os princípios no ordenamento jurídico, diferentemente do emprego das regras, que ocorrem por subsunção. (FRANZOI, 2014).

Esse também é o entendimento do autor Helenilson Cunha Pontes:

[...] independente da dimensão que assuma, o princípio da proporcionalidade consubstanciada sempre um juízo de adequação, necessidade e conformidade entre o interesse público que suporta uma determinada medida estatal, limitadora do alcance ou do exercício de um bem juridicamente protegido, e o peso que este bem jurídico assume no caso concreto. (PONTES, 2000, p. 57).

Quando o direito à saúde está em conflito com outros direitos fundamentais é difícil escolher qual deve prevalecer. Todavia, quando o conflito envolve o direito à saúde, sob aspectos distintos – direito individual e coletivo, por exemplo –, cabe usar o princípio da ponderação, conforme o seguinte entendimento:

A colisão de direitos fundamentais pode se dar em sentido amplo, quando acontece um conflito entre direitos individuais fundamentais e bens coletivos constitucionalmente resguardados. E, em sentido estrito, quando para o exercício ou consumação de um direito fundamental de um indivíduo, há resultados negativos sobre os direitos fundamentais de outros, podendo ocorrer sobre direitos fundamentais iguais ou não. (FRANZOI , 2014).

Nesse sentido, José Bonifácio Júnior destaca a importância da utilização do princípio da proporcionalidade no caso concreto:

Levando em consideração tal princípio, verifica-se com maior facilidade o caso concreto, quando ocorre choque entre direitos fundamentais, se é necessário delimitar a abrangência de um direito fundamental em face de outro. De tal maneira, deve verificar no caso concreto, se a concretização de um direito fundamental em detrimento de outro, atinge o seu fim almejado, exigível e se com isso conseguirá causar um menor prejuízo de forma que as vantagens venham a superar as desvantagens. (BONIFÁCIO JÚNIOR, 2011, p. 14).

Aquele que sente o seu direito lesado ou ameaçado, tende a buscar auxílio ao Judiciário, que, por sua vez, visa acolher o direito pretendido, atendendo ao princípio da inafastabilidade, previsto no artigo 5º, XXXV da CR/88:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]. (BRASIL, 1988).

Nas palavras de António José Avelãs Nunes:

No âmbito do direito à saúde, são em grande número as decisões de Tribunais de Justiça reconhecendo o dever do Estado de fornecer gratuitamente medicamentos ou tratamento a pessoas doentes e condenando o Estado ao pagamento de multa diária por não cumprimento deste dever. (NUNES, 2011, p. 29).

Por isso a importância de utilizar-se do princípio da proporcionalidade, tendo em vista que o conflito pode recair sobre direitos fundamentais iguais ou não, e cabe ao julgador ponderar de acordo com o caso concreto, não valorando um princípio mais do que o outro.

Nesse sentido o autor Saulo Lindorfer Pivetta dispõe:

Desse modo, apesar de ser comum a referência à tutela do direito à saúde, em termos gerais, cada um de seus conteúdos, das prestações que decorrem desse direito pode exigir respostas diferenciadas para que sejam normativamente adequadas. Com isso, quer-se evitar a adoção de soluções generalizadas em relação aos direitos sociais, e em relação ao direito à saúde, pois elas mostram-se insuficientes para resolver os problemas que se propõem. (PIVETTA, 2014, p. 35).

Dentro desse aspecto, a limitação do direito social à saúde pode acontecer quando esse se encontrar em conflito com outros direitos fundamentais e, principalmente, de forma coletiva, conforme colocado por Luís Roberto Barroso:

O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, o pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos. (BARROSO, 2009, p. 36).

Eventual má interpretação por parte do julgador, com o objetivo de atender um direito individual, pode acarretar graves prejuízos a outros direitos da coletividade, tendo em vista que o Estado, muitas vezes, para cumprir a determinação do Judiciário, acaba retirando recursos que atenderiam outras finalidades sociais, tais como a educação, a segurança e até mesmo outros direitos relacionados à saúde.

Por isso, é de suma importância a interpretação e uso do princípio da proporcionalidade no caso concreto, pelo julgador. Deve-se analisar a situação para que a sociedade, de modo geral, não fique prejudicada, e nem que haja omissão do Estado, face a mesma.

4 A RESERVA DO POSSÍVEL NAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO EM FACE DOS MUNICÍPIOS

Como visto nos tópicos anteriores, ainda há vários problemas relacionados à saúde. A criação do Sistema Único de Saúde (SUS) melhorou bastante o acesso à saúde, mas não solucionou todos os problemas.

As pessoas que necessitam do sistema e não conseguem o retorno esperado, muitas vezes, acabam buscando auxílio ao Judiciário.

Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) informam que, no Brasil, houve um crescimento de 130% (cento e trinta por cento) dos casos de judicialização, conforme trecho abaixo:

O número de demandas judiciais relativas à saúde aumentou 130% entre 2008 e 2017¹, enquanto o número total de processos judiciais cresceu 50%. Segundo o Ministério da Saúde², em sete anos houve um crescimento de aproximadamente 13 vezes nos seus gastos com demandas judiciais, atingindo R\$ 1,6 bilhão em 2016. **Tal montante, ainda que pequeno frente ao orçamento público para a saúde, representa parte substancial do valor disponível para alocação discricionária da autoridade pública, atingindo níveis suficientes para impactar a política de compra de medicamentos, um dos principais objetos das demandas judiciais.** (BRASIL, 2019b, p. 7, grifo nosso).

Percebe-se o quanto pode ser significativo o impacto das demandas judiciais nos orçamentos públicos, em especial no orçamento dos municípios, tema a ser tratado no tópico seguinte.

4.1 PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA DOS MUNICÍPIOS

A ideia da criação do Sistema Único de Saúde, além de facilitar o acesso dos usuários aos serviços, seria também de descentralização das responsabilidades e atribuições a cada ente federado, mesmo a direção do SUS sendo única, conforme artigo 9º da Lei 8.080/1990:

Art. 9º. A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:

I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;

II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e

III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente. (BRASIL, 1990).

Nesse sentido, percebe-se que a lei visa a descentralização das responsabilidades e atribuições de cada ente federado, mas frisa a existência de competência comum entre eles, dispostas no artigo 15 da Lei 8.080/1990, conforme se observa:

Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:

I - definição das instâncias e mecanismos de controle, avaliação e de fiscalização das ações e serviços de saúde;

II - administração dos recursos orçamentários e financeiros destinados, em cada ano, à saúde;

III - acompanhamento, avaliação e divulgação do nível de saúde da população e das condições ambientais; [...] (BRASIL, 1990).

O artigo 18 inciso I da Lei nº 8.080/90 assim dispõe: “À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete: I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde; [...]” (BRASIL, 1990).

Nesse mesmo sentido, Saulo Lindorfer Pivetta ressalta:

A direção municipal cuida especialmente o planejamento, a organização e o controle da execução dos serviços públicos de saúde (art. 18, I, da Lei 8.080/1990). Mas não há uma desvinculação com os demais níveis: pelo contrário, as atividades prestadas pelo Município devem estar concatenadas com o planejamento e a coordenação estadual e nacional. Aliás, o nível municipal é onde se inicia a estruturação e organização dos sistemas - a própria Lei 8.080/1990 estabelece que o planejamento do SUS será ascendente, partindo do nível local ao federal, de modo a se compatibilizar as políticas de saúde com a disponibilidade dos recursos (art. 36 da Lei 8.080/1990). (PIVETTA, 2014, p. 135).

Não obstante, a Confederação Nacional dos Municípios destaca: “[...] o Município torna-se o *locus* dos processos de vida, responsável por elementos como identificação, planejamento e organização da Atenção Primária à Saúde (APS) a partir das situações e demandas da sua população. [...]” (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS, 2016, p. 11).

Nessa seara, Luís Roberto Barroso dispõe: “[...] O propósito prioritário da atuação municipal é assegurar o suprimento de medicamentos destinados à atenção básica à saúde, além de outros medicamentos essenciais que estejam definidos no Plano Municipal de Saúde.” (BARROSO, 2009, p. 42).

Percebe-se que a lei preza pela hierarquia dos entes federados, uma vez que limita aos municípios o dever de prestar o atendimento básico de saúde, no caso, local. Contudo, na maioria das vezes, os municípios, principalmente os menores, não conseguem suprir as demandas relativas à saúde.

Nesse sentido, a Confederação Nacional dos Municípios destaca: “Apontamos como relativa à escassez de recursos, pois Municípios de grande porte (minoridade dentro da nossa Federação) contam com uma estrutura de arrecadação de receitas próprias de maior robustez se comparada a Municípios médios e pequenos.” (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS, 2016, p. 14).

Dentro desse assunto, a CNM explica esse serviço prestado pelos Municípios de grande porte que auxiliam a população dos municípios menores:

Sob esse contexto, a disponibilidade de recursos financeiros desempenha um papel determinante dentro do SUS: Municípios de pequeno e médio porte encaminham seus munícipes para grandes centros ofertantes de ações e serviços em saúde – sabidamente capitais e centros regionais –, tornando essas pessoas SUS dependentes de Ações e Serviços Públicos de Saúde (ASPS) em outras cidades que não aquelas onde residem. (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS, 2016, p. 14).

Pode-se dizer que, quando comparados aos municípios menores, os maiores possuem uma melhor condição de atender aos usuários do sistema, tendo em vista que possuem uma arrecadação maior.

Os autores Maximilianus Cláudio Américo Führer e Maximiliano Roberto Ernesto Führer trazem o conceito de orçamento, e esse orçamento é regulado pela Lei nº 4.320/64:

Orçamento é a peça técnica que demonstra as contas públicas para um período determinado, contendo a discriminação da receita e da despesa, demonstrando a política econômico-financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios de unidade, universalidade e anualidade. (FÜHRER, Maximilianus; FÜHRER, Maximiliano, 2002, p. 18).

Ainda no entendimento de Maximilianus Cláudio Américo Führer e Maximiliano Roberto Ernesto Führer, “toda despesa deve estar prevista no orçamento, sendo vedadas a realização de despesa ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais (art. 167, II, da CF)” (FÜHRER, Maximilianus; FÜHRER, Maximiliano, 2002, p. 20).

A Constituição da República, em seus artigos 153 a 156, dispõe sobre os impostos que competem a cada ente federado (União, Estados e Distrito Federal e Municípios) (BRASIL, 1988). Já os artigos 157 ao 162 disciplinam a repartição das receitas públicas, também regulamentada pela LC 141/2012, sendo que dentro dessa repartição encontram-se o Fundo de Participação dos Estados e DF, que consiste na repartição de parte dos impostos arrecadados pela União e o Fundo de Participação dos Municípios, que é a repartição de parte dos impostos arrecadados pela União e Estados (art. 159, CR/88) (BRASIL, 1988).

No tocante ao Fundo de Participação dos Municípios, os autores Luciano Ferraz, Marciano Seabra de Godoi e Werther Botelho Spagnol ressaltam:

Vejamos os critérios atualmente em vigor para a divisão, entre as entidades locais, das quotas do FPM. Conforme regras definidas pela LC nº 91/1997, que nesse particular manteve os critérios já fixados no CTN e no Decreto-Lei nº 1.881/1981, do valor total que compõe o FPM, 10% é destinado às capitais dos Estados (incluindo-se o Distrito Federal), 86,4% é destinado aos Municípios do interior e 3,6% é destinado aos Municípios com população a partir de 142.633 habitantes. (FERRAZ; GODOI; SPAGNOL, 2014, p. 89).

Nesse sentido, foi elaborado um Projeto de Lei Complementar de nº 195, de 2019, de autoria do Senador Oriovisto Guimarães do partido PODEMOS/PR, em agosto de 2019, que dispõe sobre a incorporação e a fusão de municípios com menos de 5 mil habitantes, conforme ementa abaixo, mas o mesmo foi retirado de pauta pelo próprio autor em 18/02/2020.

Regulamenta parcialmente o dispositivo constitucional que trata da fusão e da incorporação de municípios. Nesta proposição, essas duas alterações de desenho municipal se dariam de forma espontânea, por decisão majoritária das populações envolvidas, mediante plebiscito. Como estímulo, receberão durante doze anos, suas transferências de Fundo de Participação dos Municípios (FPM) como a soma do que receberiam os Municípios envolvidos. Além disso, municípios com menos de 5000 habitantes passam a ter um fator redutor do FPM (Fundo de participação dos Municípios) de forma a estimulá-los à fusão ou incorporação. (GUIMARÃES, 2019).

Ainda sobre os municípios, os autores Luciano Ferraz, Marciano Seabra de Godoi e Werther Botelho Spagnol salientam:

No caso dos Municípios, o quadro é de uma dependência orçamentária ainda maior em relação às transferências intergovernamentais. No orçamento dos Municípios com até 50.000 habitantes, que representam 88% do número total de entidades locais no Brasil, as participações na arrecadação de tributos federais e estaduais (transferências) representam cerca de 83% do total das receitas correntes. Somente os dois municípios mais populosos do país (São Paulo e Rio de Janeiro) conseguem obter uma receita de tributos próprios superior ao valor das transferências intergovernamentais. (FERRAZ; GODOL; SPAGNOL, 2014, p. 81).

Dessa forma, percebe-se que a proposta de incorporação e fusão dos municípios com menos de cinco mil habitantes seria uma boa opção, pelo menos em relação ao aspecto financeiro. Nota-se que, uma vez que os municípios não possuem condições de arcar com as suas atribuições em relação à saúde, cabem aos outros entes federados auxiliá-los técnica e financeiramente, conforme estabelecido no artigo 30, VII da CR/88: “Compete aos Municípios: VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população.” (BRASIL, 1988).

Dessa forma, os municípios, que integram o polo passivo das demandas judiciais relacionadas à saúde, muitas vezes não conseguem cumprir as ordens do Poder Judiciário, especialmente em relação aos medicamentos de alto custo, em razão de não possuírem previsão orçamentária suficiente para o cumprimento das obrigações que lhe são impostas.

Nesse sentido, a CNM destaca “[...] a maior parte dessas demandas dizem respeito a medicamentos estratégicos e a procedimentos de média e alta complexidade, o que, via de regra, não compõem o campo de responsabilidade estabelecido ao Ente Municipal” (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS, 2016, p. 19).

Ainda no entendimento da CNM sobre a judicialização da saúde que envolvem os municípios:

Nas situações que está sendo discutido, o espectro que envolve sentenças em desfavor dos Municípios deve ser analisado, no mínimo, como uma penalização geral da população local, pois recaindo tais sentenças no Poder Executivo municipal, o montante financeiro retirado ao cumprimento dessa deixará de ser investido nas ações e nos serviços de saúde previamente planejados e acordados com a comunidade. (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS, 2016, p. 24-25).

Luís Roberto Barroso acrescenta:

A verdade é que os recursos públicos são insuficientes para atender a todas as necessidades sociais, impondo ao Estado a necessidade permanente de tomar de tomar decisões difíceis: investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-lo em outros. (BARROSO, 2009, p. 47).

Diante disso, a Confederação Nacional dos Municípios conclui “[...] esse círculo vicioso da judicialização leva ao desequilíbrio financeiro da saúde local a curto e médio prazo” (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS, 2016, p. 25).

Diante do exposto, nota-se a grande importância do Poder Judiciário em analisar cada caso concreto, principalmente nos que envolvem os municípios, os quais, na sua maioria, não possuem orçamento suficiente para arcar com as demandas judiciais.

Dessa forma, tais entes federados fazem uso da reserva do possível, que nem sempre é admitida pelos tribunais, tema do tópico seguinte.

4.2 AS DIVERGÊNCIAS NA INTERPRETAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL NAS AÇÕES CONTRA OS MUNICÍPIOS

Conforme visto no tópico anterior, o orçamento dos municípios não consegue suprir as demandas referentes à judicialização da saúde.

Diante dessa situação, na maioria das vezes, os municípios recorrem ao princípio da reserva da possível que é definido pelo autor Michel Arnoso como “[...] adequação da realidade financeira do Estado com a crescente demanda pela concretização de direitos fundamentais sociais” (ARNOSO, 2016, p. 1297).

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso dispõe:

Os recursos públicos seriam insuficientes para atender às necessidades sociais, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis. Investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros. De fato, o orçamento apresenta-se, em regra, aquém da demanda social por efetivação de direitos, sejam individuais, sejam sociais. (BARROSO, 2009, p. 45).

Nessa seara, foi realizada uma pesquisa jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça sobre a ausência de responsabilidade dos municípios nas ações que envolvem medicamentos de alto custo, conforme abaixo:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA.

TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015.

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO.

1. Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls. 14-15, e-STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde - SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos. 2. Alegações da recorrente: Destacou-se que a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os Protocolos Clínicos incorporados ao SUS ou, na hipótese de inexistência de protocolo, com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas pelos entes públicos.

Subsidiariamente, pede que seja reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados.

3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art.

19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas.

4. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015 A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.

5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015.

(BRASIL, 2018).⁴

Também é possível notar julgados em que a responsabilidade do ente municipal pode ser afastada no fornecimento de medicamento de alto custo em serviço público com rede regionalizada e hierarquizada, permanecendo a responsabilidade do ente estadual.⁵

Em contrapartida, há entendimentos que consideram solidária a responsabilidade desses medicamentos de alto custo, inclusive em relação aos municípios, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal abaixo:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DESENVOLVIMENTO DO PROCEDENTE. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DE SOLIDÁRIA NAS DEMANDAS PRESTACIONAIS NA ÁREA DA SAÚDE. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. 2. A fim de otimizar a compensação entre os entes federados, compete à autoridade judicial, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, direcionar, caso a caso, o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. 3. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. Precedente específico: RE 657.718, Rel. Min. Alexandre de Moraes. 4. Embargos de declaração desprovidos (BRASIL, 2020).<?>

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. MENOR. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO FORA DA LISTA DO SUS. DIREITO À SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. FÁRMACO DE CUSTO ELEVADO. LAUDO MÉDICO. IMPRESCINDIBILIDADE DA MEDICAÇÃO. OBRIGAÇÃO DO MUNICÍPIO CONFIGURADA. APRESENTAÇÃO DE RECEITA. PERIODICIDADE QUADRIMESTRAL. MULTA POR DES-

4 Outro julgado a respeito do tema pode ser visto em: TJMG Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.19.108370-8/001 (MINAS GERAIS, 2020b).

5 Outros julgados a respeito do tema podem ser vistos em: TJMG Ap Cível/Rem Necessária 1.0000.19.061668-0/001 (MINAS GERAIS, 2019c) e TJMG Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.19.092500-8/002 (MINAS GERAIS, 2020a).

CUMPRIMENTO. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR RAZOÁVEL. MANUTENÇÃO.

- A saúde, que impacta na dignidade e na vida, é direito individual indisponível. A Constituição Federal (art.196) e a legislação criaram a obrigação juridicamente vinculante de garanti-la, da qual o ente da Administração Pública não pode se esquivar com justificativas baseadas em juízos de conveniência e oportunidade (discricionariedade). - o Sistema Único de Saúde fundamenta-se no princípio da cogestão, com cooperação simultânea dos entes federativos, competindo a todas e a cada esfera estatal, a garantia à saúde conforme o art. 23, II, da CR/88.

- Demonstrada a imprescindibilidade do tratamento médico de alto custo para o paciente carente **e não tendo o Município apresentado razão plausível para negá-lo, impõe-se a procedência da ação.**

- A apresentação e a retenção de receita médica são fundamentais, todavia não podem ser determinadas sem considerar as condições da saúde pública no país, fazendo-se suficiente a apresentação quadrimestral.

- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça há muito se consolidou no sentido de que é cabível a aplicação de multa cominatória em face da Fazenda Pública, especialmente nas demandas que versam sobre o direito fundamental à saúde. -Devem ser mantidos os honorários fixados na primeira instância em valor coerente com o trabalho dos patronos, a complexidade da causa e o trabalho dos profissionais. (MINAS GERAIS, 2019d, grifo nosso).

Percebe-se que ainda não há uma pacificação no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos de alto custo em relação à responsabilidade dos municípios.

Contudo, nota-se uma tendência do Judiciário em atender ao pedido do demandante que necessita de um medicamento ou tratamento médico, por se tratar de um direito fundamental à saúde, diretamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Sabe-se que, para se ter uma vida digna, é essencial, entre outras coisas, o acesso à saúde. Ademais, os autores dessas ações necessitam de uma resposta imediata do Judiciário.

Diante disso, o julgador tende a fazer a chamada “justiça rápida”, através das tutelas de emergências. Nesse sentido Vinícius Lucas Paranhos destaca:

Esses procedimentos são excepcionais, pois surgiram para proteger o direito de quem não pudesse aguardar o tempo necessário para ser proferida a decisão requerida no procedimento ordinário. A nosso ver, essa é a única razão de ser das tutelas emergenciais, não merecendo qualquer respaldo o interesse de muitos em estrangular os procedimentos sob a justificativa da necessidade de uma “justiça rápida”, na tentativa de tornar a regra um procedimento que deve ser especial e excepcional, de restrita utilização. (PARANHOS, 2007, p. 163).

Nessa mesma seara, o autor ainda destaca o perigo da constante utilização dessa justiça rápida: “Atrás desse argumento da ‘justiça rápida’ está o ´perigo de ser permitido que os órgãos julgadores possam adotar “até mesmo criar as medidas que entenderem necessárias para suprimir procedimentos na busca da rapidez na produção de decisões” (PARANHOS, 2007, p. 163).

Diante de tal situação, é preciso que o Judiciário tenha cautela ao analisar o caso concreto, pois, ao atender o princípio da dignidade da pessoa humana, estaria, de certa forma, suprimindo o princípio da igualdade/isonomia, uma vez que aqueles que também necessitam de medicamento de alto custo, mas não conseguem ter as mesmas condições de acesso ao Judiciário, seja por não conhecerem seus direitos ou por não possuírem condições, acabam sendo prejudicados, conforme bem colocado por Luís Roberto Barroso: “Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo.” (BARROSO, 2009, p. 35).

Ainda dentro desse assunto, o constitucionalista Alexandre de Moraes dispõe sobre o princípio da igualdade:

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social. (MORAES, 2005, p. 32).

Nesse contexto, pelo princípio da isonomia, se as pessoas são desiguais, deve a lei tratá-las desigualmente, desde que o respectivo tratamento seja suficiente para conceder iguais oportunidades, não sendo, portanto, mera possibilidade, mas uma obrigação (CASTRO, 2007).

Não muito raro, nos programas de atendimento integral, após a obtenção de uma decisão judicial favorável determinando a entrega de medicamentos, o Governo retira o fármaco do programa (BARROSO, 2009).

Ainda em relação a esse assunto, acrescenta Luís Roberto Barroso:

As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. (BARROSO, 2009, p. 46).

Dessa forma, é relevante lembrar que indivíduos em situações semelhantes costumam não receber do Poder Judiciário a mesma resposta, o que implica em ofensa à isonomia e ao direito fundamental e universal à saúde.

Diante disso, é possível notar-se que não existe uma pacificação jurisprudencial relativa ao fornecimento de medicamento de alto custo, uma vez que nos próprios julgados citados anteriormente, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2020) estabelece a solidariedade dos entes federados, enquanto o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2018) estabelece requisitos para o fornecimento de medicamento de alto custo pelo poder público.

5 CONCLUSÃO

Como visto, o direito à saúde foi uma grande conquista para a sociedade ao fazer parte do rol dos direitos fundamentais, consagrado pela Constituição da República, a qual prevê que a saúde é direito de todos e dever do Estado, cabendo ao Poder Público zelar pela saúde da sociedade. E, por esse motivo, foi criado o Sistema Único de Saúde, regulamentado pela Lei nº 8.080/1990.

Mas o sistema não consegue atender a toda demanda relativa à saúde, fazendo com que, aquele que não tem seu direito atendido, o busque através do Judiciário, caracterizando a denominada judicialização da saúde.

Grande parte dos casos de judicialização da saúde ocorre face ao fornecimento de medicamentos, principalmente aqueles de alto custo, uma vez que o SUS possui uma Política Nacional de Medicamentos e Relação de Medicamentos Essenciais insuficiente.

Diante disso, parte das demandas são propostas para que o acesso e fornecimento de medicamento de alto custo seja custeado pelos municípios, os quais não conseguem arcar com as demandas judiciais, por não possuírem, salvo exceções, orçamento suficiente para o cumprimento de tal ordem, sem que isso prejudique e coloque em risco outros setores do serviço público.

Dessa forma, é preciso pensar em alternativas que atendam a necessidade do demandante que precisa do medicamento sem que isso impacte no orçamento dos municípios, como por exemplo, por meio da criação de banco de medicamentos, que não são mais utilizados por outros pacientes e que estejam dentro do prazo de validade, a fim de que sejam doados a esses bancos e disponibilizados para aqueles que comprovem, por prescrição médica, a necessidade do medicamento. E, a indústria farmacêutica poderia receber incentivos para também contribuir com fornecimento de medicamentos para esse banco.

Outra forma seria o incentivo a doação de diversos órgãos, através de uma maior divulgação e informação sobre o assunto, pois a doação, além de ser um ato solidário, acabaria ou diminuiria o sofrimento de muitas pessoas e reduziria os gastos com aqueles que aguardam em filas, necessitando de medicamentos e atenção maior.

Dessa forma, torna-se necessário conscientizar a respeito de uma possível união entre o poder público e a sociedade, como forma de resolver ou amenizar grande parte dos problemas que envolvem o direito fundamental à saúde. Além de tal medida ser um ato solidário, também é uma forma de se evitar a judicialização das demandas relacionadas à saúde.

REFERÊNCIAS

ARNOSO, Michel. A reserva do possível versus o mínimo existencial e o ativismo judicial no direito à saúde. *Revista de Artigos Científicos dos alunos da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 1294-1310, jul./dez. 2016. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2016/tomos/tomoll/revista_volume8_n1_2016_tomo_L-W.pdf. Acesso em: 30 jun. 2021.

ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE MEDICINA. *SUS: o que você precisa saber sobre o Sistema Único de Saúde*. São Paulo: Atheneu, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Jurisp. Mineira*, Belo Horizonte, ano, 60, n. 188, p. 29-60, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2021.

BONIFÁCIO JÚNIOR, José. *O embate entre o poder judiciário e o poder público para a garantia do direito fundamental de acesso a saúde*. 2011. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. Brasília, DF: CNJ, 2019b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/03/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 238, de 06 de setembro de 2016*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2339>. Acesso em: 30 jun. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/DOUconstituicao88.pdf. Acesso em: 30 jun. 2021.

BRASIL. *Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012*. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm. Acesso em: 30 jun. 2021.

BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 30 jun. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 3.047, de 28 de novembro de 2019c*. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-3.047-de-28-de-novembro-de-2019-230549540>. Acesso em: 30 jun. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – Rename, 2020a*. Disponível em: <https://saude.gov.br/saude-de-a-z/rename>. Acesso em: 30 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1657156/RJ*. Relator: Min. Benedito Gonçalves, 25 de abril de 2018. Publicado em 4 maio 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?filtroPorNota=%28JULGADO+E+CONFORME+E+%22RECURSOS+REPETITIVOS%22%29+OU+%28DECISAO+ADJ+DE+ADJ+AFETACAO%29&livre=1657156&b=ACOR&p=false&l=10&i=4&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 30 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 855178 ED*. Tribunal Pleno, Repercussão Geral. Relator: Min. Luiz Fux, Relator p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, 23 de maio de 2019. Publicado em 16 abr. 2020b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752469853>. Acesso em: 30 jun. 2021.

CASTRO, Marcus Vinicius Pereira de. A Fazenda pública em juízo e o princípio da isonomia. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 2, p. 129-152, 2007. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/761>. Acesso em: 30 jun. 2021.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS. *Judicialização da Saúde: estratégias efetivas à diminuição por meio de ações locais*. Brasília: Confederação Nacional de Municípios, 2016. Disponível em: [https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20da%20Sa%C3%BAde%20Estrat%C3%A9gias%20efetivas%20%C3%A0%20diminui%C3%A7%C3%A3o%20por%20meio%20de%20a%C3%A7%C3%B5es%20locais%20\(atualizado\).pdf](https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20da%20Sa%C3%BAde%20Estrat%C3%A9gias%20efetivas%20%C3%A0%20diminui%C3%A7%C3%A3o%20por%20meio%20de%20a%C3%A7%C3%B5es%20locais%20(atualizado).pdf). Acesso em: 30 jun. 2021.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. *Da teoria à crítica: princípio da proporcionalidade: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: DICTUM, 2009.

FERRAZ, Luciano; GODOI, Marciano Seabra de; SPAGNOL, Werther Botelho. *Curso de direito financeiro e tributário*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

FRANZOI, Sandro Marcelo Paris. O princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais: um novo paradigma na interpretação constitucional. *Revista Jus Navigandi*, [S. l.], 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34137/o-principio-da-proporcionalidade-e-os-direitos-fundamentais/2>. Acesso em: 30 jun. 2021.

FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo; FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Resumo de direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUIMARÃES, Oriovisto. *Projeto de Lei Complementar nº 195, de 2019*. Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138196>. Acesso em: 30 jun. 2021.

MARQUES, Antônio Jorge de Souza *et al.* *Encontro Nacional Direito à Saúde, Cobertura Universal e Integralidade Possível*. [S.l.], 2016. Disponível em: https://www.almg.gov.br/export/sites/default/acompanhe/eventos/hotsites/2016/encontro_internacional_saude/documentos/textos_referencia/00_palavra_dos_organizadores.pdf. Acesso em: 30 jun. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.18.121114-5/001*. 19ª Câmara Cível. Relator: Des. Versiani Penna, 2 de maio de 2019, Publicação da súmula em 8 maio 2019a . Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=DEBB50D95E24ED5D3ABFFE4A03738C56.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.18.121114-5%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 30 jun. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.18.118098-5/001*. 3ª Câmara Cível. Relatora: Des.a Albergaria Costa, 14 de março de 2019, Publicação da súmula em 18 mar. 2019b . Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=DEBB50D95E24ED5D3ABFFE4A03738C56.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.18.118098-5%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 30 jun. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Ap Cível/Rem Necessária 1.0000.19.061668-0/001*. 19ª Câmara Cível. Relator: Des. Bitencourt Marcondes, 29 de agosto de 2019, Publicação da súmula em 4 set. 2019c . Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=DEBB50D95E24ED5D3ABFFE4A03738C56.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.19.061668-0%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 30 jun. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Ap Cível/Rem Necessária 1.0153.18.001280-6/001*. 19ª Câmara Cível. Relator: Des. Wagner Wilson, 3 de outubro de 2019, Publicação da súmula em 10 out. 2019d . Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=DEBB50D95E24ED5D3ABFFE4A03738C56.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0153.18.001280-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 30 jun. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.19.092500-8/002*. 5ª Câmara Cível. Relator: Des. Luís Carlos Gambogi, 31 de janeiro de 2020, Publicação da súmula em 5 fev. 2020a . Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=DEBB50D95E24ED5D3ABFFE4A03738C56.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.19.092500-8%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 30 jun. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.19.108370-8/001*. 7ª Câmara Cível. Relatora: Des.a Alice Birchal, 18 de fevereiro de 2020, Publicação da súmula em 28 fev. 2020b. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=DEBB50D95E24ED5D3ABFFE4A03738C56.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.19.108370-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 30 jun. 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *In: CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 8., 1986, Brasília. Anais [...]*. Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1986. Disponível em: http://www.ccs.saude.gov.br/cns/pdfs/8conferencia/8conf_nac_anais.pdf. Acesso em: 30 jun. 2021.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

PARANHOS, Vinícius Lucas. Efetividade dos provimentos judiciais na garantia do direito à saúde: Estudo sobre as decisões inaudita altera parte no fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 2, 2007. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/762>. Acesso em: 30 jun. 2021.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

06

CAPÍTULO

O PREQUESTIONAMENTO E OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOB A VIGÊNCIA DA LEI 13.105

PAULO EDUARDO BRANT PORTUGAL TORRES¹

LETÍCIA RIBEIRO²

LUCIANA DINIZ DURÃES PEREIRA³

RESUMO

O presente trabalho objetiva examinar o prequestionamento e seu papel no Direito Processual Civil brasileiro, em especial, após a vigência da Lei 13.105 de 16 de março de 2015, que prevê, em seu artigo 1.025, o prequestionamento ficto por meio dos embargos de declaração. Nesse sentido, será analisada a interpretação do Superior Tribunal de Justiça acerca do referido instituto. Para a efetivação da proposta utilizar-se-á o método indutivo por meio da pesquisa bibliográfica com ênfase no exame dos documentos jurídicos, jurisprudência e

- 1 Graduado em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde (Universidade FUMEC, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8502985464203473>. E-mail: pebrant@hotmail.com.
- 2 Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde (Universidade FUMEC, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil). Estagiária Docente da Revista de Direito *Meritum*. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete. Advogada. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3635-7303>. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7604428071744743>. E-mail: leticia12@yahoo.com.br.
- 3 Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (Linha de Pesquisa 'A Reconstrução Discursiva dos Direitos Humanos' / Tese 'A Proteção Internacional da Pessoa Humana, a Hospitalidade e os Deslocamentos Forçados por Mudanças Climáticas e por Desastres Ambientais: O por vir no Direito Internacional dos Refugiados à Luz do Direito Internacional para a Humanidade'); University of Oxford Alumni (Oxford Refugee Studies Centre - 2015 International Summer School in Forced Migration); Mestre em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Dissertação 'O Direito Internacional dos Refugiados e o Conceito de Refugiado Ambiental'); Especialista em Direito Internacional pelas Faculdades Milton Campos; Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; Licenciada em História pela Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais; Docente do Programa de Pós-Graduação lato sensu em Direito Internacional do Centro de Direito Internacional (CEDIN); Docente dos Cursos de Mestrado e Graduação em Direito da Universidade FUMEC; Assessora da Diretoria da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde (FCH) da Universidade FUMEC; Coordenadora do Setor de Relações Internacionais da Universidade FUMEC (2018-2020); Docente e ex-Membro da Coordenação Acadêmica, do Colegiado e do Núcleo de Prática Jurídica do Curso de Direito do Centro Universitário UNA (2007-2019); Docente do Supremo Concursos (2011-2015); Assessora Jurídica do MPT/PRT3 (2017-2018); Assistente Judiciária junto ao Gabinete do Des. Henrique Abi-Ackel Torres, na 8ª Câmara Criminal do TJMG (2020-presente); Pesquisadora e Estagiária da Missão Permanente do Brasil junto à Organização das Nações Unidas e Demais Organismos Internacionais em Genebra, na Suíça (DELBRASGEN, 2009); Pesquisadora do Diretório Nacional do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Vulnerabilidade da Universidade Católica de Santos (UNISANTOS) e; ex-Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direito, Empresa e Desenvolvimento Social do Curso de Direito do Centro Universitário UNA (2018). E-mail: ludiniz11@fumec.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8581188790896891>.

Como citar o presente artigo científico:

TORRES, Paulo Eduardo Brant Portugal; RIBEIRO, Letícia; PEREIRA, Luciana Diniz Durães. O prequestionamento e os embargos de declaração no superior tribunal de justiça sob a vigência da lei 13.105. In: CAMARGOS, Laís Alves; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). Direito Processual Constitucional e sua Perspectiva Democrática. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2021, p. 108-121

legislação. A conclusão aponta que a inovação legislativa não supriu, totalmente, as lacunas na aplicação da técnica do prequestionamento.

Palavras-chave: prequestionamento ; embargos de declaração; Superior Tribunal de Justiça; recurso especial; código de processo civil.

ABSTRACT

This paper intends to examine the pre-questioning and its role in Brazilian civil procedural law, especially after the effectiveness of Law 13.105 of March 16, 2015, which provides in its article 1.025 the implicit pre-questioning by means of amendment of judgment. In this sense, it will be mentioned the issues related to the interpretation of the Superior Court of Justice regarding the Special Appeal about this institute. The inductive method will be used to carry out the proposal, by means of bibliographical research with emphasis on the examination of legal documents, jurisprudence and legislation. The conclusion extracted from this analysis is that the legislative innovation did not completely fill the gap in the application of the pre-questioning technique.

Keywords: pre-questioning; amendment of judgment; Superior Court of Justice; special appeal; civil procedure code.

1 INTRODUÇÃO

Trata-se de pesquisa voltada para a análise da modificação técnica (aplicação) instituída pela Lei 13.105 de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil) no instituto do prequestionamento nos embargos de declaração.

Nesse sentido, o objetivo geral do trabalho diz respeito ao exame da interpretação do Superior Tribunal de Justiça sobre a aplicação do instituto após a mencionada alteração legislativa.

A relevância do tema-problema relaciona-se às exigências de constante atualização do operador do direito no que diz respeito à aplicabilidade dos dispositivos legais.

Isso porque, à luz do Código de Processo de 2015, de acordo com o constante do artigo 1.025, há possibilidade de caracterização do prequestionamento, ainda que o Tribunal de apelação tenha se mantido omissos em caso de oposição de embargos de declaração.

Da análise dos julgados do Superior Tribunal de Justiça extrai-se que as interpretações, ainda, são demarcadas pela discricionariedade. Isso pois, apesar de ter sido mais bem delimitada pela alteração legislativa, a caracterização do prequestionamento e, por conseguinte, a admissibilidade do Recurso Especial, ainda fica condicionada ao provimento jurisdicional (declaração de existência de erro, omissão, contradição ou obscuridade).

A conclusão aponta que, mesmo com referida discricionariedade, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, em especial no seu artigo 1.025, tem-se a possibilidade expressa de prequestionar determinada matéria por meio de embargos de declaração, razão pela qual cresce a importância deste instituto no Direito Processual Civil pátrio em relação ao prequestionamento.

2 PREQUESTIONAMENTO: CONCEITO E APLICAÇÃO DO INSTITUTO

Os recursos no processo civil, geralmente, são utilizados pela parte que sucumbiu com o provimento jurisdicional contrário ao seu interesse, a fim de que ela interponha o recurso cabível em busca da reforma ou anulação da decisão.

Em se tratando de recursos interpostos contra decisões de primeiro grau, geralmente, o órgão jurisdicional poderá julgar toda a matéria constante dos autos, caso esta seja abordada no recurso. Em regra, os requisitos de admissibilidade dos recursos são objetivos, todavia, há recursos no direito processual cuja admissão envolvem requisitos mais complexos sendo, por isso chamados de recursos excepcionais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê em seu artigo 105, inciso III (BRASIL, 1988) a possibilidade de interposição do Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça⁴, nos casos ali delimitados, contra as causas decididas, em única ou última instância:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. (BRASIL, 1988).

Para admissão deste recurso é preciso que nas razões recursais seja demonstrado que o interesse do recorrente esteja além dos limites da lide, em outras palavras, além do mero interesse individual da parte recorrente. Um destes requisitos é o prequestionamento.

A previsão do instituto do prequestionamento no ordenamento jurídico vem acompanhada de algumas modificações ao longo dos textos constitucionais desde a Constituição de 1891, tendo sido consolidada sua aplicação principalmente pela atividade jurisdicional devido à ausência de previsão expressa do mencionado instituto; o qual apesar das críticas manteve-se no ordenamento jurídico como um requisito implícito de admissibilidade. Sobre o surgimento da expressão em si e sua previsão constitucional, retoma Francisco Cláudio de Almeida Santos:

A expressão "prequestionamento" não era comum na antiga doutrina do recurso extraordinário. Simplesmente, a matéria era tratada como o requisito intrínseco, indispensável, daquele recurso, chamado de "questão federal". [...] Na verdade, a expressão nasceu no Supremo Tribunal Federal, onde em julgamento de 10 de janeiro de 1958 (ressalvada a possibilidade de outro julgado mais antigo que não encontramos), o Ministro Lafayette de Andrada literalmente usou a nova expressão nesta ementa do acórdão relativo ao julgamento do RE n.34.942 (DJ de 04.06.1958). Posteriormente, o Ministro Pedro Chaves fez uso do vocábulo "prequestionada" para não conhecer do RE 25.685, julgado em 22 de junho de 1962 (DJ de 05.12.1962) e o Ministro Victor Nunes Leal passou a utilizar a palavra composta pré-questionamento, com frequência [...].

4 Tendo em vista o tema-problema e o objetivo da presente pesquisa, não serão objeto de análise as características e peculiaridades do referido recurso; tratando-se tão somente acerca do requisito intrínseco a ele: o prequestionamento.

No ano seguinte, por iniciativa do Ministro Victor Nunes Leal com seus companheiros da Comissão de Jurisprudência no STF, foram citadas as Súmulas da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal [...] e dentre as primeiras editadas, por decisão de 16.12.1963, são encontrados os verbetes de números 282 e 356 [...]. Posteriormente as Constituições de 1946 e 1967 não se referem a tal exigência. Os doutrinadores, no entanto, acham necessário o prequestionamento da matéria indicada como motivadora do recurso extraordinário [...]. [...] O prequestionamento tem precedente histórico na Constituição de 1891 (art.59, III, a), passando para a de 1934 (art.76, III, a), inclusive para a de 1937 (art.101, III), até a de 1946 (art.101, III, caput). A Constituição da República de 1967 e sua Emenda n.1/69 não fizeram menção ao requisito do prequestionamento. No entanto dada a construção jurisprudencial e reiterado entendimento, consubstancia-se em súmula [...]. (SANTOS, 2005, p. 349-354).

O prequestionamento passou a integrar o ordenamento jurídico com a Constituição de 1891, que em seu artigo 59, inciso III, alínea "a", atribuía competência ao Supremo Tribunal Federal para julgar os recursos interpostos contra as sentenças das justiças dos estados em última instância quando fosse questionado sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado fosse contra ela (MEDINA, 2002, p. 201).

A norma que versava acerca do prequestionamento foi redigida de forma bastante semelhante à norma da Constituição de 1891 nas Constituições posteriores dos anos de 1934 e 1937. A Constituição da República de 1946 manteve o texto da norma que versava sobre o recurso extraordinário semelhante ao texto das Constituições precedentes, contudo, excluiu o vocábulo questionar para a hipótese de violação de lei ou de tratado, mantendo-o em relação à validade da lei federal em face do texto constitucional.

Com o afastamento do termo questionar na hipótese de violação ou tratado, parte da doutrina, que vinculava a exigência do prequestionamento à palavra questionar, entendeu que o requisito do prequestionamento havia sido abolido.

Ocorre que o entendimento doutrinário de que havia ocorrido a supressão do prequestionamento no ordenamento jurídico foi afastado pela jurisprudência, ao argumento de que a exigência do questionamento se encontraria implícita na norma constitucional, de tal modo, que só poderia ser o recurso conhecido caso a aplicação da lei federal tivesse sido questionada na demanda e que houvesse a menção da questão na decisão recorrida (MEDINA, 2002, p. 226-227).

No ano de 1963, a respeito da matéria, o Supremo Tribunal Federal, editou os enunciados das suas súmulas 282 e 356, as quais, ainda, se encontram em vigor:

Súmula 282: É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada. (BRASIL, 1963a).

Súmula 356: O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos de declaração, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento. (BRASIL, 1963b).

Em que pese às edições das referidas súmulas, o texto constitucional promulgado no ano de 1967, ao dispor sobre o recurso extraordinário, suprimiu totalmente o vocábulo questionar, entretanto, foi mantido pela jurisprudência a interpretação segundo a qual o prequestionamento tratava-se de um requisito implícito à interposição do Recurso Extraordinário (MEDINA, 2002, p. 295).

Nesse sentido, apesar do entendimento contrário da doutrina, o prequestionamento se manteve no ordenamento jurídico. Prevalcia o entendimento de que a indicação legal referente às causas decididas, em única ou última instância, impunha a necessidade do prequestionamento como requisito de admissibilidade desses recursos, de forma subentendida.

As controvérsias quanto à aplicação do instituto surgiram devido ao questionamento quanto à necessidade de manifestação das questões pelo Tribunal de instância ordinária nos casos do Recurso Especial e Extraordinário⁵.

No entanto, a Lei 13.105 de 2015, Código de Processo Civil, trouxe a previsão dos embargos de declaração prequestionadores para que o Tribunal inferior leve a matéria a julgamento, ficando caracterizado o prequestionamento, fundamentando a interposição do Recurso Extraordinário e/ou Recurso Especial.

O conceito do instituto do prequestionamento não consta do texto constitucional, como acima mencionado. Nesse sentido, a jurisprudência e a doutrina, elaboraram quatro classificações para diferentes tipos de prequestionamento, sendo elas: o prequestionamento implícito, explícito, ficto e numérico.

Classifica-se o prequestionamento explícito como aquele em que a questão de matéria constitucional ou infraconstitucional suscitadas são claramente, objetivamente, facilmente identificadas na decisão recorrida. (BUENO, 2014, p. 241).

Por outro lado, o prequestionamento implícito trata-se daquele em que a questão federal ou constitucional foi devidamente levantada pela parte, mas a matéria não foi tratada de maneira clara e expressa na decisão recorrida, ficando diluída ao longo da fundamentação. (LOPES, 2018, p. 1085).

O prequestionamento numérico consiste na expressa menção ao número do dispositivo do artigo da Constituição ou de Lei Federal tido como violados pelo acórdão recorrido (SHIMURA; PIETRO ALVAREZ ; SILVA, 2013, p. 364).

Em relação ao prequestionamento ficto, a partir da vigência da Lei 13.105 de 2015 (Código de Processo Civil), caso o tema suscitado não seja apreciado pelo Tribunal de instância inferior, o recorrente precisa somente apresentar embargos de declaração prequestionando a matéria.

Assim, caso o Tribunal Superior entenda haver na decisão recorrida, a presença dos elementos que fundamentam a oposição de embargos de declaração, será considerada a presença do prequestionamento, ainda, que inexista manifestação do juízo *a quo* em relação à matéria; tratando-se, portanto, de prequestionamento ficto.

Sobre a relação entre o prequestionamento e os embargos de declaração verifica-se que os últimos são utilizados como forma de caracterizar o mesmo, como se mencionará a seguir.

5 O requisito do prequestionamento será objeto de análise apenas com relação ao Recurso Especial, conforme tema-problema e objetivos apresentados.

3 O PREQUESTIONAMENTO E OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Os embargos de declaração estão previstos no artigo 1.022 e seguintes do Código de Processo Civil, que se encontram dentro do Título II, da norma processual pátria, o qual trata dos recursos (BRASIL, 2015). Entretanto, nem sempre os embargos de declaração foram entendidos como uma espécie de recurso. Marcelo Abelha detalha a questão ao explicar as raízes históricas dos embargos de declaração no direito processual civil brasileiro:

No direito processual civil brasileiro temos que, enquanto vigoraram as Ordenações Filipinas, aplicavam-se suas regras ao nosso processo civil, inclusive com relação à matéria de embargos, como vimos anteriormente. Depois disso, com o surgimento do Regimento 737 (de 1850), foram previstos os embargos de declaração nos arts. 641-643, e, na Consolidação Ribas, nos arts. 1.500 e seguintes. Tiveram, também, previsão nos Códigos estaduais, sendo destaque o Código da Bahia, que serve, ainda hoje, de inspiração para justificar a finalidade dos embargos de declaração. Entretanto, somente no CPC/39 é que receberam tratamento de recurso, já que inseridos no respectivo capítulo, tal como determinam os arts. 862 e seguintes. No CPC revogado e no CPC atual são tratados como recurso. (ABELHA, 2016, p. 1443).

Araken de Assis, ao discorrer sobre a natureza jurídica dos embargos de declaração, afirma que no sentido formal, trata-se de um recurso, mas destaca que os embargos aclaratórios possuem características discrepantes dos demais recursos, pois não visam a reforma ou a invalidação do provimento atacado (ASSIS, 2017, p. 640).

Mais adiante o autor pondera que, em que pesem as divergências doutrinárias, ao examinar a essência dos embargos de declaração, percebe-se que possui algumas características dos recursos, como a possibilidade de retratação do provimento, a presença dos requisitos de admissibilidade, a impossibilidade da formação da coisa julgada bem como a possibilidade de reformulação e modificação do provimento, como nos demais recursos (ASSIS, 2017, p. 640-641).

Sobre as hipóteses de cabimento, segundo o constante do artigo 1.022 do Código de Processo Civil, caberão embargos de declaração em face de ato judicial decisório que esteja eivado de contradição, omissão, obscuridade ou erro material, como disposto no artigo 1.022 :

“Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III - corrigir erro material. [...]” (BRASIL, 2015).

Considera-se omissa a decisão em que o juiz deixa de apreciar alguma alegação de fato ou prova sobre o qual deveria ter se pronunciado, fundamentando-se, pois na garantia constitucional do direito ao contraditório e pelo dever de fundamentação analítica (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 526).

A obscuridade, por sua vez, diz respeito à ausência de clareza que dificulta o entendimento do conteúdo decisório; enquanto, a contradição relaciona-se à expressão oposta entre a fundamentação e o dispositivo do provimento jurisdicional; ou ainda, a exposição de argumentos contraditórios.

O parágrafo único do artigo 1.022 do Código de Processo Civil em seus incisos I e II dispõe que será considerada omissão a ausência de manifestação na decisão sobre tese firmada em casos de Julgamentos repetitivos ou que incorra em qualquer uma das condutas previstas no artigo 489 §1º do Código de Processo Civil o qual apresenta extenso rol de hipóteses em que a decisão não será considerada fundamentada (BRASIL, 2015).

Quanto à hipótese de erro material, muito embora não fosse expressamente previsto na legislação revogada, tinha sua aplicação realizada pela prática dos órgãos jurisdicionais e, por isso, foi incluído no Código de Processo Civil de 2015 (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 1154).

Conceitua-se o erro material, como o erro evidente, de fácil constatação. O erro material, no entanto, não equivale ao erro de fato, sendo esse último, o erro de incompatibilidade da decisão com os fatos e provas apresentados no processo (ALVIM, 2017, p. 1210).

Conforme se verifica pela norma do dispositivo acima transcrito, os embargos de declaração são recurso de fundamentação vinculada, sendo sua apresentação limitada àquelas hipóteses previstas em lei. (DONIZETTI, 2018, p. 1428).

Os embargos de declaração prequestionadores, por sua vez, estão previstos no artigo 1.025 do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade (BRASIL, 2015).

Já foi demonstrado na presente pesquisa, que a a caracterização do prequestionamento, implica que a matéria, objeto do Recurso Especial ou Extraordinário, já tenha sido posta à análise.

Assim, se na apreciação do recurso de apelação, houver omissão em relação à determinada questão levantada pela parte, para a propositura dos Recursos Especial e Extraordinário, além de seus pressupostos de admissibilidade próprios, deve a parte apresentar embargos de declaração para que a instância ordinária se manifeste sobre a matéria, e, estando os outros pressupostos presentes, possam ser interpostos e admitidos os recursos excepcionais.

No entanto, há situações em que mesmo após a interposição dos embargos de declaração, o juízo de instância ordinária se mantém omissivo, rejeitando os embargos (ALVIM, 2017, p. 1212).

Nas situações em que o Tribunal local mantiver a omissão no julgado, mesmo após a oposição dos embargos de declaração prequestionadores, caberá aos Tribunais superiores apontar a interpretação que não exclua o direito de ação no Recurso Especial, como se busca demonstrar a seguir.

4 O PREQUESTIONAMENTO E OS EMBARGOS PREQUESTIONADORES NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça, em 1998, sumulou o enunciado de nº 211, segundo o qual: “É inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos de declaração, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*” (BRASIL, 1998).

Enquanto estava vigente o Código de Processo Civil de 1973, caso o tribunal de apelação se mantivesse omissivo em relação à questão suscitada pela parte, poderia ser interposto recurso especial, nos termos do artigo 105, inciso III, alínea “a” da Constituição da República⁶, invocando violação ao artigo 535, incisos I e II daquele código⁷, requerendo que fosse anulado o acórdão, devendo os autos retornarem à segunda instância, para que o vício da omissão fosse sanado.

O Tribunal local, ao receber os autos do Superior Tribunal de Justiça com tal determinação, deveria apreciar em novo acórdão a matéria de ordem infraconstitucional a qual havia sido anteriormente omissa. Uma vez apreciada a matéria, esta estaria prequestionada, dando ensejo ao Recurso Especial, preenchendo o requisito conforme mencionado na Súmula 211(GUIMARÃES, 2010, p. 41-42).

A aplicação do instituto, conforme interpretação proveniente do Superior Tribunal de Justiça, porém, tinha como consequência uma maior duração do processo, uma vez que somente após interposição de recurso ao Tribunal Superior, a matéria seria devolvida ao tribunal *a quo* para que se manifestasse acerca dos pontos omitidos, para, posteriormente, interpor-se novo Recurso Especial para a apreciação do vício alegado.

Em aspectos técnicos⁸, em relação ao Superior Tribunal de Justiça, já existem julgados em que esclarecem a maneira como este tribunal vem aplicando o prequestionamento ficto, após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, como se vê pelas ementas dos seguintes julgados:

Processual Civil. Tributário. ISS. Serviços de Esgotamento Sanitário. Honorários Advocatícios. Falta de prequestionamento. **Aplicação da Súmula n. 211 do STJ.** Sentença Prolatada na Vigência do CPC1973. [...] II - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que esta Corte somente pode conhecer da matéria objeto de julgamento no Tribunal de origem. Ausente o prequestionamento da matéria alegadamente violada, não é possível o conhecimento do recurso especial. Nesse sentido, o enunciado n. 211 da Súmula do STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*”; e, por analogia, os enunciados n. 282 e 356 da Súmula do STF.III - **A previsão do art. 1.025 do Código de Processo Civil de 2015 não invalidou o enunciado n. 211 da Súmula do STJ** (Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*).IV - **Para que o art. 1.025 do CPC/2015 seja aplicado, e permita-**

6 "Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; [...]" (BRASIL, 1988).

7 "Art. 535. Cabem embargos de declaração quando:

I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;

II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal." (BRASIL, 1973).

8 Entende-se por técnicos a operacionalidade do direito.

-se o conhecimento das alegações da parte recorrente, é necessário não só que haja a oposição dos embargos de declaração na Corte de origem (e. 211/STJ) e indicação de violação do art. 1.022 do CPC/2015, no recurso especial (REsp n. 1.764.914/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 8/11/2018, DJe 23/11/2018). A matéria deve ser: i) alegada nos embargos de declaração opostos (AgInt no REsp n. 1.443.520/RS, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 1º/4/2019, DJe 10/4/2019); ii) devolvida a julgamento ao Tribunal a quo (AgRg no REsp n.1.459.940/SP, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 24/5/2016, DJe 2/6/2016) e ; iii) relevante e pertinente com a matéria (AgInt no AREsp n. 1.433.961/SP, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17/9/2019, DJe 24/9/2019).[...]VII - Agravo interno improvido. (BRASIL, 2021 a, grifo nosso).

Tributário e processual civil. Agravo interno no recurso especial. Imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN). Serviços portuários. Armazenagem. Alegada violação ao art. 1º da lei complementar 116/2003, bem como aos arts. 565 e 566 do CC/2002.**Ausência de prequestionamento. Súmula 282/STF. Art. 1.025 do CPC/2015.** Inaplicabilidade, no caso. Acórdão baseado em fundamento constitucional. Impossibilidade de apreciação da matéria, no mérito, em sede de recurso especial, sob pena de usurpação da competência do STF. Agravo interno improvido. I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015. [...] IV. **Para que se configure o prequestionamento, não basta que o recorrente devolva a questão controvertida para o Tribunal, em suas razões recursais. É necessário que a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal indicada, bem como seja exercido juízo de valor sobre os dispositivos legais indicados e a tese recursal a eles vinculada, interpretando-se a sua aplicação ou não, ao caso concreto.** V. **Na forma da jurisprudência do STJ, “a admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei”** (STJ, REsp 1.639.314/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe de 10/04/2017).[...]VIII. Agravo interno improvido. (BRASIL, 2021b, grifo nosso).

Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Processual Civil. Julgamento Monocrático. Possibilidade. Prequestionamento. Ausência. Litisconsorte. Exclusão. Decisão Interlocutória. Cabimento. Agravo De Instrumento. Art. 1.015, VII do CPC/2015. Apelação. Erro Grosseiro. Fungibilidade Recursal. Não Aplicação. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n°s 2 e 3/STJ). [...] 4. Inadmissível recurso especial quanto a questão que, a despeito da oposição de declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal de origem. Súmula n° 211/STJ. 5. **A jurisprudência desta Corte Superior entende que a admissão de prequestionamento ficto em recurso especial, previsto no art. 1.025 do CPC/2015, exige que no mesmo recurso seja reconhecida a existência de violação do art. 1.022 do CPC/2015,** o que não é o caso dos autos. [...] 8. Agravo interno não provido. (BRASIL, 2021c, grifo nosso).

Processual Civil. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Enunciado Administrativo n. 3/STJ. Pretensão De Reconhecimento De Suposta Omissão no Acórdão do Tribunal de origem. Alegada violação de dispositivo sem comando normativo para tanto. Alegada preclusão quanto ao tema da pres-

crição. Falta de prequestionamento de dispositivo tido como violado, embora opostos embargos de declaração. Não alegada ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015. Incidência da Súmula 211/STJ. 1. A pretensão de reconhecimento de omissão no acórdão recorrido não retificada em sede de embargos de declaração só é viável caso apontada a violação de dispositivo específico referente aos aclaratórios, ou seja, o art. 1.022 do CPC/2015. 2. O dispositivo alegadamente violado pelo recorrente não dispõe do devido comando normativo para impulsionar a averiguação de ocorrência de omissão. Incide, pois, o óbice da Súm. 284/STF.3. O acórdão recorrido não discutiu acerca da ocorrência de preclusão quanto ao tema da prescrição. **Nas razões do recurso especial não foi alegada ofensa ao art. 1.022, do CPC/2015 (vigente à época da interposição). O reconhecimento do prequestionamento ficto exige que seja indicada a violação do referido dispositivo.** Incide a Súm. 211/STJ a inviabilizar o conhecimento da insurgência.4. Agravo interno não provido. (BRASIL, 2018, grifo nosso).

As ementas acima transcritas demonstram, detalhadamente, as hipóteses em que a parte poderá fundamentar a existência do prequestionamento ficto por meio dos embargos de declaração no Superior Tribunal de Justiça.

Como se extrai dos julgados apresentados, não há que se falar no cancelamento da Súmula 211, mas na adaptação da interpretação anterior à nova forma prevista na regra do artigo 1.025 do Código de Processo Civil.

Segundo a atual interpretação do instituto do prequestionamento aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça, portanto, a interposição do Recurso Especial é possível, ainda, que a instância ordinária tenha se mantido omissa em relação à matéria, desde que, nos casos de omissão do Tribunal de instância anterior, sejam interpostos embargos de declaração prequestionadores, solicitando que o juízo *a quo* se manifeste em relação às matérias que não foram levadas a julgamento, na forma do artigo 1.022 da mencionada legislação.

Nos casos em que o Tribunal local alegar inexistência de vícios no julgado, persistindo a omissão, poderá ser interposto o recurso especial, requerendo que a Corte Superior aprecie o mérito recursal, tendo em vista a nova norma processual consagrou o prequestionamento ficto.

Para o conhecimento do recurso interposto em face de decisão omissa, primeiramente, no entanto, de acordo com a interpretação do Superior Tribunal de Justiça, é necessário que seja demonstrada a violação ao artigo 1.022 do Código de Processo Civil pela parte nas razões do recurso especial, antes de adentrar à matéria a qual o tribunal local se omitiu. Isso porque, a parte final do artigo 1.025 condiciona a caracterização do prequestionamento e, por consequência, a admissibilidade do recurso, à declaração do Tribunal superior de que houve erro, omissão, contradição ou obscuridade no acórdão recorrido.

Sobre a observância da nova regra procedimental, extrai-se do Enunciado administrativo n.3 do Superior Tribunal de Justiça: “Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC” (BRASIL, 2016).

Nesse sentido, caso o acórdão do qual se pretenda recorrer tenha sido publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973, é inaplicável o prequestionamento ficto do artigo 1.025.

Exige-se que os argumentos que forem apresentados pelos embargos de declaração sejam capazes de, em tese, infirmar as conclusões do julgado, devendo, ademais, versar sobre questão envolvendo matéria fático-probatória essencial ao deslinde da controvérsia, isto é, a parte não deve interpor recurso alegando a caracterização do prequestionamento ficto, se não forem decididas pelo tribunal local as questões de fato relevantes ao deslinde da demanda, uma vez que é inadmissível no ordenamento jurídico que os tribunais superiores analisem matéria fático-probatória no âmbito do recurso extraordinário ou do recurso especial. Para que o recurso especial com base no prequestionamento ficto seja admitido, portanto, é fundamental que ele verse sobre questão exclusiva de direito.

Nas situações em que estiverem presentes todas essas circunstâncias processuais exigidas, ficará caracterizado o prequestionamento ficto e o Recurso Especial poderá ser admitido, possibilitando o julgamento da matéria diretamente pela Corte Superior, conforme extraído dos julgados acima.

Verifica-se nesse sentido que o Superior Tribunal de Justiça detalhou de forma minuciosa a aplicação do artigo 1.025 e mesmo com a exigência de todos os requisitos, vem aplicando o prequestionamento ficto consagrado pela legislação em vigor.

5 CONCLUSÃO

Sendo observadas e apontadas as ementas de alguns julgados recentes do Superior Tribunal de Justiça sobre a aplicação do prequestionamento, infere-se que para que este se configure, basta que a parte aponte a matéria no processo e que sejam preenchidos os requisitos do artigo 1.022 da legislação processual civil, não sendo mais essencial o provimento jurisdicional sobre a questão suscitada.

O Código de Processo Civil de 1973, ainda não previa a hipótese dos embargos de declaração prequestionadores, mas em razão da prática, estes passaram a ser aplicados; havendo, entretanto, muitas divergências sobre o assunto entre os Tribunais Superiores.

Tendo em vista as implicações do sistema anterior de apreciação dos embargos de declaração, no qual a matéria deveria ser devolvida ao Tribunal *a quo* antes da apreciação do Recurso Especial ou Extraordinário pelo Tribunal Superior, a Lei 13.105 de 2015, trouxe em seu artigo 1.025, a possibilidade do prequestionamento ficto por meio dos embargos de declaração.

Como demonstrado, no acervo jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça já existem julgados por meio dos quais se verifica a interpretação da referida Corte Superior sobre a aplicação da norma referente aos embargos de declaração prequestionadores.

Nesse sentido, embora a alteração legislativa tenha suprido algumas lacunas técnicas observadas sob a vigência da lei anterior, a aplicação do instituto do prequestionamento, ainda, suscita muitas dúvidas aos operadores do direito, sendo necessário, quando da interposição do Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, além da minuciosa demonstração de todos os requisitos de admissibilidade, a declaração desse órgão quanto à falha nos acórdãos dos tribunais de instância anterior.

REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ALVIM, Angélica Arruda et al. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 24 abr. 2021.
- BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 24 abr. 2021.
- BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 24 abr. 2021.
- BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 24 abr. 2021.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 abr. 2021.
- BRASIL. *Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm. Acesso em: 24 abr. 2021.
- BRASIL. *Lei 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 24 abr. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Agravo Interno no Recurso Especial 1802410/SP*. Processual Civil. Tributário. ISS. Serviços de Esgotamento Sanitário. Honorários Advocatícios. Falta De Prequestionamento. Aplicação Da Súmula n. 211 do STJ. Sentença Prolatada na vigência do CPC/1973. Agravante: Águas do Mirante S.A. Agravado: Município de Piracicaba. Relator: Min. Francisco Falcão, 12 de abril de 2021a. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=124848826®istro_numero=201900665050&peticao_numero=202000940665&publicacao_data=20210415. Acesso em: 22 abr. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Agravo Interno no Recurso Especial 1821347/AM*. Tributário e processual civil. Agravo interno no recurso especial. Imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN). Serviços portuários. Armazenagem. Alegada violação ao art. 1º da lei complementar 116/2003, bem como aos arts. 565 e 566 do CC/2002. Ausência de prequestionamento. Súmula 282/STF. Art. 1.025 do CPC/2015. Inaplicabilidade, no caso. Acórdão baseado em fundamento constitucional. Impossibilidade de apreciação da matéria, no mérito, em sede de recurso especial, sob pena de usurpação da competência do STF. Agravo interno improvido. Agravante: Município de Manaus. Agravado: Aurora da Amazonia Terminais e Serviços LTDA. Relatora: Min. Assusete Magalhães, 12 de abril de 2021b. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901744945&dt_publicacao=19/04/2021. Acesso em: 22 abr. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1632625/PR*. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Processual Civil. Julgamento Monocrático. Possibilidade. Prequestionamento. Ausência. Litisconsorte. Exclusão. Decisão Interlocutória. Cabimento. Agravo De Instrumento. Art. 1.015, VII do CPC/2015. Apelação. Erro Grosseiro. Fungibilidade Recursal. Não Aplicação. Agravante: Fundo de Investimento em Direitos Creditórios não-padronizados PCG-Brasil Multicarteira. Agravado: J.A. de Lima & CIA LTDA e outros. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cuêva, 8 de março de 2021c. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903612548&dt_publicacao=12/03/2021. Acesso em: 22 abr. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1230446/SP*. Processual Civil. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Enunciado Administrativo n. 3/STJ. Pretensão De Reconhecimento De Suposta Omissão no Acórdão do Tribunal de origem. Alegada violação de dispositivo sem comando normativo para tanto. Alegada preclusão quanto ao tema da prescrição. Falta de prequestionamento de dispositivo tido como violado, embora opostos embargos de declaração. Não alegada ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015. Incidência da Súmula 211/STJ. Agravante: Helena Macri Cioni. Agravado São Paulo Previdência -SPPREV. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 17 de maio de 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800038454&dt_publicacao=24/05/2018. Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciado administrativo n. 3*. Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. Plenário, 9 mar. 2016. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portaIpl/Institucional/Enunciados-administrativos>. Acesso em: 22 abr. 2021 .

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 211*. Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*. Brasília, DF: Corte Especial, 1 jun. 1998. Diário da Justiça, 3 ago. 1998, p. 366. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_15_capSumula211.pdf. Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 282*. É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 1963a . Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2496>. Acesso em: 24 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 356*. O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 1963b . Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2648>. Acesso em: 24 abr. 2021.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. São Paulo: Saraiva, 2014.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual*. São Paulo: Atlas, 2018.

GUIMARÃES, Luiz Carlos Forghieri. *Prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: a dificuldade do acesso à justiça nos tribunais brasileiros (STF e STJ)*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

LOPES, Aury Júnior. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel . *O novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O prequestionamento na doutrina e na jurisprudência. In: *DOCTRINA do STJ*: edição comemorativa 15 anos. Brasília, DF: STJ, 2005. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/Dout15anos/article/view/3680/3770>. Acesso em: 26 abr. 2021.

SHIMURA, Sérgio Seiji; PIETRO ALVAREZ, Anselmo; SILVA, Nelson Finotti. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

07

CAPÍTULO

A (IN)APLICABILIDADE DA ARBITRAGEM NOS CONFLITOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS

JÉSSICA REZENDE PAGANI DE SOUZA OLIVEIRA¹

LUCIANA LEAL PENA²

FREDERICO DE ANDRADE GABRICH³

RESUMO

O trabalho tem como objetivo a análise do artigo 507-A da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei nº 13.467 de 2017, que possibilita o uso da arbitragem nos contratos individuais de trabalho. A hipótese apresentada é que a arbitragem é incompatível com o contrato individual de trabalho, pois as verbas trabalhistas são indisponíveis. Como marco teórico cita-se o jurista Maurício Godinho Delgado, que entende que a arbitragem pode ser prejudicial ao empregado, se utilizado no contrato individual de trabalho. O método adotado foi o hipotético-dedutivo, fundamentado na norma jurídica, jurisprudências e doutrinas sobre o assunto.

Palavras-chave: arbitragem; direito do trabalho; conflitos individuais; reforma trabalhista; resolução de conflitos.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze Article 507-A of the Consolidation of Labor Laws, introduced by Law No. 13,467 of 2017, which makes it possible to use arbitration in individual employment contracts. The hypothesis presented is that the arbitration is incompatible with the individual employment contract, since labor costs are unavailable. As a theoretical framework, the jurist Maurício Godinho Delgado is cited, who understands that arbitration can be harmful to the employee, if used in the individual employment contract. The method adopted was hypothetical-deductive, based on legal norms, jurisprudence and doctrines on the subject.

Keywords: arbitration; labor law; individual conflicts; labor reform; conflict resolution.

1 Graduada em Direito e Pós Graduanda em Direito do Trabalho pela Escola Superior de Advocacia da OAB-MG. Advogada atuante em Belo Horizonte. E-mail: jessica_pagani@hotmail.com

2 Advogada. Professora de Direito. Mestre em Direito Privado pela Universidade FUMEC. Pós-graduada *lato sensu* em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo CAD – FUMEC. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. E-mail: lucianalpadv@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1454378249835658>.

3 Doutor, Mestre, Especialista em Direito Comercial/Empresarial e graduado em Direito pela mesma Universidade Federal de Minas Gerais (2007, 2000, 1993 e 1990). Professor Adjunto da Universidade Fumec (desde 1995). Responsável pelas disciplinas Direito Empresarial I e II (graduação), Estratégias Jurídicas das Organizações (mestrado), Metodologia de Ensino Jurídico (mestrado), Direito, Arte, Literatura e Transdisciplinaridade (mestrado), Seminários de Pesquisa (mestrado). Membro do Conselho de Curadores da Fundação Mineira de Educação e Cultura - Fumec (2021-2025). Coordenador de Projeto de Pesquisa, autor de livros e artigos científicos, e orientador de diversas dissertações de mestrado voltadas para Análise Estratégica do Direito, das Metodologias de Ensino e da Transdisciplinaridade. Diretor da Análise Estratégica, com experiência em negociação, mediação, arbitragem, direito societário, fusões e aquisições, estruturação de negócios, educação corporativa, design instrucional, inovação disruptiva. Conselheiro (voluntário) - Câmara Mineira de Arbitragem Empresarial (Caminas). E-mail: fredericogabrich@fumec.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9297224411224412>.

Como citar o presente artigo científico:

OLIVEIRA, Jéssica Rezende Pagani de Souza; PENA, Luciana Leal; GABRICH, Frederico de Andrade. A (in)aplicabilidade da arbitragem nos conflitos individuais trabalhistas. In: CAMARGOS, Laís Alves; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). Direito Processual Constitucional e sua Perspectiva Democrática. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2021, p. 122-136

1 INTRODUÇÃO

O artigo 507-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), introduzido pela Lei 13.467/17, possibilita a utilização da arbitragem como forma de resolução de conflitos decorrentes do contrato individual de trabalho. Segundo o disposto no referido artigo, a arbitragem somente poderá ser utilizada nos casos de empregados hipersuficientes, ou seja, aqueles que possuem diploma de ensino superior e recebem remuneração correspondente ao dobro do teto dos benefícios previdenciários.

Questiona-se, no presente estudo, se a arbitragem pode ser aplicada nas relações trabalhistas individuais, considerando a natureza alimentar das verbas transacionadas, bem como a condição de vulnerabilidade do trabalhador diante do seu empregador, que pode ser prejudicado na escolha do procedimento arbitral.

A hipótese apresentada no trabalho é de que, apesar da constitucionalidade do artigo 507-A da CLT, bem como, da previsão expressa legislativa que permite a adoção da arbitragem nos conflitos individuais, a aplicação de tal instrumento importa em incompatibilidade com o direito do trabalho e, certamente, pode trazer prejuízo aos direitos do empregado, já que, este não possui poder de negociação em igualdade com seu empregador. Além disso, ressalta-se que as verbas trabalhistas são indisponíveis, ou seja, devem ser concedidas, reduzidas ou suprimidas mediante apreciação do Poder Judiciário, tão somente, o que inviabiliza o uso da arbitragem.

Para desenvolvimento do tema-problema, a presente pesquisa abordará, no segundo capítulo do trabalho, os aspectos gerais da arbitragem como: conceito, estrutura no sistema normativo brasileiro e características.

No capítulo três, serão abordadas as incompatibilidades da arbitragem com os contratos trabalhistas individuais, de forma a apontar: a aplicação restrita da arbitragem, considerando que apenas o empregado hipersuficiente pode utilizá-la, bem como, a natureza das verbas trabalhistas e, por fim, a constitucionalidade do artigo 507-A da CLT.

A metodologia utilizada no trabalho é a de estudo descritiva, porque faz observação do que já foi estudado sobre o tema; qualitativa, vez que interpreta o fenômeno que será observado e; indutivo, por analisar inferir a consequência geral de um fenômeno particular. Serão utilizadas pesquisas bibliográficas, artigos jurídicos, jurisprudências e a legislação específica sobre a temática.

Como marco teórico, cita-se o doutrinador Maurício Godinho Delgado, que defende a inaplicabilidade da arbitragem nos conflitos trabalhistas individuais. Isso porque, a lei prevê a adoção da arbitragem em contratos de empregados hipersuficientes e que, supostamente, estão em condições menos desiguais com o empregador, no entanto, segundo o referido doutrinador, tais critérios não coadunam com a lógica do Direito do Trabalho e não possuem qualquer base empírica de que, de fato, tais empregados possuem condições de negociar em igualdade com empregadores.

A discussão encontra relevância, visto que, a possibilidade introduzida pela Lei nº 13.467 de 2017, por meio do artigo 507-A da Consolidação das Leis do Trabalho, permite que trabalhadores negociem diretamente com as empresas sobre a adoção ou não da arbitragem para resolução dos conflitos, assim, ao optar por essa modalidade, as questões trabalhistas são resolvidas sem a interferência da Justiça do Trabalho, o que pode implicar na supressão ou

redução de direitos trabalhistas dos empregados. Por isso, é de extrema importância, analisar o impacto e a viabilidade da arbitragem nos contratos trabalhistas, para garantir que nenhum direito seja violado.

2 ARBITRAGEM

A arbitragem é um dos mecanismos alternativos de solução extrajudicial dos conflitos, de modo que, será importante fazer uma breve análise do conceito, eficiência e procedimento arbitral. Inclusive, com o objetivo de analisar se tal instituto é aplicável nos contratos individuais de trabalho, conforme previsão contida no artigo 507-A da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei nº 13.467 de 2017.

2.1 CONCEITO

A arbitragem é a jurisdição exercida fora do âmbito do Estado, o que se admite, posto que as partes são livres para transigir sobre seus direitos patrimoniais e disponíveis (SCAVONE JUNIOR, 2018, p. 22).

José Eduardo Carreira Alvim também conceitua a arbitragem como “a instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por elas indicados ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis” (ALVIM, 2000, p. 14).

Tendo em vista, os conceitos expostos, resta claro que, para a arbitragem ser utilizada, é preciso que as partes optem por essa modalidade, de maneira expressa, uma vez que não existe obrigatoriedade de seu uso na legislação brasileira.

Nesse sentido, dispõe o artigo 3º da Lei nº 9.307 de 1996 (Lei de Arbitragem). “Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral” (BRASIL, 1996).

Ainda, necessário destacar que para uso da arbitragem é preciso que o conflito trate sobre direitos disponíveis, assim, somente questões relativas a direitos patrimoniais podem ser objetos de solução por meio do procedimento arbitral.

Destarte, caberá ao árbitro à decisão das questões que envolvem os conflitos. O árbitro não poderá ser juiz, tendo em vista que os juízes exercem outro cargo ou função. Contudo, poderá ser árbitro qualquer pessoa capaz, ao qual desempenhe função de imparcialidade e independência, nos termos do artigo 13º, parágrafo sexto da Lei de Arbitragem, conforme se observa: “Art. 13º Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. §6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição” (BRASIL, 1996).

Coloca-se fim à arbitragem quando proferida a sentença arbitral, produzindo entre as partes os efeitos de uma sentença judicial, não ficando sujeita a recurso ou à homologação pelo Poder Judiciário. Destaca-se que, sendo a sentença condenatória, esta constitui título executivo judicial:

Vários são os efeitos da sentença definitiva. Mas o principal é, sem dúvida, o de pôr fim à função do julgador no processo, mediante a apresentação jurisdicional (art.463). Poderíamos apelidar este efeito principal de “efeito formal” da sentença. Tem ela, por outro lado, efeitos “materiais” que criam novas situações jurídicas para os litigantes. Assim, a sentença condenatória gera o título executivo que faculta ao vencedor utilizar-se da execução forçada, caso o vencido não satisfaça a prestação assegurada no julgado. A sentença constitutiva, por sua vez, opera a extinção da relação jurídica litigiosa ou cria nova situação jurídica para as partes. E a sentença declaratória, finalmente, gera a certeza jurídica sobre a relação jurídica deduzida em juízo. Entre os efeitos secundários da sentença, podem-se citar a hipoteca judicial e outros que, em alguns casos, surgem como consequência ou efeito automático do provimento com que se decidiu o litígio. (THEODORO JÚNIOR, 1996, p. 520).

Diante do exposto, possível observar que o instituto da arbitragem tem por objetivo a solução dos conflitos de forma mais célere do que o Judiciário, sendo, vantajosa modalidade alternativa de solução de controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis.

3 APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM NO DIREITO DO TRABALHO

O artigo 507-A, introduzido pela Lei n.º 13.467 de 2017, estabelece que:

Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. (BRASIL, 2017).

A norma em questão abrange a aplicabilidade da arbitragem nos contratos individuais de trabalho, desde que a remuneração do trabalhador seja superior a duas vezes o teto do Regime Geral da Previdência Social (RGPS), atualmente equivalente a R\$12.867,14 (doze mil oitocentos e sessenta e sete reais e quatorze centavos) e que ocorra por iniciativa do empregado ou mediante sua concordância expressa (BRASIL, 2021).

A norma em questão abrange a aplicabilidade da arbitragem nos contratos individuais de trabalho, desde que a remuneração do trabalhador seja superior a duas vezes o teto do Regime Geral da Previdência Social (RGPS), atualmente equivalente a R\$12.867,14 (doze mil oitocentos e sessenta e sete reais e quatorze centavos) e que ocorra por iniciativa do empregado ou mediante sua concordância expressa (BRASIL, 2017).

Aparentemente, a possibilidade de resolver os conflitos individuais por meio da via arbitral, seria extremamente vantajosa para os empregados, considerando a rapidez e a eficiência desse procedimento em detrimento da demora na prestação jurisdicional.

Inclusive, a possibilidade de utilizar da arbitragem nos conflitos trabalhistas surgiu com a intenção de desafogar o judiciário e prestar a efetiva tutela jurisdicional aos autores das demandas trabalhistas que, na maioria dos casos, são os trabalhadores.

No tocante à utilização da arbitragem com o objetivo de desafogar o judiciário, é necessário apontar alguns dados, para verificar a eficiência do procedimento arbitral como instrumento apto a solucionar os conflitos individuais.

De acordo com o levantamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o rendimento médio domiciliar per capita, em 2019, foi de R\$1.406,00 para o total da população brasileira (BRASIL, 2020a, p. 59).

A renda média mensal da família brasileira que totaliza R\$12.867,14 (doze mil oitocentos e sessenta e sete reais e quatorze centavos), valor estimado para os trabalhadores que podem pactuar cláusula compromissória de arbitragem referente ao ano de 2021, é representada por uma parcela ínfima da população brasileira (BRASIL, 2021).

Compreende-se, então, que a medida trazida pela Lei nº 13.467 de 2017, apenas possibilitaria uma parcela ínfima dos trabalhadores de convencionar o procedimento arbitral, o que por si só não iria trazer resultados satisfatórios para desafogar o judiciário.

Neste contexto, uma porcentagem tão baixa dos trabalhadores que recebem remuneração superior a duas vezes o teto dos benefícios da previdência, não seria suficiente para diminuir os inúmeros conflitos que chegam para apreciação da Justiça do Trabalho⁴.

3.1 REQUISITOS PREVISTOS PARA PACTUAR A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ARBITRAL “O EMPREGADO HIPERSUFICIENTE”

No que diz a respeito à arbitragem, houve muita polêmica quanto à criação do chamado, trabalhador hipersuficiente na nova legislação trabalhista, tendo em vista, os requisitos instituídos no artigo 507-A da CLT para pactuar a cláusula compromissória arbitral.

Francisco José Cahali assevera que a solução dos conflitos pela via arbitral, significa um avanço enorme em favor da arbitragem. Inclusive, que a instituição da cláusula compromissória nos contratos de trabalho está condicionada ao valor da remuneração, e não mais à concordância (ou iniciativa) do trabalhador (CAHALI, 2018).

Mas a norma instituída prevê nitidamente que a cláusula compromissória de arbitragem está condicionada a iniciativa do empregado ou por sua expressa concordância, estando adstritos aqueles que recebam duas vezes o teto dos benefícios previdenciários.

Apesar do artigo dispor a livre manifestação do trabalhador para pactuar o procedimento arbitral, estes são a parte hipossuficiente na relação laboral, de grande vulnerabilidade em face do empregador que detém o poder diretivo

Ainda, a natureza jurídica de adesão⁵ dos contratos de trabalho, importa dizer, que os empregados sofrem limitações quantos as cláusulas estabelecidas, como, por exemplo, a respeito da remuneração. Isto é, o empregador estabelece unilateralmente as normas e condições que serão regidas à relação empregatícia, como afirma Maurício Godinho: “Uma das inconsistências da regra jurídica é desconsiderar o fato de ser o contrato empregatício provavelmente

4 Apenas a título de exemplo, cita-se os artigos 790-B; 840, §1º e 844, §3º da CLT, que visaram diminuir o ajuizamento das ações trabalhistas.

5 Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

o mais impressionante contrato de adesão que se conhece no sistema econômico e social contemporâneo” (DELGADO, 2017 , p. 158).

Assim, o fato do empregado receber uma remuneração diferenciada dos demais trabalhadores, não significa necessariamente que terá conhecimentos específicos sobre o que o termo cláusula compromissória arbitral, irá representar futuramente no seu contrato de trabalho.

Dessa forma, apenas o requisito de receber uma remuneração elevada em comparativo com a renda mensal da sociedade brasileira não é o suficiente para proteger o empregado em futuramente reivindicar seus direitos trabalhistas, que como será analisado detalhadamente, são indisponíveis e irrenunciáveis.

3.2 A NATUREZA DAS VERBAS TRABALHISTAS

A Lei nº 9.307 de 1996 (Lei de Arbitragem) prevê em seu artigo 1º, que a arbitragem irá dirimir conflitos referentes a direitos patrimoniais disponíveis: “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (BRASIL, 1996).

Primeiramente, vale conceituar o que são os direitos patrimoniais e disponíveis:

Entre os direitos de cunho patrimonial, encontramos as relações jurídicas de direito obrigacional, ou seja, aqueles que encontram sua origem nos contratos, nos atos ilícitos e nas declarações unilaterais de vontade.

Os direitos não patrimoniais, por seu turno, são aqueles ligados aos direitos da personalidade, como o direito à vida, à honra, à imagem, ao nome e ao estado das pessoas, como, por exemplo, a capacidade, a filiação e o poder familiar, entre outros com a mesma natureza. (SCAVONE JÚNIOR, 2018, p. 16).

Já quanto à exigência da arbitragem referente aos direitos disponíveis, são aqueles passíveis de alienação e transação, como, por exemplo, não é possível transacionar acerca do direito ao próprio corpo, à liberdade e ao direito à vida. Nesse contexto, o árbitro não pode decidir se a pessoa tem ou não o direito à honra, vez que este direito é indisponível.

No âmbito trabalhista, o entendimento majoritário tem sido no sentido que os direitos dos empregados também não são passíveis de renúncia ou transação⁶.

Ainda parece predominar entre os justralhistas o entendimento de que os direitos trabalhistas não comportariam renúncia nem transação, sob pena de afrontar o disposto no art. 444 da Consolidação das Leis do Trabalho, sustentando-se, então, o *princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas*. Em consequência, a doutrina ainda dominante acaba sustentando uma ordem protecionista das regras inseridas na Consolidação das Leis do Trabalho, tudo de modo a fazer crer serem indisponíveis os direitos ali regulados, o que impediria a utilização da arbitragem. (SILVA GERALDO, 2007, p. 132-133).

6 Renúncia: “É conceituada pelos civilistas como “a abdicação que o titular faz do seu direito, sem transferi-lo a quem quer que seja. É o abandono voluntário do direito” (BARROS, 2008, p. 196).

Transação: [...] Trata-se de uma relação jurídica em que as partes fazem concessões recíprocas, nascendo daí o direito de ação para os transigentes. É restrita a direitos patrimoniais de caráter privado, sobre os quais recaia o litígio ou a suscetibilidade do litígio (BARROS, 2008, p. 204).

A própria Lei de Arbitragem até 2015 proibia que na sua seara fossem discutidos conflitos que tratem de direitos indisponíveis:

Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral. (BRASIL, 2015).

No entanto, apesar do artigo 25 ter sido revogado pela Lei nº 13.129 de 2015, não importa dizer que a cláusula compromissória arbitral poderá ser utilizada para tratar de direitos indisponíveis. Nesse sentido, o relatório do Projeto de Lei do Senado nº 406 de 2013 que resultou na Lei nº 13.129 de 2015 dispõe:

A exclusão do artigo não tem a intenção de dar ao árbitro competência para resolver questões de direitos indisponíveis. Isto é vedado pelo próprio art. 1º da Lei. Se o árbitro entender que a discussão envolve direito indisponível, ele deverá suspender ou mesmo extinguir a arbitragem (BRASIL, 2015).

Ainda, preservando a característica dos direitos indisponíveis, em decorrência da sua irrenunciabilidade, o artigo 852 do Código Civil⁷, prevê ser vedado o compromisso arbitral para a solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

No plano processual, segundo o artigo 392 do Código de Processo Civil, “não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis” (BRASIL, 2015).

Já no âmbito do Direito do Trabalho, tem-se a proteção quantos aos direitos dos trabalhadores, conceituado pelo princípio da indisponibilidade, consoante aduz Maurício Godinho Delgado:

A indisponibilidade inata aos direitos trabalhistas constitui-se talvez no veículo principal utilizado pelo Direito do Trabalho para tentar igualizar, no plano jurídico, a assincronia clássica existente entre os sujeitos da relação socioeconômica de emprego. (DELGADO, 2015, p. 204).

Ainda, seguindo o entendimento adotado por Mauricio Godinho, a extensão da indisponibilidade, está subjacente a relevantes dispositivos celetistas: artigos 9º e 468 da CLT⁸. Isso significa que o empregado, por ato individual (renúncia) ou por ato bilateral negociado com o trabalhador (transação), não pode dispor de seus direitos laborais, sob pena de nulidade do ato. (DELGADO, 2015, p. 219).

Nesse sentido, cite-se o entendimento dos autores Vólia Bomfim e Leonardo Borges:

Os direitos trabalhistas previstos em lei são irrenunciáveis e intransacionáveis pela sua característica pública, logo, são direitos INDISPONÍVEIS. Portanto, o valor do salário recebido pelo empregado não altera a natureza jurídica do

7 Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial." (BRASIL, 2002).

8 "Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação." (BRASIL, 1943).

"Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia." (BRASIL, 1943).

direito. Entender que os empregados que recebem mais que duas vezes o valor máximo dos benefícios previdenciários podem pactuar cláusula compromissória de arbitragem é desconhecer ou modificar o § 1º do art. 1º da Lei 9.307/1996, que só permite a arbitragem em direitos patrimoniais DISPONÍVEIS. (CASSAR; BORGES, 2017, p. 63).

Assim, como a cláusula compromissória arbitral, decorre de um ato do empregado no momento da assinatura do pacto laboral – presume-se a vulnerabilidade do trabalhador, ainda maior no instante da admissão – o que levaria a renúncia ou a transação de seus direitos.

Desse modo, nas lições de Maurício Godinho Delgado: “Como regra geral, não pode o empregado, antes da admissão, no curso do contrato ou após seu término, renunciar ou transacionar seus direitos trabalhistas, seja de forma expressa ou tácita.” (DELGADO, 2015, p. 205).

Assim, a livre autonomia da vontade é questionável na relação de emprego, em face da constante vulnerabilidade do trabalhador, mesmo que este receba remuneração elevada, de acordo com o artigo 507-A da CLT.

A doutrina majoritária afasta a aplicação da arbitragem, em razão das características das verbas discutidas, quais sejam da irrenunciabilidade e da indisponibilidade dos direitos assegurados pela Constituição da República e pela Consolidação das Leis Trabalhistas.

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho também entende pela inaplicabilidade da arbitragem nos conflitos individuais:

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE. RECURSO DE REVISTA ANTERIOR À LEI 13.015/2014. Preliminar de não conhecimento REFERENTE À AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL, arguída em contraminuta. Ante a fundamentação do agravo de instrumento, não há falar em recurso desfundamentado. Preliminar rejeitada . INTERVALO INTRAJORNADA . Confirmada a ordem de obstaculização do recurso de revista, na medida em que não demonstrada a satisfação dos pressupostos de admissibilidade do art. 896 da CLT. Agravo de instrumento não provido. II - RECURSO DE REVISTA DO RECLAMADO INTERPOSTO ANTES DA LEI 13.015/2014. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Nos termos do art. 33, § 2º, da Lei 12.815/2013, o OGMO responde, solidariamente com os operadores portuários, pela remuneração devida ao trabalhador portuário avulso e pelas indenizações decorrentes de acidente de trabalho. Assim, no caso vertente, a solidariedade decorre de imposição legal, o que autoriza a aplicação do disposto no art. 275 do Código Civil, segundo o qual o credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum. Portanto, o OGMO é parte legítima para figurar sozinho no polo passivo da presente demanda. Precedentes de todas as Turmas do TST. Recurso de revista não conhecido. COISA JULGADA. JUÍZO ARBITRAL. INCOMPATIBILIDADE COM O DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO. A jurisprudência do TST, em razão dos princípios da indisponibilidade dos direitos laborais, entende pela incompatibilidade do instituto da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas e, por consequência, não reconhece a produção de efeito de coisa julgada na sentença arbitral. Ademais, o legislador constituinte possibilitou a adoção da arbitragem apenas para os conflitos coletivos, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 114 da Constituição Federal, prevendo, ainda assim, a necessidade de observância das “disposições mínimas legais de proteção ao trabalho”. Recurso de revista não conhecido. (BRASIL, 2019).

Em lado contrário estão os argumentos de que é possível a aplicação da arbitragem nos contratos individuais, que se contrapõem a todos aqueles que entendem pela inviabilidade da arbitragem, posicionamento que existia bem antes da discussão referente ao artigo introduzido pela Reforma Trabalhista:

ARBITRAGEM. APLICABILIDADE AO DIREITO INDIVIDUAL DE TRABALHO. Até a promulgação da Lei 13.467/2017, os litígios decorrentes dos contratos de trabalho não poderiam ser submetidos ao juízo arbitral, mesmo com a expressa anuência de empregado e empregador, tendo em vista o caráter indisponível dos direitos trabalhistas. Porém, a partir da inclusão do art. 507-A na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, em 11/11/2017, essa diretriz foi alterada, tendo em vista a expressa permissão contida no referido dispositivo legal, assim redigida: "Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996." (g. n.). Portanto, firmado instrumento contendo a cláusula compromissória após a entrada em vigor do referido art. 507-A/CLT, quaisquer litígios, controvérsias ou reivindicações decorrentes, dentre outros, da validade, da interpretação, do cumprimento deste instrumento, do Contrato de Trabalho e/ou de quaisquer relações jurídicas associadas aos mesmos, serão dirimidos por meio de procedimento perante o juízo arbitral livre e previamente eleito pelas partes contratantes. (BRASIL, 2020b).

Mas necessário destacar, que mesmo aqueles que defendem a aplicação da arbitragem no âmbito dos contratos individuais de trabalho, ressaltam que a utilização da Lei nº 9.307/96, deve ser realizada com cautela em virtude da posição vulnerável em que se apresenta o empregado em relação ao seu empregador (CARNEIRO , 1997, p. 77).

Nessa situação, verifica-se que o legislador, ignorando o caráter alimentar e indisponíveis das verbas trabalhistas, criou a possibilidade dos trabalhadores que percebam mais que o teto fixado no artigo 507-A da CLT, pactuarem cláusula compromissória arbitral, indo, inclusive, contra a previsão contida na própria Lei de Arbitragem.

3.3 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 507-A DA CLT

A possibilidade de pactuar a cláusula compromissória arbitral nos contratos individuais gerou controvérsias sobre a inconstitucionalidade do artigo 507-A da CLT, visto que, as partes irão adotar o procedimento da arbitral para resolução do litígio ao invés do Poder Judiciário. Nas palavras de Homero Batista:

Dentre essas cláusulas, o art. 507-A admite que seja lançada também a chamada cláusula compromissória de arbitragem, pela qual as partes se comprometem a se valer de árbitros particulares e não do Poder Judiciário em caso de litígio futuro. Problemas não tardarão a acontecer. (MATEUS DA SILVA , 2017, p. 97).

A discussão sobre a inconstitucionalidade do artigo 507-A da CLT é, se há violação ao princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto constitucionalmente.

Nesse sentido, é o que dispõe Homero Batista Silva "O Art. 507-A inibe o acesso ao Judiciário estipulando arbitragem para empregados com rendimento superior a cerca de 11.000 reais mensais, em afronto ao art. 5º, XXXV" (SILVA, 2017, p. 207).

Quanto ao tema, conforme dispõe José Afonso da Silva, a Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988, gerou avanços e profundas mudanças no ordenamento jurídico brasileiro e constitui a lei de maior importância jurídica no país na atualidade, vez que suas normas e princípios se irradiam por todos os ramos do direito, e a inobservância de seus preceitos na aplicação das normas constitui violação ao texto constitucional (SILVA, 2012, p. 90-92).

Isso significar dizer que a lei infraconstitucional, no caso, a norma celetista, deverá ser regulamentada observando as normas e princípios previstos na Constituição da República, sob pena de violação aos preceitos ali contidos, principalmente sobre a vedação quanto a inafastabilidade do Poder Judiciário, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da CR/88⁹.

O livre acesso à justiça também tem previsão na Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica, da qual o Brasil é signatário, saliente, em seu artigo 8º:

Art. 8º Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza. (CIDH, 1969).

Igualmente, o Código de Processo Civil em seu artigo 3º¹⁰ aderiu à redação prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da CR/88, o que demonstra que as leis infraconstitucionais devem seguir o entendimento adotado na Constituição da República.

Em sua dissertação de mestrado apresentada à Universidade Católica de Pernambuco, Patrícia Cavalcanti Furtado Candido Carneiro afirma que:

O princípio da inafastabilidade da jurisdição é muito claro ao proclamar que a lei não poderá excluir do judiciário, lesão ou ameaça de direito. É de total importância seu pronunciamento diante das relações contratuais trabalhistas em que se evidencia uma franca diferença nas condições negociais entre as partes contratantes. (CANDIDO CARNEIRO, 2013, p. 29).

No entanto, apesar das considerações acima, o Supremo Tribunal Federal (STF) já superou o tema referente à constitucionalidade da cláusula compromissória arbitral, conforme se extrai do Agravo Regimental nº 10.392

EMENTA: 1.Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência

9 "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito." (BRASIL, 1988).

10 "Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito." (BRASIL, 2015).

de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial.

2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua conseqüente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri).

3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, V). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, V, da CF.

Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31). (BRASIL, 2011).

Assim, evidente que a discussão sobre a constitucionalidade da arbitragem está superada pelo pleno do STF que, ao decidir a homologação da sentença estrangeira, entendeu que a arbitragem é constitucional, passível de ser aplicada no Direito do Trabalho.

Mas apesar do procedimento arbitral ser declarado constitucional, tal instituto nos contratos individuais trabalhistas é inviável, pois o empregado não fará por livre iniciativa, como estipula o artigo 507-A da CLT, mas por necessidade, visto que é a parte vulnerável e hipossuficiente na relação empregatícia, conforme exposto neste trabalho.

Caso o empregado se negue a concordar com a imposição da cláusula compromissória, quando de sua admissão, o empregador não o contratará, preferindo alguém que atenda à submissão da cláusula. Assim, se não é de todo um impedimento ou mesmo um obstáculo ao acesso à justiça, é uma maneira de empregador poder cercear o direito do empregador de discutir direitos perante à Justiça do Trabalho.

4 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que o instituto da arbitragem é um procedimento célere e dinâmico e, em virtude de tais características, foi introduzido pelo artigo 507-A da CLT na seara trabalhista, mediante o advento da Lei nº 13.467 de 2017.

O legislador acrescentou a possibilidade do procedimento arbitral nas controvérsias trabalhistas, com o objetivo de diminuir o número de demandas ajuizadas no Judiciário. Mas o requisito previsto no artigo, restringindo apenas aos empregados com uma remuneração diferenciada, atualmente equivalente a R\$12.867,14 (doze mil oitocentos e sessenta e sete reais e quatorze centavos), possibilita apenas uma parcela ínfima dos trabalhadores de convencionar a cláusula compromissória, o que por si só, não gera resultados eficientes.

Ademais, a norma trouxe a figura do empregado hiperssuficiente, correspondente ao trabalhador cuja remuneração seja o dobro do limite máximo dos benefícios previdenciários e que possui diploma de ensino superior. Nestes casos, o legislador pressupôs a relação paritária entre empregado e empregador, o que é inviável, haja vista, a natureza jurídica de adesão dos contratos de trabalho.

Em outras palavras, o fato do empregado receber uma remuneração elevada em comparativo com a renda mensal da sociedade brasileira, não é o suficiente para proteger o empregado em futuramente reivindicar seus direitos trabalhistas, que são indisponíveis e irrenunciáveis.

Ainda, quanto aos requisitos previstos no artigo 507-A da CLT, importante ressaltar, que a disposição quanto a livre manifestação do trabalhador é questionável, pois, no momento da admissão é evidente a vulnerabilidade em face do empregador, isto é, por imposição o empregado acabará se sujeitando com a cláusula compromissória arbitral.

No Direito do Trabalho a proteção ao empregado é ponto de extrema importância, haja vista que independentemente da remuneração, não descaracteriza a posição de vulnerabilidade e hipossuficiência do trabalhador, não se admitindo que as partes conflitantes estejam em igualdade no momento em que optam pela arbitragem.

Isso, até mesmo em razão da natureza das verbas oriundas da relação de emprego, que são indisponíveis e irrenunciáveis, o que significa dizer que os direitos sociais dos trabalhadores assegurados na Constituição da República não podem ser dispostos livremente.

Ainda a própria Lei de Arbitragem (nº 9.607 de 1996) expressamente dispõe que somente direitos patrimoniais disponíveis podem ser objeto do procedimento arbitral, portanto, tendo em vista, a natureza jurídica dos direitos trabalhistas, não é viável considerar que o fato do empregado receber uma remuneração igual ou superior R\$12.867,14 (doze mil oitocentos e sessenta e sete reais e quatorze centavos), alteraria tal característica (BRASIL, 2021).

Já a respeito da inconstitucionalidade do artigo 507-A da CLT, sob a alegação de violação ao princípio constitucional da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, o pleno do Supremo Tribunal Federal já superou o tema ao decidir que a arbitragem é constitucional, passível de ser aplicada no Direito do Trabalho.

No entanto, o questionamento é que apesar do procedimento arbitral ser declarado constitucional, tal instituto nos contratos individuais trabalhistas é inviável, pois o empregado não fará por livre iniciativa, mas por necessidade, visto que é a parte vulnerável e hipossuficiente na relação empregatícia.

Nesse sentido, se no momento da admissão o empregado está em posição vulnerável, durante o pacto laboral a subordinação é muito mais intensa, de modo que, nos contratos já em curso também não será aplicável o procedimento arbitral.

Dessa forma, é possível vislumbrar que apesar da arbitragem ser um procedimento benéfico e constitucional, diante da natureza das verbas oriundas do contrato de trabalho e a desproporcionalidade entre empregador e empregado, a resolução da lide deve ser feita pela via judicial e não arbitral, a fim de preservar os direitos dos trabalhadores.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tratado Geral da Arbitragem Interno*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008 .
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 7 maio 2021.
- BRASIL. *Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 7 maio 2021.
- BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia (IBGE). *Síntese de indicadores sociais: Uma análise das condições de vida da população brasileira*. Rio de Janeiro: IBGE, 2020a . Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101760.pdf>. Acesso em: 10 maio 2021.
- BRASIL. *Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 6 maio 2021.
- BRASIL. *Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 7 maio 2021.
- BRASIL . *Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 7 maio 2021.
- BRASIL. *Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996* . Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm. Acesso em: 7 maio 2021.
- BRASIL . *Medida Provisória n.º 1.045, de 27 de abril de 2021* Institui o Novo Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas complementares para o enfrentamento das consequências da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19) no âmbito das relações de trabalho. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.045-de-27-de-abril-de-2021-316257308>. Acesso em: 7 maio 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG .reg. Reclamação 10.392. *Diário de Justiça Eletrônico*, Rio Grande do Sul, 13 abr. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1091267>. Acesso em: 7 maio 2021.

- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região (5. Turma). Recurso ordinário 0010125-84.2020.5.03.0012. Relator: Mauro César Silva, 24 de novembro de 2020. *Diário da Justiça Eletrônico*, 26 out. 2020b. Disponível em: <https://juris.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=1786>. Acesso em: 7 maio 2021.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (6. Turma). Agravo de instrumento 6179720125090022. Relator: Min. Augusto César Leite de Carvalho, 2 de outubro de 2019. *Diário da Justiça Eletrônico*, 4 out. 2019. Disponível em: <https://jurisprudenciabackend.tst.jus.br/rest/documentos/9f57201d672ca5c5f06a602e5fcd2964>. Acesso em: 7 maio 2021.
- CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas*. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- CÂNDIDO CARNEIRO, Patrícia Cavalcanti Furtado. *A utilização da arbitragem na solução de conflitos individuais de emprego: Uma abordagem acerca da legitimidade da privatização da justiça nas relações subordinadas de trabalho*. 2013. 110 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2013. Disponível em: http://www.unicap.br/tede//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=927. Acesso em: 5 maio 2021.
- CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Arbitragem: a Nova Lei Brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1997.
- CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. *Comentários à reforma trabalhista*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.
- DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO Mauricio Godinho. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- GONÇALVES, Tatiana de Oliveira. *Arbitragem em contratos: análise econômica*. 2010. 90 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito Milton Campos, Belo Horizonte, 2010.
- SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem: mediação*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- SILVA GERALDO, Gislene. *A arbitragem trabalhista no Brasil*. 2007. 194 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7492/1/Gisleine%20S%20Geraldo.pdf>. Acesso em: 10 maio 2021.
- SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à Reforma Trabalhista - Análise da Lei 13.467/2017 - Artigo por Artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 30, jul. 2005.

08

CAPÍTULO

O LIMITE DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DO TRABALHO E A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO § 2º DO ART. 8º DA CLT

LUCAS BELGA ANDRADE BORGES¹

KEILA ANDRADE ALVES RUBIANO²

GABRIELA OLIVEIRA FREITAS³

RESUMO

Este estudo pretende analisar os limites da atuação da Justiça do Trabalho e o alcance da interpretação da lei pelos Tribunais Trabalhistas, tendo em conta o § 2º do art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, incluído pela Lei n. 13.467/2017. Com a finalidade estudar a (in)constitucionalidade do referido dispositivo legal, serão abordados os sistemas jurídicos *Common Law* e *Civil Law*, o instituto da Tripartição dos Poderes e o denominado Ativismo Judicial. Será adotado o método dedutivo, por meio da pesquisa bibliográfica em livros e artigos publicados em revistas especializadas.

Palavras-chave: reforma trabalhista; lei n. 13.467/2017; justiça do trabalho; tribunais trabalhistas; ativismo judicial; tripartição de poderes .

ABSTRACT

This study intends to analyze the limits of the performance of the Labor Justice and the scope of the interpretation of the law by the Labor Courts, taking into account § 2º of art. 8º of the Consolidation of Labor Laws, included by Law n. 13,467 / 2017. In order, to study the (in)constitutionality of the referred legal provision, the Common Law and Civil Law legal systems, the Tripartition of Powers institute and the so-called Judicial Activism. The deductive method will be adopted, through bibliographic research of books and articles published in specialized journals were used.

Keywords: labor reform; law n. 13.467/2017; labor justice; labor courts; judicial activism; separation of powers .

1 Graduado em direito pela Universidade FUMEC (MG). E-mail: lucas.belga@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1540452566293042>.

2 Mestranda em Direito – Instituições Sociais, Direito e Democracia - PPGD da Universidade FUMEC (MG) e Assessora de Desembargador do TRT da 3ª Região. E-mail: keilaandradear@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3986159076132725>.

3 Doutora, Mestre e Especialista em Direito Processual pela PUC Minas. Especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela PUC Minas. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade FUMEC. Coordenadora-Adjunta do IMDP – Instituto Mineiro de Direito Processual. Diretora Institucional e de Comunicação do INPEJ - Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos. Assessora Judiciária do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. E-mail: freitasgaby@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4971454368506778>.

Como citar o presente artigo científico:

BORGES, Lucas Belga Andrade; RUBIANO, Keila Andrade Alves; FREITAS, Gabriela Oliveira. O limite da atuação do poder judiciário no âmbito da justiça do trabalho e a (in)constitucionalidade do § 2º do art. 8º da CLT. In: CAMARGOS, Laís Alves; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). Direito Processual Constitucional e sua Perspectiva Democrática. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2021, p. 137-152

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre os limites da atuação do Poder Judiciário no âmbito da Justiça do Trabalho, especialmente em relação à delimitação e ao legítimo alcance da interpretação da lei pelos Tribunais Trabalhistas e a (in)constitucionalidade do § 2º do art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (BRASIL, 1943), dispositivo incluído pela Lei n. 13.467/2017 (BRASIL, 2017), denominada Lei da Reforma Trabalhista, *in verbis*:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

[...]

§2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei. (BRASIL, 2017).

Este tema tem gerado controvérsias no âmbito doutrinário, havendo posicionamentos tanto no sentido da constitucionalidade do referido dispositivo legal, quanto no sentido de sua inconstitucionalidade. Pretende-se com esta pesquisa explicar os principais institutos jurídicos necessários para uma melhor compreensão do assunto, assim como abordar alguns tópicos e estudos importantes que podem auxiliar no esclarecimento da questão em debate.

Seguindo essa ideia, inicialmente realizou-se um panorama histórico dos principais sistemas jurídicos do ocidente, o *Common Law* e o *Civil Law*, abordando suas principais características e peculiaridades. Em seguida, foi realizado um estudo sobre a Tripartição dos Poderes, sua estruturação clássica e sua evolução até os tempos atuais. Neste mesmo passo, abordou-se o fenômeno do Ativismo Judicial, tema também essencial para a compreensão do problema em análise.

Assim, após aprofundar sobre esses pontos tão importantes para a solução da problemática discutida, foi analisado, de forma crítico-reflexiva, o § 2º do art. 8º da CLT (BRASIL, 1943) e sua possível inconstitucionalidade, chegando, então, a uma conclusão sobre o real limite de interpretação da lei pelos Tribunais Trabalhistas e se tal dispositivo normativo se enquadraria ou não em nosso ordenamento jurídico constitucional.

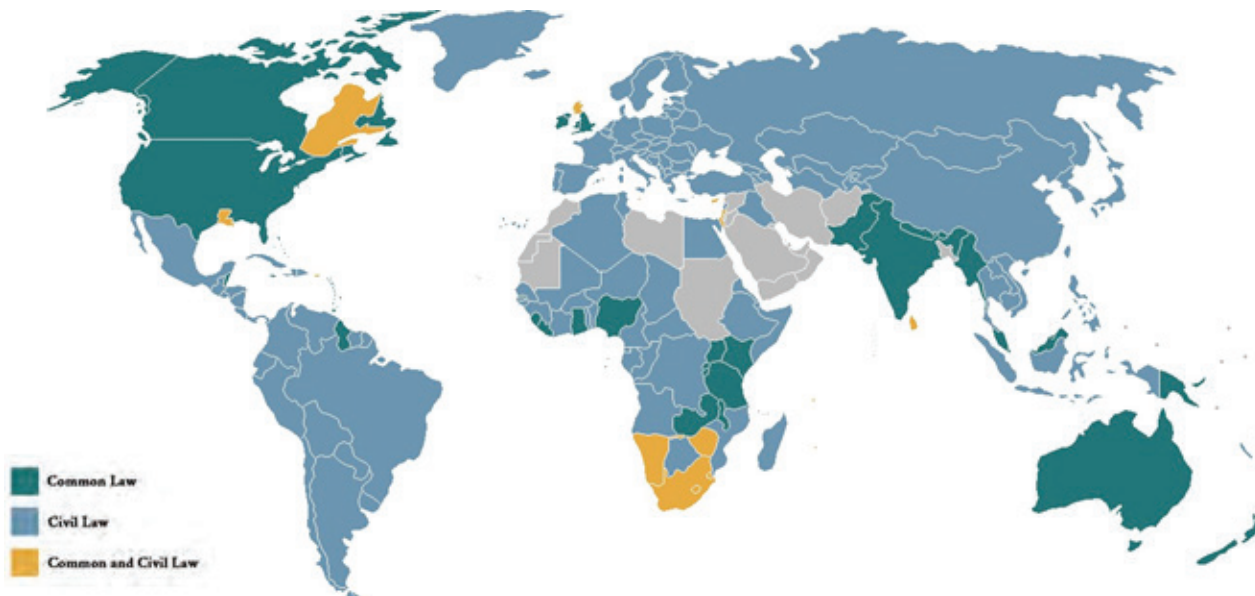
2 CIVIL LAW X COMMON LAW

O *Civil Law* e o *Common Law* são os dois principais sistemas jurídicos desenvolvidos no ocidente, sendo certo que a maior parte dos países, na atualidade, adota uma dessas duas tradições em seus ordenamentos jurídicos. Desse modo, a compreensão de como funcionam estes sistemas e a identificação de suas características e peculiaridades se tornam importantes para entender o direito e sua aplicação na contemporaneidade.

Luís Roberto Barroso, atual Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro, explica que o *Civil Law*, também conhecido como o direito da tradição romano-germânica, tem como base normas escritas e o direito legislado. Já o *Common Law*, também conhecido como direito costumeiro, originário do direito inglês, tem como base decisões de juízes e tribunais, consistindo o direito vigente no conjunto de precedentes judiciais. Após discorrer sobre cada um destes, Barroso ressalta que o direito ocidental se dividiu nessas duas grandes famílias, também chamados dos dois grandes sistemas (BARROSO, 2017, p. 70).

Logo abaixo, tem-se um mapa retirado de um estudo realizado por Julianne L. Gilland, professor da Universidade de Berkeley (*Berkeley University*), na Califórnia, que mostra quais países adotam o *Civil Law* e quais adotam o *Common Law* (GILLAND, 2010):

Figura 1: *Civil Law x Common Law*



Fonte: Gilland, 2010

2.1 SURGIMENTO DO CIVIL LAW E DO COMMON LAW

Julianne L. Gilland, em sua pesquisa, leciona que o *Common Law* surgiu na Inglaterra durante a idade média, tendo sido difundido em todas as colônias britânicas. Ressalta que o *Civil Law*, durante o mesmo período, se desenvolveu no continente europeu a partir do Direito Romano, se destacando em alguns países, como Portugal e Espanha, sendo disseminado nas colônias portuguesas e espanholas (GILLAND, 2010).

2.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS E PECULIARIDADES

De acordo com o professor Gilland, os países que adotam o *Common Law* geralmente não possuem tantos códigos e compilações sistematizadas de leis escritas. Apesar de terem alguns estatutos emanados pelo Poder Legislativo, o direito em si é aplicado e decidido majoritariamente com base em precedentes, ou seja, de acordo com o que já foi decidido anteriormente em casos semelhantes (GILLAND, 2010). Assim sendo, percebe-se que o Poder Judiciário, por meio de seus juízes e Tribunais, exerce um forte papel na formulação da lei e do direito nos países que adotam o sistema jurídico do *Common Law*.

No *Civil Law*, em contrapartida, Gilland aponta que os precedentes, de modo geral, possuem menos importância, e isso se deve à ampla codificação e sistematização das leis. Os países que adotam este sistema possuem vários códigos sistematizados e estatutos que continuamente precisam ser e estão sendo atualizados. O objetivo deste sistema é criar textos legais que versam sobre o máximo de situações e que visam abordar todas as possíveis matérias de litígios que poderiam eventualmente ser trazidas perante um juiz para a resolução de um conflito (GILLAND, 2010).

Logo, pode-se dizer que, ao contrário do *Common Law*, no *Civil Law* o papel do juiz seria mais restrito a identificar os fatos e a aplicar a tais fatos os dispositivos legais cabíveis, algo mais próximo da idealização de Montesquieu em sua Teoria Tripartite da separação de poderes, o que será mais aprofundado adiante (MONTESQUIEU, 2000). Neste passo, pode-se afirmar que, de certo modo, nos países que adotam o *Civil Law*, as decisões judiciais têm um peso menor na modulação e formação do direito quando em comparação com países que adotam o *Common Law*.

Desse modo, tendo como base essas principais diferenças entre os dois sistemas, é possível dizer que o sistema jurídico adotado por um país irá influenciar diretamente nos limites de atuação de cada um de seus poderes. Por consequência, torna-se igualmente importante analisar a questão da divisão de poderes, também chamada de divisão de funções, o que será feito mais adiante.

2.3 SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Antes de finalizar este tópico, é pertinente ressaltar que o Brasil, por motivos históricos, tendo sido colônia de Portugal, adota o sistema jurídico do *Civil Law*. Todavia, sobre tal questão, Mauro Schiavi faz uma interessantíssima e importante observação:

[...] existe uma tendência contemporânea de aproximação entre os sistemas do *common law* e *civil law*, considerando-se a força criativa do direito pelos Tribunais Superiores, que são as Cortes encarregadas de dar a palavra final sobre a interpretação da lei, e aplicar o resultado da interpretação para casos idênticos, como forma de racionalizar a atividade dos Tribunais, e impulsionar a aplicação isonômica da norma para todos que estão na mesma situação jurídica." (SCHIAVI, 2017, p. 61).

Diante dessa ideia, a aproximação entre os dois sistemas torna-se perceptível no Brasil, que vem adotando nos últimos anos institutos jurídicos típicos do *Common Law*.

Neste passo, e na mesma linha de Schiavi, Claudinei J. Göttems aponta que:

O Brasil, filiado ao sistema romano-germânico, que tem como fonte exclusiva a lei, tem se deparado com as alterações que procuram dar vinculação aos precedentes – em primeiro momento no aspecto horizontal, e, agora, com a verticalização vinculativa. (GÖTTEMS, 2007, p. 91).

No trecho acima, Göttems faz referência à súmula vinculante, que é um instituto jurídico originalmente do sistema do *Common Law*, tendo sido incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro tão somente em 2004, por meio da Emenda Constitucional n. 45 (BRASIL, 2004). Tra-

ta-se de um dos exemplos que demonstra essa aproximação do direito brasileiro (originalmente *Civil Law*, como já visto) com a tradição do *Common Law*.

Ainda sobre essa aproximação, Marcus Abraham também aponta a súmula vinculante, além de mencionar outros institutos que, da mesma forma, expressam a essência do *Common Law*, como da repercussão geral e dos recursos repetitivos, veja-se:

Isso se observa a partir da criação de institutos processuais como o da súmula vinculante, da repercussão geral e dos recursos repetitivos, que conferem maior força imperativa à jurisprudência dos tribunais superiores e confere-lhe status de fonte normativa a partir do fenômeno da “verticalização da jurisprudência dos tribunais superiores”, dando-se amplitude na utilização dos precedentes. (ABRAHAM, 2014, p. 2).

Em tópico próprio deste trabalho, serão abordadas mais profundamente as súmulas e as orientações jurisprudenciais, conceituando e explicando-as detalhadamente. Por enquanto, torna-se importante ressaltar apenas que, apesar de o Brasil ter adotado originalmente o sistema jurídico do *Civil Law*, nos últimos anos foram criados vários institutos processuais típicos do *Common Law*.

Neste diapasão, pode-se afirmar, ou ao menos cogitar, que essa tendência de aproximação levará eventualmente ao surgimento de um novo sistema jurídico, com características mescladas dessas duas grandes tradições estudadas.

3 A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

A noção de divisão dos poderes, como conhecida hoje em dia, foi inicialmente desenvolvida por Montesquieu, no livro Décimo Primeiro de “O Espírito das Leis” (MONTESQUIEU, 2000). Ao longo do tempo, sua ideia foi se transformando e evoluindo, mas, para compreender o sistema de divisão de poderes na atualidade, torna-se importante compreender seus fundamentos iniciais.

De acordo com a análise de Pedro Vieira Mota, o fundamento da divisão dos poderes, segundo a teoria clássica de Montesquieu, é de que todos os homens que detém poder são levados a abusar dele, a menos que encontrem algum limite. Por esse motivo, se faz imprescindível a divisão dos Poderes, para que cada Poder possa frear o outro e impedi-lo de cometer abusos (MONTESQUIEU, 2000, p. 25).

Neste sentido, Montesquieu desenvolveu sua doutrina tripartida, apontando a existência de três Poderes: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Em suas próprias palavras:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. **Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo ou do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o legislador.** Se estivesse junto com o Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. (MONTESQUIEU, 2000, p. 167, grifo nosso).

Apesar da sociedade e das instituições estatais atuais serem bem diferentes daquelas existentes na época de Montesquieu, a essência de seu pensamento continua a ser aplicável aos tempos modernos e, de fato, é aplicada (ou ao menos tentam aplicá-la) na maior parte dos países ocidentais e democráticos. No Brasil, logo no art. 2º da Constituição da República há previsão expressa do ideal da tripartição de poderes, *in verbis*: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988).

Assim, torna-se evidente que a divisão de poderes tripartida é um dos fundamentos básicos do estado-nação brasileiro. Inclusive, sobre esse tema, Luis R. Barroso diz que a “separação de Poderes é um dos conceitos seminais do constitucionalismo moderno, estando na origem da liberdade individual e dos demais direitos fundamentais” (BARROSO, 2017, p. 211).

Seguindo essa mesma lógica de Luís Roberto Barroso, pode-se afirmar que a separação de Poderes não se trata apenas de uma estrutura jurídica-política escolhida pelo Poder Constituinte, mas sim de um dos verdadeiros fundamentos de um Estado Democrático de Direito, uma vez que é o alicerce e a garantia da própria liberdade individual e dos demais direitos fundamentais. Como já mencionado, as sociedades contemporâneas e as instituições estatais atuais evoluíram e estão bem diferentes daquelas na época de Montesquieu, motivo pelo qual a Teoria Tripartite também evoluiu e foi se transformando bastante até os tempos atuais.

A respeito da questão, Marília Costa Barbosa leciona que houve uma revisão da Teoria da Separação dos Poderes, na qual o dogma clássico foi adaptado à realidade da necessária prestação estatal eficiente (BARBOSA, 2006, p. 14). Ela ainda ressalta que:

A Teoria da Separação dos Poderes, na época presente, conserva a atribuição das funções legislativa, executiva e judiciária a órgãos especializados, que possuem autonomia organizacional e não estão subordinados uns aos outros para o regular desempenho de suas funções típicas, devendo guardar obediência apenas à Constituição e às leis. Contudo, passou a admitir interferências recíprocas entre os poderes e o exercício de funções atípicas por cada um, dentro dos limites expressos na Constituição. (BARBOSA, 2006, p. 15).

Ao final do estudo supramencionado, Marília C. Barbosa sustenta e faz sua conclusão na mesma linha de Luis Roberto Barroso, citado no início deste tópico, de que a Teoria da Separação dos Poderes continua gozando de prestígio, sendo considerada uma das mais sublimes garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito (BARBOSA, 2006).

Desse modo, partindo dessa ideia primordial da Teoria da Separação dos Poderes, assim como de suas nuances e transformações na modernidade, nas quais se passou a admitir interferências recíprocas entre os poderes e o exercício de funções atípicas por cada um (dentro dos limites expressos na Constituição), pode-se seguir o presente estudo com o intuito de buscar uma conclusão sobre até onde vai o limite de interferência de um poder no outro.

Nesse passo, e por meio do desenvolvimento dessa linha de raciocínio, será possível compreender melhor os próprios limites de atuação do Poder Judiciário no âmbito da Justiça do Trabalho, assim como a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do § 2º do art. 8º da CLT (BRASIL, 1943).

4 ATIVISMO JUDICIAL

O Ativismo Judicial é um fenômeno moderno na história do Direito, sendo esse um tema de fundamental importância para se compreender melhor qual seria o equilíbrio ideal da divisão de poderes, assim como os limites de atuação do Poder Judiciário. Sobre as origens do termo, Luiz F. Gomes explica que:

O ativismo judicial foi mencionado, pela primeira vez (cf. M. Pereira, em O Globo de 21.03.09, p. 4), em 1947, pelo jornalista americano Arthur Schlesinger, numa reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos. Para ele há ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos. Como se vê, o conceito de ativismo judicial que acima utilizamos não coincide exatamente com o que acaba de ser descrito. Se a Constituição prevê um determinado direito e ela é interpretada no sentido de que esse direito seja garantido, para nós, isso não é ativismo judicial, sim, judicialização do direito considerado. **O ativismo judicial vai muito além disso: ocorre quando o juiz inventa uma norma, quando cria um direito não contemplado de modo explícito em qualquer lugar, quando inova o ordenamento jurídico.** (GOMES, 2009, grifo nosso).

Já de acordo com Rogério G. Leal, Ativismo Judicial seria a “mutação normativa e social pela via de soluções de casos concretos pelo Judiciário [...]” (LEAL, R.; LEAL, M., 2011, p. 135). Nesse mesmo sentido, Luís R. Barroso entende que:

[...] a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, nem sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios. [...]. (BARROSO, 2012, p. 442-443).

Barroso ainda aponta que o ativismo é uma atitude proativa na hora de interpretar a Constituição, expandindo o sentido e o alcance que até então se instalava. Afirma que este tipo de ativismo ocorre no Brasil frequentemente em situações de retração do Poder Legislativo, assim como quando há um “certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.” (BARROSO, 2012, p. 25).

Na Justiça do Trabalho, que é o foco desta pesquisa, também é possível observar essa mesma lógica, ora apontada pelo Ministro Luís R. Barroso. Ela torna-se perceptível ao se analisar algumas súmulas e orientações jurisprudenciais elaboradas pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) e pelos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT).

Se o Ativismo Judicial implica em uma participação mais intensa do Poder Judiciário na aplicação de princípios e valores constitucionais, de modo que a amplitude de sua atuação acaba crescendo em relação aos outros dois poderes, torna-se evidente que tal ativismo também está presente no âmbito da Justiça do Trabalho. Tanto isso é verdade que, por meio da Lei da Reforma Trabalhista foi acrescentado o parágrafo 2º ao art. 8º da CLT (BRASIL, 2017), objeto específico deste estudo, estabelecendo uma restrição ao Poder Judiciário (no caso, especificamente a Justiça do Trabalho) em criar súmulas e outros enunciados de jurisprudência por intermédio de seus Tribunais, caso estas restrinjam direitos legalmente previstos ou criem obrigações não previstas em lei.

Ora, se não existisse certo Ativismo Judicial, conforme conceituado acima, na Justiça do Trabalho, ou ao menos uma atitude similar, por óbvio que não teria sido criado o dispositivo legal em análise. Essa conclusão surge a partir da simples reflexão: por que criar um dispositivo legal coibindo uma conduta que não acontece?

Assim, torna-se claro que o referido dispositivo jurídico incluído pela Lei da Reforma Trabalhista possui a intenção de frear o ativismo presente nos Tribunais Trabalhistas. Exatamente sobre isto e nesse mesmo sentido, Antônio Umberto de Souza Junior afirma:

Uma das regras estratégicas do plano da reforma trabalhista no Brasil é a proibição da criação de obrigações ou restrição de direitos legalmente previstos por meio de súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo TST [...] A pretensão de limitar a jurisprudência protetiva emanada pelo TST foi um dos objetivos claros da Reforma Trabalhista [...]. (SOUZA JUNIOR, 2017, p. 18).

Cabe ressaltar novamente o pensamento de Luís R. Barroso, citado no início deste tópico, de que o Ativismo Judicial associa-se a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais (BARROSO, 2017, p. 321). E, seguindo essa linha de pensamento, importante ponderar que o termo Ativismo Judicial, em que pese ser, às vezes, utilizado como uma crítica ao Judiciário, não deixa de ser, muitas outras vezes, um fenômeno necessário para concretizar certos princípios e valores estabelecidos pela Constituição.

Neste sentido, o Barroso leciona que, frequentemente, devido a um contraste de interesses entre a classe política e a própria sociedade civil, surge um impedimento para que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (BARROSO, 2012, p. 25).

Ora, se há uma demanda social não atendida e na qual há respaldo de preceitos constitucionais para sua garantia, o Ativismo Judicial aparece como uma alternativa de solucionar tal carência jurídica. Lembrando que, o Ativismo Judicial em muitas situações aparece como uma mera ocupação de espaços vazios (BARROSO, 2012, p. 443), conforme já apontado anteriormente.

Em virtude do exposto, é possível considerar o Ativismo Judicial como uma medida necessária em algumas situações, desde que com ele o Poder Judiciário não extrapole os seus limites de atuação. Também é importante relembrar que, conforme explicado no tópico anterior, na acepção atual da Teoria da Separação dos Poderes, passou-se a admitir interferências recíprocas entre os poderes e o exercício de funções atípicas por cada um deles, desde que dentro dos limites expressos na Constituição da República.

5 SÚMULAS, ORIENTAÇÕES JURISPRUDÊNCIAIS E A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO §2º DO ART. 8º DA CLT

A Lei n. 13.467/2017 (BRASIL, 2017), conhecida como Lei da Reforma Trabalhista, entre várias outras alterações impactantes que realizou no ordenamento jurídico juslaboral brasileiro, inovou acrescentando o § 2º do art. 8º da CLT, *in verbis*:

§ 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei. (BRASIL 2017).

Em que pese o Brasil siga a tradição do *Civil Law* (e, portanto, como visto anteriormente, o Direito é majoritariamente criado pela lei escrita e positivada), os Tribunais (tanto o TST como os TRTs) podem, por meio de suas interpretações a respeito do ordenamento jurídico, diante de casos concretos, criar teses paradigmas para que sejam aplicadas em outros casos em que se discuta a mesma questão (SCHIAVI, 2017, p. 62).

Isso ocorre por meio da criação de súmulas e de orientações jurisprudenciais, que são enunciados, ou seja, pequenos resumos, elaborados pelos Tribunais a respeito de sua jurisprudência. Basicamente, trata-se da síntese da tese adotada em vários casos em que a mesma matéria foi julgada de acordo com o entendimento firmado e ora sumulado.

Tais enunciados não possuem caráter vinculante, e, assim sendo, não obrigam as instâncias inferiores a aplicá-los. Desse modo, funcionam mais como uma orientação, como um guia, com o intuito de pacificar (ou ao menos tentar) a jurisprudência.

A respeito do tema, Fabio Túlio Correia Ribeiro leciona que as súmulas “embora não tivessem declaradamente efeito vinculante, tinham e têm efeito de persuasão das instâncias inferiores” (RIBEIRO, 2017, p. 135). Ainda, sobre o § 2º do art. 8º da CLT, Fábio. T. C. Ribeiro complementa:

O dispositivo é uma platitude que, na verdade, revela a desconfiança, pelo legislador, do Judiciário Trabalhista, sobretudo do Tribunal Superior do Trabalho, cuja jurisprudência firma-se em súmulas e enunciados e orientações que, embora não tivessem declaradamente efeito vinculante, tinham e têm efeito de persuasão das instâncias inferiores. (RIBEIRO, 2017, p. 135).

Assim, ao analisar o § 2º do art. 8º da CLT (BRASIL, 1943), acrescido pela Reforma Trabalhista, percebe-se claramente que seu objetivo foi limitar a atuação dos Tribunais trabalhistas ao formularem seus enunciados como “guias” da jurisprudência.

Nesse mesmo sentido, o entendimento de Antônio Umberto de Souza Junior, já mencionado anteriormente, de que “a pretensão de limitar a jurisprudência protetiva emanada pelo TST foi um dos objetivos claros da Reforma Trabalhista [...]” (SOUZA JUNIOR, 2017, p. 18). E exatamente sobre essa pretensão em limitar a jurisprudência dos Tribunais Trabalhistas, Antônio Umberto aprofunda mais, esclarecendo que:

[...] as relações de trabalho são extremamente dinâmicas, cabendo ao Direito do Trabalho civilizar a relação entre capital e trabalho. Com isso, as aspirações e demandas que surgem devem ser resolvidas pelo ordenamento jurídico, como meio de pacificação social. Assim sendo, a confirmação de existência de uma lacuna normativa autoriza a utilização de diversos mecanismos de integração da norma, como princípios, analogia e equidade (caput do art. 8º da CLT). Deste modo, a busca do equilíbrio na solução de um conflito poderá levar tanto a interpretações ampliativas quanto a restritivas, que não são inventadas, mas descobertas pelo intérprete. Nesta perspectiva, seria juridicamente insensato

querer impedir que o intérprete possa restringir ou ampliar um direito para atender ao interesse público, à razoabilidade e aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa [...]. (SOUZA JUNIOR, 2017, p. 18).

Seguindo essa mesma perspectiva e linha do autor acima, Mario Schiavi conclui que o §2º do art. 8º da CLT é inconstitucional “por impedir a livre interpretação e aplicação do direito pelos Tribunais Trabalhistas, inibir a eficácia dos direitos fundamentais, bem como dos princípios constitucionais” (SCHIAVI, 2017, p. 58).

Como já visto e ressaltado em tópico anterior, a Teoria da Separação dos Poderes, em sua acepção atual, passou a admitir interferências recíprocas entre os poderes e o exercício de funções atípicas por cada um (BARBOSA, 2006). Todavia, não é possível considerar que isso inclua a possibilidade de o Poder Legislativo restringir a atuação do Poder Judiciário em sua organização estrutural.

No Glossário de Termos Jurídicos do TRT da 2ª Região, tem-se a seguinte definição de súmula: “Súmula – resumo da interpretação pacificada ou majoritária adotada por um Tribunal a respeito dos diversos temas. Pode ser utilizada também para identificar um verbete de determinado assunto do conjunto da jurisprudência pacificada” (SÃO PAULO, 2017).

Neste passo, a súmula (assim como as orientações jurisprudenciais) é um instituto próprio do Poder Judiciário, tendo como objetivo facilitar a verificação dos entendimentos adotados pelos Tribunais em uma determinada matéria. Também configura uma excelente ferramenta para resolver o problema da insegurança jurídica, uma vez que as instâncias inferiores, apesar de não vinculadas, tendem, como já visto, a adotar o entendimento firmado pelas instâncias superiores.

De todo modo, restringir a liberdade dos Tribunais na criação de súmulas e enunciados não irá impedir que os juízes de primeira instância julguem uma demanda em um determinado sentido (ampliando ou restringindo direitos/deveres em um caso específico, fundamentando tal decisão de acordo com princípios constitucionais, com a analogia ou com outro método que atenda as peculiaridades do caso concreto). Também não impedirá que tal entendimento do juízo de primeiro grau seja mantido nas instâncias superiores.

Neste aspecto, portanto, o § 2º do art. 8º de CLT (BRASIL, 1943) não cumpriria nem sequer sua real intenção, mas apenas impediria a organização dos Tribunais em tentar pacificar uma matéria que esteja, possivelmente, gerando controvérsias na jurisprudência. Por esse motivo, o dispositivo em análise acaba se mostrando como um real empecilho a possíveis tentativas dos Tribunais em alcançar uma maior segurança jurídica por meio de suas súmulas e orientações jurisprudenciais.

Ainda assim, “[...] deverá o Poder Judiciário Trabalhista seguir interpretando a lei conforme a constituição da República e em atenção aos Princípios de Direito do Trabalho.” (ALVES, 2018, p. 27).

Impende ressaltar que a ausência de súmula, como já dito, não impedirá os Tribunais de julgar determinados casos ampliando ou restringindo direitos legalmente previstos ou até mesmo criando obrigações que não estejam previstas expressamente em lei. Nesse sentido, Mauro Schiavi elucida que:

Atualmente, o sistema constitucional brasileiro, fruto do Estado Social, reconhece a liberdade de convicção do magistrado como sendo não só uma garantia da cidadania, mas também um pilar de sustentação do regime democrático de tripartição de poderes [...] livre para realizar interpretações construtivas e evolutivas do direito, a partir dos princípios constitucionais, com a finalidade de encontrar equilíbrio entre a livre- iniciativa e a dignidade da pessoa humana. (SCHIAVI, 2017, p. 59).

Deste modo, considerando os fundamentos apresentados, assim como todos os demais argumentos expostos neste trabalho, demonstra-se certo o posicionamento de Mauro Schiavi de que o § 2º do art. 8º da CLT (BRASIL, 1943) é inconstitucional.

Além da inconstitucionalidade pelo impedimento “da livre interpretação e aplicação do direito pelos Tribunais Trabalhistas” (SCHIAVI, 2017, p. 58), defendida por Schiavi, é possível apontar, também como razão de inconstitucionalidade, a violação do princípio da tripartição dos poderes, preceito constitucional previsto no art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), pois, ao restringir a atuação da Justiça do Trabalho na criação de súmulas e enunciados, o Legislativo estaria se impondo na organização estrutural interna do Judiciário, o que não se demonstra razoável.

6 SÚMULAS QUE CRIAM/RESTRIGEM DIREITOS/DEVERES

A Reforma Trabalhista, “ao tentar inibir a missão pacificadora de jurisprudência trabalhista, andou mal, pois coibirá tanto enunciados com viés protetivo quanto aqueles que restringem o direito do trabalhador [...]” (SOUZA JUNIOR, 2017, p. 20).

Por reputar pertinente ao estudo realizado neste trabalho, à título de exemplo, seguem abaixo algumas súmulas do TST comentadas:

Súmula nº 443 do TST

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego. (BRASIL, 2012).

A Súmula 443 do TST estabelece que a demissão do empregado portador de HIV ou de outra doença grave é presumidamente discriminatória. Trata-se de uma presunção relativa, ou seja, admite-se prova em contrário, sendo, portanto, possível ao empregador tentar demonstrar que a demissão não teve razões discriminatórias, o que, na prática, se torna muitas vezes difícil ou até mesmo impossível de se provar.

Bruno Klippel explica que a Súmula 443 do TST não cria a estabilidade do empregado portador de HIV ou doença grave, já que a estabilidade provisória teria que ser criada por lei, tal como ocorre com o dirigente sindical e a gestante. Todavia, se o empregado portador de doença grave ou HIV é demitido, possui ele o direito à reintegração no emprego, por ter sido

presumidamente discriminado, permanecendo tal direito até que seja produzido prova em contrário por sua empregadora (KLIPPEL, 2013, p. 485).

Súmula nº 377 do TST

PREPOSTO. EXIGÊNCIA DA CONDIÇÃO DE EMPREGADO (nova redação) - Res. 146/2008, DJ 28.04.2008, 02 e 05.05.2008

Exceto quanto à reclamação de empregado doméstico, ou contra micro ou pequeno empresário, o preposto deve ser necessariamente empregado do reclamado. Inteligência do art. 843, § 1º, da CLT e do art. 54 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. (BRASIL, 2008).

Inicialmente, importante apontar que a Súmula 377 do TST, com o advento da Reforma Trabalhista, não é mais aplicável. Todavia ela é um ótimo exemplo para elucidar um pouco mais a discussão deste trabalho.

A referida súmula estabelecia que o preposto da reclamada obrigatoriamente deveria ser um de seus empregados (com exceção de reclamação de empregado doméstico ou contra micro ou pequeno empresário), sendo certo que isso passou a ser uma obrigação não instituída pela lei, mas sim pela jurisprudência. Tal situação exemplifica perfeitamente o que o § 2º do art. 8º da CLT (BRASIL, 1943) busca evitar.

Klippel explica que a intenção da súmula foi de acabar com a insegurança jurídica que reinava na Justiça do Trabalho quanto à matéria em questão, pois haviam vários posicionamentos divergentes sendo aplicados pelos juízes de primeiro grau, que ora aceitavam apenas prepostos empregados e ora aceitavam terceiros (KLIPPEL, 2013, p. 379).

Súmula nº 171 do TST FÉRIAS PROPORCIONAIS. CONTRATO DE TRABALHO. EXTINÇÃO (republicada em razão de erro material no registro da referência legislativa), DJ 05.05.2004. Salvo na hipótese de dispensa do empregado por justa causa, a extinção do contrato de trabalho sujeita o empregador ao pagamento da remuneração das férias proporcionais, ainda que incompleto o período aquisitivo de 12 (doze) meses (art. 147 da CLT) (ex-Prejulgado nº 51). (BRASIL, 2004).

A Súmula 171 do TST pacificou o entendimento de “descabimento de indenização das férias proporcionais da despedida por justa causa” (SOUZA JUNIOR, 2017, p. 19). Klippel leciona que quando o contrato de trabalho é rescindido antes de se completar o período aquisitivo (ou seja, antes de se completar 12 meses consecutivos), serão devidas as férias proporcionais, que devem ser remuneradas com o acréscimo de 1/3. Deste modo, para cada mês trabalhado (ou para cada fração de mês superior a 15 dias), o empregado terá direito a 1/12 de férias proporcionais. Klippel ainda exemplifica que “caso o vínculo de emprego venha a extinguir-se após 7 (sete) meses, fará jus o empregado à percepção de 7/12 de férias proporcionais [...]” (KLIPPEL, 2013, p. 178).

Todavia, conforme o entendimento exposto na Súmula 171 do TST, caso a rescisão do contrato de trabalho seja por justa causa, não serão devidas as férias proporcionais, “[...] pois a justa causa do empregado lhe retira tais verbas, assim como o aviso prévio, 13º proporcional e 40% do FGTS.” (KLIPPEL, 2013, p. 179).

Súmula nº 129 do TST CONTRATO DE TRABALHO. GRUPO ECONÔMICO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário. (BRASIL, 2003).

A Súmula 129 do TST estabelece a “formação, como regra, de um único contrato de trabalho, diante da prestação de serviços a várias empresas do mesmo grupo econômico” (SOUZA JUNIOR, 2017, p. 19). Assim, com a referida súmula instaurou-se a possibilidade de um empregado prestar serviços a várias empresas de um mesmo grupo econômico, sem que seja considerada a existência de mais de um contrato de trabalho (KLIPPEL, 2013, p. 154).

Da mesma forma que as súmulas mencionadas anteriormente, a Súmula 129 do TST também é fruto de uma criação jurídica em virtude de entendimento jurisprudencial, não havendo expressa previsão em lei quanto à tal matéria.

Enfim, todas as súmulas supramencionadas iriam contra a previsão normativa do § 2º do art. 8º da CLT (BRASIL, 1943), no que tange à circunstância de que não poderão “[...] restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei” (BRASIL, 2017). Todavia as duas primeiras súmulas citadas apresentam um entendimento mais benéfico ao empregado e as duas últimas um entendimento mais favorável ao empregador.

7 CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, com o objetivo de analisar o legítimo alcance da interpretação da lei pelos Tribunais Trabalhistas e a (in)constitucionalidade do § 2º do art. 8º da CLT (BRASIL, 1943), foram abordados vários temas e institutos importantes para se chegar a uma conclusão mais certa sobre a problemática ora discutida e estudada.

Ao se fazer um panorama histórico dos principais sistemas jurídicos do ocidente, foi possível verificar que, em virtude de suas diferenças, características e peculiaridades, nos países que adotam o *Civil Law*, as decisões judiciais têm um peso menor na modulação e formação do direito quando em comparação com os países que adotam o *Common Law*.

No Brasil, em que pese ter sido adotado originalmente o sistema jurídico do *Civil Law*, nos últimos anos foram criados institutos processuais típicos do *Common Law*, de modo que se pôde notar uma tendência de aproximação dos dois sistemas.

Nesse mesmo viés, abordou-se a Teoria da Tripartição de Poderes, desde o seu fundamento inicial segundo a teoria clássica de Montesquieu, até a acepção atual da Teoria Tripartite, que admite interferências recíprocas entre os poderes e o exercício de funções atípicas por cada um. Nesse tópico, foi possível concluir e apontar que a divisão de poderes se constitui um dos fundamentos básicos do estado-nação brasileiro, sendo a origem de vários direitos fundamentais.

Ao aprofundar sobre a temática do Ativismo Judicial, observou-se que muitas vezes ele aparece como uma medida necessária para solucionar carências jurídicas de uma determinada demanda social não atendida, mas na qual há respaldo de preceitos constitucionais para sua garantia. E, por isso, foi apontada a sua importância.

Finalmente chegou-se ao cerne do problema que deu origem a este trabalho, ou seja, a análise do § 2º do art. 8º da CLT (BRASIL, 1943), acrescido pela Lei n. 13.467/2017 (BRASIL, 2017), os limites da interpretação do direito pelos Tribunais Trabalhistas e a possível inconstitucionalidade do referido dispositivo legal.

Nesse ponto, percebeu-se que um dos objetivos da Lei n. 13.467/2017 (BRASIL, 2017) foi limitar a atuação dos Tribunais Trabalhistas ao formularem seus enunciados jurisprudenciais. Todavia, mesmo tendo em vista a acepção atual da Teoria da Separação dos Poderes, concluiu-se ser insensato cogitar a possibilidade do Legislativo restringir a atuação do Judiciário em sua organização estrutural, qual seja, a formulação de súmulas.

Essa restrição representa uma violação do princípio da tripartição dos poderes, preceito constitucional previsto no art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988). Isso porque, ao restringir a atuação da Justiça do Trabalho na criação de súmulas e de enunciados, o Poder Legislativo está se impondo na organização estrutural interna do Poder Judiciário, o que não se mostra pertinente em um Estado Democrático de Direito.

De todo modo, restringir a liberdade dos Tribunais na criação de súmulas e de enunciados não irá impedir que os juízes de primeira instância julguem uma demanda em um determinado sentido (ampliando ou restringindo direitos/deveres em um caso específico, fundamentando tal decisão de acordo com princípios constitucionais, com a analogia ou com outro método que atenda as peculiaridades do caso concreto). Também não impedirá que esse entendimento do juízo de primeiro grau seja mantido nas instâncias superiores.

Conclui-se que, neste aspecto, portanto, o § 2º do art. 8º de CLT, além de não cumprir sua real intenção, impede os Tribunais do Trabalho de buscarem a pacificação de uma matéria que esteja, possivelmente, gerando controvérsias na jurisprudência.

Dessa forma, o dispositivo em análise se revela como um real empecilho a possíveis tentativas dos Tribunais em alcançar uma maior segurança jurídica por meio de suas súmulas e orientações jurisprudenciais, sendo certa a sua inconstitucionalidade, seja por impedir a livre interpretação e aplicação do direito pelos Tribunais Trabalhistas, inibindo a eficácia dos direitos fundamentais, seja pela violação do princípio da tripartição dos poderes, preceito constitucional previsto no art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988).

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. Common Law e os precedentes vinculantes na jurisprudência tributária. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 34, n. 1, 2014, p. 145-167.

ALVES, Amauri Cesar; LEITE, Rafaela Fernandes. *Reforma Trabalhista: comentários à Lei 13.467/2017*. Belo Horizonte: Conhecimento Jurídico, 2018.

BARBOSA, Marília Costa. Revisão da Teoria da Separação dos Poderes do Estado. *Revista Científica Faculdade Lourenço Filho*, Fortaleza, v. 5, n. 1, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e legitimidade democrática. *Synthesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 2 abr. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 abr. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 5 jan. 2021.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 45*. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 2 abr. 2021

BRASIL. *Lei nº 13.467, de 13 de julho 2017*. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm#art1. Acesso em: 2 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 129*. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, 2003. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_101_150.html#SUM-129. Acesso em: 2 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 171*. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, 2004. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_151_200.html#SUM-171. Acesso em: 2 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 377*. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, 2008. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-377. Acesso em: 2 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 443*. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, 2012. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-443. Acesso em: 2 abr. 2021.

GILLAND, Dr. Julianne L. The Common Law and the Civil Law traditions. The Robbins Religious and Civil Law Collection. *School of Law (Boalt Hall)*, Berkeley, 2010. Disponível em: <https://www.law.berkeley.edu/library/robbins/CommonLawCivilLawTraditions.html>. Acesso em: 5 abr. 2021.

GOMES, Luiz Flávio. *O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes*. São Paulo: Carta Forense, 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/amp/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>. Acesso em: 12 abr. 2021.

GOTTEMS, Claudinei J.; BORGES, Rodrigo Lanzi. *Súmula Vinculante: A influência da common law no sistema jurídico brasileiro*. Paraíba: Prima Facie, 2007. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/4416/3327>. Acesso em: 2 abr. 2021.

KLIPPEL, Bruno. *Direito sumular esquematizado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônica Clarissa Hennig (Org.). *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e européias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIBEIRO, Fabio Túlio Correia. A reforma trabalhista sob a ótica da cláusula de vedação ao retrocesso social, observada a força centrípeta das contingências econômicas: um novo round de uma velhíssima batalha. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 83, n. 4, out./dez. 2017. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/128092?locale-attribute=pt_BR. Acesso em: 2 abr. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. *Glossário de termos jurídicos*. São Paulo, 2017. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/consultas/221-pagina-principal/atendimento-e-servicos-trt2/1422-glossario-de-terminos-juridicos>. Acesso em: 2 abr. 2021.

SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n 13.467/17*. São Paulo: LTr, 2017.

SOUZA JUNIOR, Antônio Umberto de. *Reforma Trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: Rideel, 2017.

09

CAPÍTULO

A REFORMA TRABALHISTA COMO MEIO DE COMBATE AO ATIVISMO JUDICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO

BETINA ARAÚJO DIEGUEZ COUTO¹
THAMYRIS BARBOSA XAVIER AVILA²
PAULO MÁRCIO REIS SANTOS³

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar como a Lei 13.467/2017, denominada “Reforma Trabalhista”, pode contribuir para desacelerar o ativismo judicial na Justiça do Trabalho. Perpassa-se primeiramente pelo Direito Constitucional, a fim de demonstrar a importância da repartição de poderes e como esta ocorre na prática. Desta forma, foi possível abordar o conceito de ativismo judicial de forma crítica, expondo os motivos pelos quais este é prejudicial não somente ao ordenamento jurídico brasileiro, como também a todo o princípio federativo, que introduz a repartição de poderes. Ainda, exploram-se as principais manifestações do ativismo judicial na atuação do Tribunal Superior do Trabalho, sobretudo em súmulas por este editadas, que contenham a criação de obrigações e restrição de direitos das partes, sejam estas empregados ou empregadores.

Palavras-chave: justiça do trabalho; ativismo; súmula; jurisprudência.

ABSTRACT

The objective of this paper will be to analyse how Law 13.467/2017, popularly known as “Labor Reformulation” is able to contribute for the slowdown of the judicial activism on the Labor Justice. At first, it will be important to bring the Constitutional Law to the discussion, to demonstrate the importance of allocation of powers, and how it happens in reality. Thus, it will be possible to approach the concept of judicial activism in a critical manner, exposing the reasons why it is injurious not only to Brazilian Law as a whole, but also to the federation principle, which introduces the allocation of powers. Furthermore, the main symptoms of the judicial activism on the performance of the Superior Court of Labor will be explored, mainly on its Jurisprudential Precedents, which contain the creation of obligations or the restraint of rights of the parties, whether they are employers or employees.

Keywords: labor justice; activism; summary; jurisprudence.

- 1 Pós graduanda em Compliance e Integridade Corporativa pela PUC/MG. Graduada em Direito pela Universidade FUMEC. Advogada. E-mail: betinadiequez@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7309058400718053>.
- 2 Mestranda em Direito Público pela Universidade FUMEC (2021). Pós-graduada em Direito Constitucional e Políticas Públicas pela Faculdade Internacional Signorelli (2020). Graduada em Direito pela Universidade FUMEC (2017). Advogada Trabalhista. E-mail: thamyrisxavier@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4571514731331933>.
- 3 Sócio-fundador da PMRS Advocacia e Consultoria. Professor no Programa de Mestrado em Direito da Universidade FUMEC. Bacharel em Direito pela Universidade FUMEC. Doutor e Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Diplomado no Curso de Relações Internacionais do Instituto Legislativo Brasileiro (Senado Federal). Professor universitário e pesquisador. E-mail: paulo.marcio@fumec.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8117691847816487>.

Como citar o presente artigo científico:

COUTO, Betina Araújo Dieguez; AVILA, Thamyris Barbosa Xavier; SANTOS, Paulo Márcio Reis. A reforma trabalhista como meio de combate ao ativismo judicial na justiça do trabalho. In: CAMARGOS, Laís Alves; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). Direito Processual Constitucional e sua Perspectiva Democrática. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2021, p. 153-165

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo analisar como a Lei 13.467/2017, popularmente denominada “Reforma Trabalhista” poderá ser mecanismo de combate ao ativismo judicial na Justiça do Trabalho, sobremaneira no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Destarte, será necessário explorar o pacto federativo, que introduz o princípio da repartição de poderes. Será analisado como os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário devem agir como freios e contrapesos uns dos outros, de forma a garantir a inexistência de quaisquer abusos de poder do Estado frente aos seus cidadãos.

Por outro lado, considerando ser este trabalho voltado à atuação do Tribunal Superior do Trabalho, será apresentado o conceito de súmula, vez que este é o principal instrumento pelo qual o ativismo judicial se manifesta no âmbito do referido Tribunal.

Far-se-á imprescindível também expor e analisar o conceito de ativismo judicial, diferenciando-o ainda do conceito de judicialização. Isto porque, enquanto a judicialização exprime atuação do Poder Judiciário dentro de suas atribuições, a fim de concretizar as garantias fundamentais do indivíduo, do ativismo judicial pode-se exprimir transgressão do pacto federativo pelo Poder Judiciário.

Demonstrar-se-á, ainda, exemplos claros de situações em que o Tribunal Superior do Trabalho agiu além das funções que lhe foram atribuídas, editando normas e criando obrigações relacionadas ao Direito do Trabalho – obrigações estas que, por serem compulsórias e abstratas, são de competência do Poder Legislativo.

Por fim, será explorada a maneira pela qual a Lei 13.467/2017, especialmente em seu artigo 8º §2º, busca frear a atuação ativista do Tribunal Superior do Trabalho, impondo que este observe suas funções constitucionalmente previstas, de forma a não criar, tampouco restringir direitos que não estejam previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

A metodologia adotada no presente trabalho foi a pesquisa jurídica, valendo-se de livros, artigos, teses e dissertações, além de leis e súmulas em sua íntegra.

2 O PRINCÍPIO FEDERATIVO E A REPARTIÇÃO DE PODERES

A Constituição da República, ao estabelecer o Estado Democrático de Direito em seu artigo 1º, visou a alcançar um Estado de Direito no qual, o governo deve se submeter às leis tanto quanto o povo governado.

Para que seja alcançada tal situação, é necessário que a própria Constituição da República estabeleça diretrizes e princípios a serem seguidos, a exemplo de seus artigos 1º e 2º.

Enquanto o artigo 1^o preleciona fundamentos para que a democracia se faça ativa, o artigo 2^o firma a divisão de poderes da União: Legislativo, Executivo e Judiciário, que deverão ser independentes e harmônicos entre si (BRASIL, 1988).

Desse modo, introduz-se a importante teoria dos freios e contrapesos, também denominada *checks and balances*. Nela, a ideia basilar da separação dos governos em três poderes é que um possa agir em contraponto aos demais, impedindo que haja abuso de poder sob qualquer ótica. (FERREIRA FILHO, 2014).

Neste sentido, importante destacar que o termo “poder” não é considerado adequado ao conceito que possui. Isto porque, para se identificar cada um dos poderes, deve-se, na realidade, identificar qual a função exercida por cada um destes. (MACHADO, 2000).

Tão fundamental é a separação de poderes (ou funções) para o regular funcionamento do Estado Democrático de Direito que, além do artigo 2^o, supracitado, tem-se também o artigo 60, §4^o, III, da Constituição da República⁶, solidificando tal princípio como cláusula pétrea.

Nesse passo, para que os poderes possam agir da forma idealizada, é imprescindível que haja uma clara delimitação de atividades e funções – típicas e atípicas – pois, somente dessa forma poderá ser verificado se houve exceção e abuso. Se um dos poderes desempenhar funções além daquelas que lhe foram atribuídas, cabe aos demais atuar na reversão e correção de tais situações.

3 FUNÇÕES TÍPICAS E ATÍPICAS DOS PODERES LEGISLATIVO, EXECUTIVO E JUDICIÁRIO

Cada poder possui funções típicas e atípicas, ou seja: aquelas que lhe são inerentes e aquelas que, apesar de serem concernentes a outros poderes, são exercidas em caráter extraordinário, em situações específicas.

A função executiva, como leciona o artigo 76, da Constituição da República, se refere ao Presidente da República, auxiliado pelos ministros de Estado (BRASIL, 1988), tal função se traduz, mormente, na função administrativa, provendo aos administrados aquilo que lhes foi previsto em lei.

Nesse sentido: “a função executiva ou administrativa é aquela pela qual o Estado realiza seus objetivos, atuando concretamente mediante decisões e atos materiais em respeito às normas jurídicas”. (CARVALHO, 2013, p. 175).

4 Art. 1^o A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988).

5 “Art. 2^o São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL, 1988).

6 “§ 4^o Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III - a separação dos Poderes; [...]” (BRASIL, 1988).

À função legislativa, por sua vez, cabe a criação do ordenamento jurídico, modificando-o e adaptando-o conforme necessário. Cabe também ao Poder Legislativo proceder à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo (GALANTE, 2005).

O poder Judiciário tem por função a garantia da aplicação das leis em julgamento, por meio da resolução das mais diversas lides que lhe são apresentadas pela sociedade, além daquelas trazidas pelo próprio Estado. Sinteticamente, compete à função jurisdicional a tutela do ordenamento jurídico pátrio.

Desse modo, o princípio da tripartição de poderes' somente se consagra com o exercício não apenas das funções típicas, mas também de suas funções atípicas.

Exemplos clássicos de funções atípicas são: a edição de Regimentos Internos pelos órgãos do Poder Judiciário e Legislativo; a sanção e veto de dispositivos legais pelo chefe do Poder Executivo; o provimento de cargos e elaboração de editais por órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e edição de textos com caráter normativo pelos poderes Executivo, a exemplo de medidas provisórias (GALANTE, 2005).

Via de regra, distinguir funções típicas e atípicas não é tarefa desafiadora. No entanto, existe um instituto em particular que representa uma linha tênue entre as funções legislativa e jurisdicional: as súmulas.

4 SÚMULAS

Tendo em vista que o instituto das súmulas é o principal meio pelo qual se pode verificar o ativismo judicial ocorrido no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, é pertinente explorá-la, expondo, conceito e o procedimento para sua edição.

4.1 CONCEITO

De forma sintética, súmula é o resumo das decisões dos Tribunais Superiores acerca de determinada matéria que lhes foi trazida de forma reiterada. É a consolidação da jurisprudência dos Tribunais.

O Brasil, em razão de sua extensão territorial e densidade populacional, possui elevado número de Tribunais. É razoável, em razão da vultosa quantidade de membros do Poder Judiciário, que sejam encontrados entendimentos distintos acerca de matérias idênticas, bem com estas questões e divergências sejam levadas aos Tribunais Superiores para resolução, eis que a diversidade de decisões sobre um mesmo tema pode gerar a sensação de insegurança jurídica na sociedade (ALMEIDA, 2015).

É possível inferir que as súmulas surgiram na tentativa de reduzir o volume de processos a serem apreciados pelos Tribunais, trazendo uma racionalização nos julgamentos, sem que fosse ferido o princípio do Amplo Acesso ao Judiciário, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República de 1988.

Por corolário, a edição de súmulas contribui também com a celeridade processual, haja vista dois aspectos: a diminuição de volume de processos, permitindo apreciação de mais conflitos em menor período de tempo pelos Tribunais; e resolução de mérito de forma mais rápida, considerando a redução de conflitos jurisprudenciais a serem analisados.

4.2 FORMA E PROCEDIMENTO PARA EDIÇÃO

No exercício de suas funções atípicas, o Tribunal Superior do Trabalho possui competência para edição de seu regimento interno. O referido Tribunal define qual será o procedimento para que uma súmula seja válida.

Uma súmula poderá ser proposta pela Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos⁷ ou por dez Ministros da Corte reunidos, como preveem os artigos 174⁸ e 175⁹ do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho (RITST).

Quando apresentada pela Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos, a proposta de súmula será remetida ao Presidente do Tribunal, que o encaminhará ao Pleno (artigo 174, RITST).

Quando apresentada por dez ministros da Corte reunidos, a proposta será remetida à Comissão supramencionada para encaminhamento ao Pleno, junto a parecer conclusivo, no prazo de 30 dias (artigo 175, parágrafo único, RITST).

Por fim, quando a proposta decorre de um dos legitimados previstos no artigo 177, parágrafo único, do RITST, o próprio dispositivo determina que deverá ser suscitada ou requerida apreciação ao Presidente do Tribunal sua apreciação pelo Tribunal Pleno.

Por fim, o artigo 68, §1º, inciso IV, do RITST determina o quórum para aprovação do projeto de súmula: a maioria absoluta dos membros do Tribunal Pleno.¹⁰

7 A Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos encontra previsão no artigo 59, do RITST: "A Comissão de Jurisprudência e de Precedentes Normativos é composta por 3 (três) Ministros titulares e um suplente, designados pelo Órgão Especial, excluídos os titulares que integram outras comissões permanentes, os membros de direção do Tribunal, o Diretor e o Vice-Diretor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho - ENAMAT." (BRASIL, 2017b)

8 "Art. 174. Da proposta de edição de súmula formulada pela Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos resultará um projeto, devidamente instruído, que será encaminhado ao Presidente do Tribunal para ser submetido à apreciação do Tribunal Pleno, no prazo previsto no art. 171, § 4º, deste Regimento." (BRASIL, 2017b).

9 Art. 175. A proposta de edição, de revisão ou de cancelamento de súmula ou da tese jurídica firmada nos incidentes de recursos repetitivos, de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas firmada, por pelo menos 10 (dez) Ministros, deverá ser encaminhada à Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos. Parágrafo único. A proposta será encaminhada ao Presidente do Tribunal, que a enviará à Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos para, no prazo de 30 (trinta) dias, emitir parecer fundamentado e conclusivo, que será submetido à apreciação do Tribunal Pleno, nos termos do art. 171, § 4º, deste Regimento. (BRASIL, 2017b)

10 Art. 68. O Tribunal Pleno é constituído pela totalidade dos Ministros que integram a Corte. § 1º Para o funcionamento do Tribunal Pleno é exigida a presença de, no mínimo, 14 (quatorze) Ministros, sendo necessária a maioria absoluta para deliberar sobre: [...]

IV - edição, revisão ou cancelamento de súmula, de orientação jurisprudencial e de precedente normativo; [...] (BRASIL, 2017b).

5 ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial decorre do fenômeno da judicialização, esta “é uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política.” (BARROSO, 2009, p. 6).

Por outro lado, Lênio Streck relaciona a judicialização ao funcionamento inadequado de instituições. Isto porque a judicialização dos mais diversos temas, no direito brasileiro, é, em seu âmago, a busca pela concretude de direitos fundamentais constitucionalmente previstos e que não tenham sido regulamentados ou efetivados pelas demais funções, sejam elas executivas ou legislativas (STRECK, 2016).

Portanto, o ativismo judicial pode ser caracterizado como uma espécie de subversão da judicialização, no qual o Poder Judiciário age além dos limites introduzidos pela Constituição da República de 1988, expondo seu entendimento mesmo quando não provocado, sem observar o devido princípio da inércia do Poder Judiciário.

Infere-se, então, que enquanto a judicialização pode ser vista como um “mal necessário”, sob nenhuma ótica doutrinária o ativismo judicial é considerado positivo. Vê-se também que a linha entre a atuação do Judiciário para simplesmente efetivar a norma e o ativismo judicial em si é, na maioria das vezes, tênue.

Para investigação das origens do ativismo judicial, pode-se aduzir que o desenvolvimento das mais diversas áreas da ciência estimula o estudo do Direito, o que culmina na criação de um desarrazoado número de normas legais e, conseqüentemente, um significativo aumento no número de lides.

Então, o aumento da demanda ao Poder Judiciário, além da judicialização dos mais diversos temas, deu aso à criação de mecanismos que pudessem resolver o maior número possível de demandas no menor período, sendo um deles a uniformização de jurisprudência.

No entanto, o Judiciário não pode usar a necessidade da uniformização de jurisprudência como pretexto para criar obrigações ou contrariar norma expressamente prevista em lei – características próprias do ativismo judicial.

Conquanto seja fundamental a uniformização de jurisprudência e a interpretação da norma vigente, a criação de norma geral, abstrata e de observância obrigatória não se encontra atribuída ao Poder Judiciário em nenhum dispositivo presente no ordenamento jurídico brasileiro. Isto porque tal atribuição não é incumbência deste Poder, e sua realização culmina na transgressão do princípio federativo.

5.1 O ATIVISMO JUDICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO

O Poder Judiciário, em inobservância à limitação de suas atribuições, por vezes adentra o campo do ativismo judicial, criando obrigações que deveriam estar contidas em dispositivo editado pelo Poder Legislativo.

O artigo 22, inciso I, da Constituição da República de 1988, assim leciona: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial **e do trabalho**;[...]” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Sendo assim, o único ente competente para editar normas concernentes ao Direito do Trabalho é a União, de forma privativa. É possível inferir então, que o ativismo judicial na Justiça do Trabalho representa nítida inconstitucionalidade.

A Constituição da República de 1988 direciona especificamente que a criação de norma geral, abstrata e de observância obrigatória que verse sobre relações de trabalho e/ou emprego deverá ser realizada pela União, observando-se o processo legislativo junto ao Congresso Nacional.

O Tribunal Superior do Trabalho, se comparado ao Supremo Tribunal Federal (STF) e ao Superior Tribunal da Justiça (STJ), ocupa a primeira posição do *ranking* da produção de teses jurídicas, tendo em vista que existem, nesse Tribunal, 1.244 verbetes persuasivos, entre súmulas, precedentes normativos e orientações jurisprudenciais (ASSIS, 2011).

A redação original da Súmula nº 1, do Tribunal Superior do Trabalho, é de 1969, sendo, que, desde então, já foram editadas 463 súmulas – o que perfaz uma média de 9 súmulas por ano.

Precipuamente, a edição de súmulas possui o condão de solidificar o entendimento dos Tribunais acerca de questão que lhe era levada reiteradamente. Como se verá abaixo, casos específicos excedem a mera consolidação da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

5.2 DESTAQUES DO ATIVISMO JUDICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO E INTRODUÇÃO DA REFORMA TRABALHISTA

A fim de solidificar o estudo acerca do ativismo judicial, é pertinente demonstrar alguns casos específicos que se destacam como expoentes do ativismo judicial na Justiça do Trabalho. Casos nos quais, como acima explorado, não foi observado o artigo 22, inciso I, da Constituição da República de 1988.

Cumprido, primeiramente, expor que a maioria das 463 súmulas do Tribunal Superior do Trabalho não criam regras, tampouco restringem direitos de eventuais litigantes.

A título exemplificativo de dispositivo congruente com as funções do Tribunal Superior do Trabalho tem-se a Súmula de número 8, que se refere à juntada de documentos. A íntegra de seu texto é: “A juntada de documentos na fase recursal só se justifica quando provado o justo impedimento para sua oportuna apresentação ou se referir a fato posterior à sentença.” (BRASIL, 2003).

Isto porque discutia-se acerca da admissibilidade da juntada de documentos somente na fase recursal – questão esta que não se encontra expressamente prevista no ordenamento jurídico. Não há previsão tampouco proibição de tal juntada, contudo, esta conflitava com o artigo 787, da Consolidação das Leis Trabalhistas, que preleciona: “A reclamação deverá ser formulada em 2 (duas) vias e desde logo acompanhada dos documentos em que se fundar.” (BRASIL, 1943).

Portanto, foi necessário que o Tribunal Superior do Trabalho se pronunciasse acerca do tema, considerando que, como prevê o texto da súmula, existem casos em que a juntada de documentos somente se faz possível na fase recursal.

A edição de súmula nesse sentido, então, fez-se pertinente e razoável. Merece ser destacado que não houve, nesse caso, criação de obrigação tampouco restrição de direitos das partes do processo.

Por outro lado, de algumas súmulas é possível depreender manifestação do instituto do ativismo judicial, acima conceituado. Um exemplo desse fenômeno é a Súmula 291, do Tribunal Superior do Trabalho, que dispõe:

HORAS EXTRAS. HABITUALIDADE. SUPRESSÃO. INDENIZAÇÃO.[...]A supressão total ou parcial, pelo empregador, de serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos 1 (um) ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de 1 (um) mês das horas suprimidas, total ou parcialmente, para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares nos últimos 12 (doze) meses anteriores à mudança, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão. (BRASIL, 2011).

Do texto, vê-se que a Súmula institui indenização *praeter legem*, ou seja, não prevista em qualquer dispositivo presente no ordenamento jurídico. Impende expor que não se trata de caso em que a legislação foi omissa no tópico, ou de existência de conflito entre normas (ASSIS, 2011, p. 236).

Outro exemplo emblemático nesta seara é a súmula de número 377 do Tribunal Superior do Trabalho, cujo texto é:

PREPOSTO. EXIGÊNCIA DA CONDIÇÃO DE EMPREGADO. [...] Exceto quanto à reclamação de empregado doméstico, ou contra micro ou pequeno empresário, o preposto deve ser necessariamente empregado do reclamado. Inteligência do art. 843, § 1º, da CLT e do art. 54 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. (BRASIL, 2008).

Esta súmula se relaciona ao artigo 843, §1º, da Consolidação das Leis Trabalhistas, que preleciona: “§ 1º É facultado ao empregador fazer-se substituir pelo gerente, ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato, e cujas declarações obrigarão o proponente.” (BRASIL, 1943).

A origem da referida súmula foi a Orientação Jurisprudencial nº 99, da Subseção de Dissídios Individuais 1 (SBDI-1)¹¹, do TST – ou seja, a obrigação foi originalmente criada por meio de instrumento cuja edição é ainda menos solene.

Há de se notar que a única obrigação contida no artigo é que o preposto deverá possuir conhecimento dos fatos discutidos na lide e não necessariamente ser empregado.

As definições de preposto constantes no Código Comercial (artigos 74 a 85) e no Código Civil (artigo 932, inciso III), também não determinam que este deva ser empregado da empresa. Por corolário, então, este conceito deveria ser observado no Processo do Trabalho, mantendo-se como única obrigação que o preposto detenha conhecimento dos fatos (SLAIBI FILHO, 2009).

11 “Exceto quanto à reclamação de empregado doméstico, o preposto deve ser necessariamente empregado do reclamado. Inteligência do art. 843, § 1º da CLT” (BRASIL, 2005).

Infere-se dessa forma que a Súmula ora debatida criou obrigação à parte processual além de ter restringido seu direito, qual seja, de se fazer substituir por aquele que melhor o representar, não necessariamente um empregado.

Também não se verifica motivação concreta à edição da referida súmula. Perceba-se que não há omissão legislativa no tocante. Ao ser provocado com tal indagação – se o preposto deveria ser empregado da empresa – caberia ao Poder Judiciário tão somente aplicar a lei, concluindo-se que não há necessidade de o preposto ser empregado da empresa-parte.

No que tange à referida súmula, especificamente, a Lei 13.467/2017 introduziu o artigo o §3º, do artigo 843, que leciona: “§ 3o O preposto a que se refere o § 1o deste artigo não precisa ser empregado da parte reclamada.” (BRASIL, 2017a).

Nota-se que, por meio deste dispositivo, o Poder Legislativo faz cessar todos os efeitos da Súmula 377, ora analisada. Ao dispor clara e expressamente que o preposto responsável pela representação da empresa não deve, necessariamente, ser seu empregado, o Poder Legislativo combate a atuação do Poder Judiciário que excedeu às suas funções.

Ainda nessa seara, mais recentemente, tem-se a Súmula 443, do Tribunal Superior do Trabalho:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO [...] Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego. (BRASIL, 2012).

No caso em apreço, o Tribunal Superior do Trabalho cria uma hipótese de presunção de caráter discriminatório quando da dispensa de empregados portadores do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma perante a sociedade. Esta presunção, todavia, caracteriza a criação de hipótese de estabilidade no emprego pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Compulsando o conceito ora abordado, conclui-se que a presunção de discriminação quando da dispensa de empregado nas condições descritas pela Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho é vantagem personalíssima que lhe é conferida em razão de sua circunstância – qual seja, ser portador de doença grave ou causadora de estigma. Esta presunção assegura ao empregado a manutenção indefinida de seu contrato de trabalho, caracterizando, desta forma, estabilidade no emprego.

À exceção do cometimento de falta grave constante no artigo 482, da Consolidação das Leis Trabalhistas, que enseja dispensa por justa causa, quaisquer outras motivações à dispensa do empregado portador de vírus HIV ou de outra doença que suscite estigma será inválida, pois será considerada como discriminação.

No tocante a essa súmula, necessário realçar também o fato de que não há conceituação do que seria “doença grave que suscite estigma ou preconceito”. O que se tem é mero exemplo do vírus HIV.

Dessa forma, então, muito embora a súmula tenha por objetivo solidificar o entendimento do Tribunal, conclui-se que esta deu aso a mais inúmeras discussões, sobremaneira acerca de quais doenças possuem natureza grave e estigmatizante.

Com a vacância de definição concreta, então, põe-se em discussão não somente o conceito em si, como também a efetividade e propósito da edição da súmula ora analisada.

Compreende-se dessa análise é que a uniformização de jurisprudência pelo Tribunal Superior do Trabalho, por vezes, se dá de forma indiscriminada, não alcançando seu objetivo primordial.

À vista de todo o exposto, o Poder Legislativo, por meio da Lei 13.467/2017, agiu de forma combativa a eventuais futuras manifestações do Tribunal Superior do Trabalho das quais se pudesse exprimir o ativismo judicial, acrescentando o §2º ao artigo 8º, que dispõe: “§ 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.” (BRASIL, 2017a).

O artigo 8º, da Consolidação das LT, trata sobremaneira das fontes do Direito do Trabalho.

O art. 8º deixa clara a prevalência da lei ou do contrato, indicando, outrossim, o modo através do qual a autoridade administrativa e a própria Justiça do Trabalho devem conduzir-se na lacuna da legislação de inexistência de normas contratuais – “na falta de disposições (legais ou contratuais)”

Assim, inexistindo lei, considerar-se-á, na solução do “caso”, a jurisprudência, decidindo-se, outrossim, por analogia, equidade e outros princípios e normas gerais do Direito. (ALMEIDA, 2015, p. 79).

O fato de que enunciados de jurisprudência dos Tribunais não podem criar obrigações nem restringir direitos que não estejam expressamente previstos em Lei é sabido, haja vista a competência para criação de normas de Direito do Trabalho estar claramente prevista da Constituição da República. Consoante cediço, esta competência é do Poder Legislativo Federal.

Sendo assim, a necessidade de inclusão dessa norma específica exprime o combate, pelo Poder Legislativo, do ativismo judicial do Poder Judiciário. É a consagração do já explorado princípio dos *checks and balances*.

Nesse sentido, compulsando o texto da Lei 13.467/2017, verifica-se que o Poder Legislativo visou a combater não somente manifestações futuras do ativismo judicial, como também ocorrências passadas.

Desse modo, pode-se inferir que a própria Consolidação das Leis Trabalhistas, após a Reforma Trabalhista, é responsável por limitar a atuação do órgão que é seu aplicador principal, qual seja, o Tribunal Superior do Trabalho.

Resta indagado, então, se a introdução do mencionado §2º do artigo 8º da Reforma Trabalhista será meio eficaz de combater o ativismo judicial no Tribunal Superior do Trabalho, haja vista que sua disposição já se encontrava prevista na Constituição, ainda que de forma implícita, e ainda assim existem ocorrências em que esta não foi observada.

6 CONCLUSÃO

Da leitura e pesquisa para elaboração do presente trabalho, foi possível concluir que o ativismo judicial pode representar ameaça ao princípio federativo e à repartição de poderes constitucionalmente prevista. Quando delimitadas as funções de cada poder, é imprescindível que cada um observe e se atenha àquelas que lhe foram atribuídas.

Como explorado, o Tribunal Superior do Trabalho possui diversas súmulas das quais se pode exprimir manifestação do ativismo judicial. Nesses casos, verifica-se que o referido Tribunal excede sua função jurisdicional, instituindo obrigações ou restringindo direitos das partes nas relações atinentes ao Direito do Trabalho.

Nesse sentido, o Poder Legislativo elaborou a Lei 13.467/2017, que possui disposições, sobremaneira o artigo 8º, §2º, que visam a reprimir a ação ativista do Tribunal Superior do Trabalho. Desse modo, considerando que o Poder Legislativo agiu de forma a obstar a ação do Poder Judiciário além de suas funções, concretizou-se o princípio dos freios e contrapesos.

No entanto, a previsão de que súmulas e enunciados de jurisprudência não podem restringir direitos, tampouco criar obrigações, é disposição que se depreende do próprio pacto federativo. Considerando que o Tribunal Superior do Trabalho, em algumas súmulas, a exemplo das analisadas neste trabalho, transgrediu o referido pacto, deve-se indagar se a introdução do artigo 8º, §2º, da Reforma Trabalhista, poderá de fato frear novas manifestações ativistas do Tribunal.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador de. *CLT comentada*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*.

ALMEIDA, Amador de. *Curso prático de processo do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*.

ASSIS, Luis Fabiano de. *Ativismo judicial na Justiça do Trabalho*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-22042013-110316/pt-br.php>. Acesso em: 5 abr. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [S. l.], 2009. *Periódico SYNTHESIS*, v. 5, n. 1, 2012. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 15 maio 2021.

BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 14 jul. 2017a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em: 15 maio 2021.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 22 abr. 2021

BRASIL. [Consolidação das Leis do Trabalho (1943)]. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 10 de maio de 2021.

BRASIL. Resolução Administrativa n. 1.937, de 20 de novembro de 2017. Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*. Brasília, DF, 24 nov. 2017b. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/116169/2017_ra1937_ri_tst_rep01.pdf?sequence=10&isAllowed=y. Acesso em: 15 maio 2021.

BRASIL . Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula 08*. 2003. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/sumulas>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 291. Horas extras, Habitualidade. Supressão. Indenização. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*. Brasília, DF , 31 maio 2011. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-291. Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 377. Preposto. Exigência da condição de empregado. *Diário de Justiça da União*. Brasília, DF, 5 maio 2008. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-377. Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 443. Dispensa discriminatória. Presunção. Empregador portador de doença grave. Estigma ou preconceito. Direito à reintegração. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*. Brasília, DF, 27 set. 2012. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-443. Acesso em: 27 abr. 2021.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição*. 20. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*.

GALANTE, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Barros, Fischer & Associados, 2005.

MACHADO, Edinilson Donisete. *A divisão das funções da União e os limites de sua competência, ante a Constituição vigente*. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Estadual Paulista, Franca, 2000. Disponível em: https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/89912/machado_ed_me_fran.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 27 maio 2021.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Revista Espaço Jurídico : Journal of Law, Joaçaba*, v. 17, n. 3, set./dez. 2016. Disponível em:

<https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/12206/pdf>. Acesso em: 7 maio 2021.

10

CAPÍTULO

REFORMA TRABALHISTA E A JUSTIÇA GRATUITA: INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS ARTIGOS 790-B, 791-A E 844 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

NICOLE LOPES ASSIS¹

CAROLINA ALMEIDA DE PAULA FREITAS²

ROGÉRIO BORBA DA SILVA³

RESUMO

O presente estudo aborda o artigos 790-B, 791-A e 844 da Consolidação das Leis Trabalhistas sob o aspecto constitucional. A Reforma Trabalhista alterou significativamente direitos materiais e processuais das partes que demandam junto à Justiça do Trabalho. Sob a ótica de muito, como da Procuradoria Geral da República, a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios ou periciais pelas partes beneficiadas pela justiça gratuita, assim como a imposição de multa ao autor que se ausentar da audiência e sob a mesma condição, violam a garantia fundamental do acesso à justiça, prejudicando os trabalhadores pobres, no sentido legal.

Palavras-chave: reforma trabalhista; honorários advocatícios e periciais; justiça gratuita; audiência; multa; ADI 5766.

1 Graduada em Direito pela Universidade Fumec. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/7593005708743185>.

2 Mestranda em Instituições Sociais, Direito e Democracia pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade FUMEC. Advogada, Professora Universitária. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/0385122361895793>. E-mail: carol@cirilopfreitas.adv.br.

3 Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Veiga de Almeida-RJ desde abril de 2019. Doutor em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Estado do Rio de Janeiro. Possui graduação em Direito pela Universidade Cândido Mendes e Mestrado em Direito pelo Centro Universitário Fluminense. É Coordenador do projeto de pesquisa "Licenciamento Ambiental Municipal: Implementação e Aperfeiçoamento pós LC 140\2011". Foi Conselheiro Seccional e Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da Ordem dos Advogados do Brasil ? Seção do Rio de Janeiro (2010-2012). É Diretor Administrativo e de Benefícios do Fundo de Previdência Multipatrocinado da Ordem dos Advogados do Brasil ? Seção do Rio de Janeiro. Foi Assessor Jurídico Chefe da Fundação Superintendência Estadual de Rio e Lagoas do Estado do Rio de Janeiro (2007-2008), auxiliando na implementação do Instituto Estadual do Ambiente no Rio de Janeiro. Tem experiência de pesquisa em Direito Ambiental, Direito Educacional e Sociologia Ambiental. É autor de livros e diversos artigos na área jurídica. Membro da Liga Mundial de Advogados Ambientalistas, da Fundação Internacional de Sustentabilidade Ambiental e Territorial e do Instituto dos Advogados Brasileiros. Advogado e Parecerista. E-mail: rogeriorborba@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8611177542263906>.

Como citar o presente artigo científico:

ASSIS, Nicole Lopes; FREITAS, Carolina Almeida de Paula; SILVA, Rogério Borba da. Reforma trabalhista e a justiça gratuita: uma interpretação conforme a constituição dos artigos 790-b, 791-a e 844 da CLT. In: CAMARGOS, Laís Alves; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). Direito Processual Constitucional e sua Perspectiva Democrática. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2021, p. 166-179

ABSTRACT

The present study addresses the articles 790-B, 791-A e 844 on the Consolidation of Labor Laws from the constitutional point of view. The Labor Reform changed significantly material and procedural rights of the parties that demand from the Labor Court. Under the view of many, such as the Attorney General's Office, the condemnation of the payment of attorneys' or expert fees by the parties benefiting from free justice, as the imposition of a fine on the author who is absent from the hearing and under the same condition, violate the fundamental guarantee of access to justice, harming the poor workers, in the legal sense.

Keywords: labor reform; attorneys' and expert fees; free justice; court hearing; fine; ADI 5766.

1 INTRODUÇÃO

A Lei 13.467/17, conhecida como "Reforma Trabalhista", impôs significativas alterações na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (BRASIL, 1943). Dentre as novidades, regulamentou-se a exigência do pagamento dos honorários periciais e advocatícios sucumbenciais e, ainda, instituíram-se parâmetros objetivos para a concessão da Justiça Gratuita.

Pelo presente estudo, analisar-se-ão os artigos 790-B, 791-A e 844 da Consolidação das Leis do Trabalho em sua vertente constitucional, em especial quanto ao acesso à Justiça.

Esse trabalho investigará também o artigo 844 do mesmo Diploma, que disciplina sobre a aplicação de punição do autor que não comparecer, injustificadamente, à audiência inaugural. Com a inovação, o reclamante faltante será condenado ao pagamento de custas processuais, caso não se justifique no prazo de 15 (quinze) dias, tornando esse pagamento condição para o deferimento da petição inicial da nova demanda (BRASIL, 2017).

Por sua complexidade e inquestionável relevância, as inovações legislativas se tornaram alvo de amplas discussões, sendo inclusive objeto da ADI 5766, sem julgamento até o momento. Por ela, questiona-se a compatibilidade das tais normas com a Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), mormente considerando o direito fundamental do acesso à justiça.

2 A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA E O INSTITUTO DA JUSTIÇA GRATUITA

A Justiça Gratuita consiste no direito à gratuidade das taxas judiciárias, custas, emolumentos, despesas com editais, honorários de perito, ou seja, a parte beneficiária não pagará as despesas do processo (SCHIAVI, 2009).

Antes da Reforma Trabalhista, previam a Lei nº 5.584/70, que dispõe sobre o Direito Processual do Trabalho, em seu art. 14⁴, e a Consolidação das Leis do Trabalho, que a justiça gratuita somente seria concedida ao trabalhador, que ao mesmo tempo, se encontrasse na condição

4 "Art 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.

§ 1º A assistência é devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

§ 2º A situação econômica do trabalhador será comprovada em atestado fornecido pela autoridade local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, mediante diligência sumária, que não poderá exceder de 48 (quarenta e oito) horas.

de miserabilidade e assistido pelo sindicato representativo de sua categoria (BRASIL, 1970). O Tribunal Superior do Trabalho sumulou sob o nº 219 a questão (BRASIL, 2016).

No atual momento, o instituto da justiça gratuita nos feitos que tramitam perante a Justiça do Trabalho encontra-se regulado pelos §§ 3º e 4º do art. 790 da CLT:

§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

§ 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo. (BRASIL, 1943).

Tal benesse alcança os trabalhadores e empregadores em situação de hipossuficiência.

3 REFORMA TRABALHISTA

Dentre as significativas alterações do ordenamento trabalhista promovidas pela Lei 13.467/17, encontram-se aquelas afetas ao benefício da gratuidade de justiça, divisoras de opiniões no âmbito jurídico e social, tornando-se, inclusive, alvo de discussão perante o Supremo Tribunal Federal.

A Comissão Especial, criada por Ato da Presidência da Câmara dos Deputados com o propósito de proferir parecer ao projeto de Lei 6.787/2016, apresentou relatório defendendo a necessidade da modernização na legislação trabalhista (BRASIL, 2017).

Nessa linha, o Relator do mencionado parecer, deputado Rogério Marinho, afirmou que ele e os demais parlamentares possuíam, à época, “plena convicção de que essa reforma contribuirá para gerar mais empregos formais e para movimentar a economia, sem comprometer os direitos tão duramente alcançados pela classe trabalhadora.” (BRASIL, 2017).

Antes de adentrar à análise da constitucionalidade dos artigos citados, faz-se necessária uma breve exposição sobre as modificações em questão.

3.1 ALTERAÇÕES ENVOLVENDO OS BENEFICIÁRIOS DA JUSTIÇA GRATUITA

As alterações legislativas que envolvem os beneficiários da gratuidade de justiça (artigos 790-B, 791-A e 844 da Consolidação das Leis do Trabalho) delimitam o objeto do presente trabalho.

3.1.1 HONORÁRIOS PERICIAIS

A redação do artigo 790-B da Consolidação das Leis do Trabalho impõe o pagamento dos honorários do perito à parte sucumbente da prova, mesmo que beneficiária da justiça gratuita:

§ 3º Não havendo no local a autoridade referida no parágrafo anterior, o atestado deverá ser expedido pelo Delegado de Polícia da circunscrição onde resida o empregado.” (BRASIL, 1970).

Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.

§ 1o Ao fixar o valor dos honorários periciais, o juízo deverá respeitar o limite máximo estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

§ 2o O juízo poderá deferir parcelamento dos honorários periciais.

§ 3o O juízo não poderá exigir adiantamento de valores para realização de perícias.

§ 4o Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo. (BRASIL, 1943).

A União somente arcará com os honorários do perito no caso de a parte sucumbente for beneficiada com a justiça gratuita e, concomitantemente, não tiver obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos hábeis para suportar tais despesas.

3.1.2 HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS

Pela Reforma Trabalhista, instituiu-se a condenação ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais inclusive aos socorridos pela Justiça Gratuita, em decorrência do disposto pelo art. 791-A:

Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

§ 1o Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria.

§ 2o Ao fixar os honorários, o juízo observará:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3o Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.

§ 4o Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

§ 5o São devidos honorários de sucumbência na reconvenção. (BRASIL, 1943).

Ainda que sob a mesma condição, o autor será condenado a esse ônus se desistir da ação⁵, sendo dispensável a resolução do mérito.

Em qualquer hipótese, havendo créditos decorrentes da ação ou em outra também trabalhista, poderá ocorrer, no primeiro caso a dedução de valores para a quitação dos honorários advocatícios, ou no segundo, o bloqueio de importâncias havidas em outro feito perante a justiça especializada.

Não haverá compensação dos honorários sucumbenciais, pela falta de identidade entre o credor e o devedor. Isto porque, trata-se de importância devida aos advogados das partes, nos termos estabelecidos pelo art. 23 do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil: "Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor." (BRASIL, 1994).

3.1.3 PAGAMENTO DE CUSTAS PELO BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA.

No tocante às modificações envolvendo os beneficiários da justiça gratuita, a Lei 13.467/2017 acrescentou os novos parágrafos 2º, 3º, 4º e 5º ao artigo 844 da Consolidação das Leis do Trabalho:

[...] § 2o Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável.

§ 3o O pagamento das custas a que se refere o § 2o é condição para a propositura de nova demanda.

§ 4o A revelia não produz o efeito mencionado no caput deste artigo se:

I - havendo pluralidade de reclamados, algum deles contestar a ação;

II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

III - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato;

IV - as alegações de fato formuladas pelo reclamante forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.

§ 5o Ainda que ausente o reclamado, presente o advogado na audiência, serão aceitos a contestação e os documentos eventualmente apresentados. (BRASIL, 1943).

O não comparecimento do autor à audiência, além de outras penalidades processuais, acarretará na sua condenação ao pagamento de custas processuais, devendo ele comprovar a quitação para o deferimento da petição inicial de nova ação trabalhista, porventura proposta.

Antes da condenação, no entanto, ao autor conceder-se-á prazo de 15 (quinze) dias para justificar sua ausência, que se aceita, elidirá a aplicação da multa.

5 BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Recurso de Revista11104-03.2018.5.18.0011, 5a Turma, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 23/04/2021) . Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/2683b52a9adb3061e8d-13c76e157f534> Acesso: 10 mai. 2021.

Feitas tais explanações, passa-se à análise da constitucionalidade dos dispositivos ora expostos e seus impactos na esfera da Justiça do Trabalho.

4 MOTIVOS QUE JUSTIFICARAM AS ALTERAÇÕES

Criou-se, em 09 de fevereiro de 2017, a “Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.787, de 2016, do Poder Executivo, que alteraria o Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974.

Em parecer apresentado pela citada Comissão, mostrou-se clara a intenção do legislador de reduzir as demandas trabalhistas, bem como inibir o ajuizamento de aventuras jurídicas (BRASIL, 2017).

Em idêntico sentido posicionava, bem antes, Manoel Antônio Teixeira Filho, sobre os honorários periciais. O autor afirma que após a realização de uma pesquisa jurisprudencial, há mais de 30 (trinta) anos, constatou que os reclamantes aproveitavam-se de que os honorários do perito eram pagos pela reclamada, vencida na causa, mesmo que não sucumbentes na prova. Com isso, os reclamantes, arbitrariamente, acabavam por requerer tal prova, irresponsavelmente, o que, por certo, tumultuava o feito e implicava no retardamento do procedimento (FILHO, 2009, p. 636).

Sobre os honorários sucumbenciais (artigo 791-A da CLT) a Comissão declarou que pretendia, com as alterações sugeridas “inibir a propositura de demandas baseadas em direitos ou fatos inexistentes”. Além disso, acreditavam em uma redução no abuso do direito de litigar, o que traria maior celeridade aos processos, bem como ensejaria a imediata redução dos custos vinculados à Justiça do Trabalho (BRASIL, 2017).

Segundo os parlamentares, as modificações não cerceariam o direito de ação e a imposição de custos processuais inibiria o reclamante de agir irresponsavelmente. (BRASIL, 2017).

O que se questiona, em suma, é a constitucionalidade das disposições inseridas, ou seja, a sua compatibilidade com os direitos e princípios constitucionais.

5 ANÁLISE CONSTITUCIONAL: A GARANTIA FUNDAMENTAL DO LIVRE ACESSO À JUSTIÇA

A Constituição da República de 1988 (CR/88) prevê expressamente em seu artigo 5º, inciso XXXV o princípio da inafastabilidade de jurisdição, ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

Para a materialização deste princípio torna-se imprescindível que a Constituição da República discipline sobre os meios que garantam efetivamente o acesso à jurisdição pelo cidadão. Neste sentido, explica Rodrigo Padilha que “não adianta existir uma norma formal de que todos terão direito de ir ao Judiciário se não houver normas que possibilitem este acesso.” (PADILHA, 2014).

As despesas processuais (custas e honorários advocatícios, principalmente) constituem, para Cappeletti e Garth importante barreira ao acesso jurisdicional, atingindo sobretudo as pequenas causas e os autores individuais, em especial os hipossuficientes (CAPPELETTI; GARTH, 1988).

Como declarado pela Comissão Especial, a Reforma foi promovida, dentre outras razões, para enfrentar o fenômeno da excessiva litigiosidade de massa, causadora exponencial da morosidade na prestação jurisdicional, comum à justiça brasileira há muito (ZANFERDINI; MAZZO, 2015, p. 96).

Ao sustentar seu voto no julgamento da ADI 5766, o ministro Relator Luís Roberto Barroso afirma acerca da necessidade de frear o excesso de litigiosidade, sem, contudo, comprometer o acesso à justiça. (BARROSO, 2018, informação verbal).⁶

No “excesso de litigiosidade” incluem-se os pedidos reconventionais, perimindo concluir pela isonomia,

Dada a complexidade dos temas apresentados, notadamente por envolverem direitos fundamentais constitucionalmente e a situação enfrentada pelo Poder Judiciário do país, propõe-se uma interpretação sistemático-constitucional dos dispositivos estudados.

5.1 O PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Valendo-se do princípio da interpretação conforme a Constituição, o aplicador do direito opta pela interpretação que garanta a constitucionalidade da norma, ainda que não seja a mais evidente, sempre que esta permitir outra – ou outras – que possa ser considerada inconstitucional (DANTAS, 2017).

Na realidade, não se mostra lúcida qualquer interpretação que não contenha, no mínimo, a análise constitucional.

5.2 ARTIGOS 790-B E 791-A DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

Não existe bem maior tutelado do que a vida – art. 5º, *caput* da Constituição da República de 1988. Por decorrência dele, o constituinte sob o *status* de princípio fundamental, garantiu a dignidade da pessoa humana – art. 1º, III da CR/88. (BRASIL, 1988). Dele decorrem todos os demais direitos e garantias, constitucionais ou infraconstitucionais.

Pode-se considerar - não obstante a pouca idade da Lei 13.467/2017 - que em virtude da celeridade e dinamicidade próprias dos feitos trabalhistas (BRASIL, 2017), o Tribunal Superior do Trabalho e os Regionais, esforçam-se para uniformizar os entendimentos a respeito do novo ordenamento.

A Constituição da República de 1988, por mais de uma vez, assegurou aos empregados, seja como direito fundamental ou social, a proteção praticamente absoluta do salário. Sob essa exegese dos arts. 7º, incisos VI e X e 100, §1º da CR/88, é que se deve aplicar a legislação infraconstitucional trabalhista (BRASIL, 1988).

6 Informação obtida na sessão de julgamento da ADI 5677, em 10 de maio de 2018.

A proteção constitucional sobre o salário resulta, em princípio, na sua irredutibilidade (art. 7, VI da CR/88); na caracterização de crime, nos casos de retenção dolosa (art. 7º, X da CR/88) e no caráter alimentar que lhe foi atribuído art. 100, §1º da CR/88). (BRASIL, 1988).

Todavia, a possibilidade da redução salarial também encontra-se garantida pela Constituição da República de 1988, sem qualquer premissa legal infraconstitucional, tanto que o seu art. 7º, IV, recebeu a seguinte redação: “irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”. (BRASIL, 1988).

O Código de Processo Civil, impõe, como regra geral, a impenhorabilidade do salário, admitindo-a, contudo, para pagamento de pensão alimentícia ou de qualquer outra dívida, quando a importância salarial superar 50 (cinquenta) salários mínimos. (art. 833, § 2º). (BRASIL, 2015).

Portanto, antes mesmo da Reforma Trabalhista, o ordenamento jurídico brasileiro contava com dispositivos constitucionais e que não elevaram o salário ao pedestal da inviolabilidade. A exegese não sistemática e não histórica dos artigos em 790-B e 791-A da Consolidação das Leis do Trabalho, poderia levar ao entendimento de inconstitucionalidade. (BRASIL, 2017).

Há que se atentar com olhar mais acurado, que a Lei 13.467/17 não permitiu que todo e qualquer crédito decorrente de uma ação trabalhista poderia ser utilizado para o pagamento de ônus sucumbenciais. (BRASIL, 2017).

O Ministro Claudio Mascarenhas Brandao, do Tribunal Superior do Trabalho, alcunha de “esdrúxula” a possibilidade de comprometimento do crédito trabalhista advindo de outra ação para pagamento dos honorários sucumbenciais especialmente porque o conteúdo da lei não especifica a natureza do crédito recebido, o que gera discussões.⁷

Para a melhor compreensão a respeito, torna-se imperioso, de início, diferenciar a delicada distinção das verbas trabalhistas de caráter remuneratório das de cunho indenizatório.

O salário, conforme preceitua o § 1º do art. 100 da CR/88, possui natureza alimentar e é pago em contraprestação ao labor. (BRASIL, 1988). Desta feita, considera-se ele remuneratório. Além dele, existem verbas indenizatórias pagas ao empregado, como, por exemplo, férias indenizadas, vales alimentação e transporte, condenações por danos morais, etc. Com essas últimas não conta o empregado para a sua sobrevivência e da sua família.

Ambas as verbas comportam deduções para pagamento dos honorários sucumbenciais (advocatícios ou periciais), inclusive as de ordem remuneratória. Entretanto, no tocante a elas, em específico, dever-se-ão preservar incólumes 70% (setenta por cento). Essa afirmativa decorre do exposto pelo Ministro Luís Roberto Barroso, Relator da ADI 5766. (BARROSO, 2018, informação verbal), que votou pela procedência da ADI.

Para a fixação do percentual, o relator valeu-se de situações já previstas no ordenamento jurídico brasileiro (desconto de 30% para empréstimos consignados em desconto na folha de pagamento e os créditos que excederem o teto do Regime Geral da Previdência Social da CLT) (BRASIL, 2017) e que, igualmente preservam as verbas alimentares (BARROSO, 2018, informação verbal).

7 Brasil, Tribunal Superior do Trabalho, Recurso de Revista, 10587-08.2019.5.15.0088, 7a Turma, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 23/04/2021). Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/bcc7896f477ca-352f5af003a57148a8b> Acesso em: 10 mai. 2021

A grande preocupação voltou-se aos autores das ações trabalhista, diante da natureza alimentar do salário, mas se olvidaram os críticos dos artigos ora comentados, que igualmente, os advogados e peritos valem-se dos honorários, para o seu sustento e da sua família.

O Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula Vinculante 47, atribui aos honorários advocatícios natureza alimentar (BRASIL, 2015). No mesmo sentido encontra-se o art. 85, § 14 do CPC de 2015 (BRASIL, 2015). Desde 1996, o Ministro Carlos Velloso, em julgamento do RE 146.318, sustentava a condição alimentar dos honorários periciais. (BRASIL, 1997).

A interpretação constitucional dos artigos citados demonstra não haver, por parte deles, qualquer padecimento de inconstitucionalidade.

5.3 ARTIGO 844 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

Desde a vigência da Lei 9957/2000, a ausência injustificada da parte autora à audiência - chamada na prática forense de “una” - importa no pagamento das custas calculadas sobre o valor da causa (art. 852-B, § 1º da Consolidação das Leis do Trabalho).

O artigo 844, em seus parágrafos 2º e 3º, da CLT, trata da ausência do reclamante à audiência de julgamento (Título X, capítulo III, seção II da Consolidação das Leis do Trabalho).

De acordo com a redação do §2º do art. 844, acrescentada pela Lei 13467/2017, o autor que não justificar em 15 (quinze) dias o motivo da ausência (ou, que não tiver como aceita sua justificativa pelo juiz), será condenado ao pagamento de custas processuais. (BRASIL, 2017).

O pagamento das referidas custas, calculadas sobre o valor da causa, tornou-se, por determinação do §3º do artigo 844 da CLT, condição para o ajuizamento de nova demanda. (BRASIL, 2017).

As insurgências a respeito da inconstitucionalidade do indicado dispositivo ocorreram em razão de que essas custas devem ser pagas ainda que a parte autora estiver sob o pálio da justiça gratuita.

Afirma-se que o motivo que gerou maior preocupação dirigiu-se ao fato de que para o deferimento da petição inicial da nova ação, condicionou-se o pagamento das referidas custas. Desencadeou, pois, o pensamento de que essa exigência cercearia o direito fundamental do acesso à Justiça, garantido pelo inciso. XXXV do artigo 5º da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988).

Em leitura não muito criteriosa do §3º do artigo 844 da Consolidação das Leis do Trabalho, depreende-se que o legislador concedeu prazo suficiente (15 dias) para a apresentação da justificativa da ausência do autor, que se legitima, elide a imposição do pagamento em referência.

O magistrado é dotado de experiência e prudência para analisar a respeito da idoneidade e plausibilidade da justificativa, instruída de documentos que a corrobora. Ademais, resta consagrado na Constituição da República como direito maior o da proteção do empregado – artigo 7º c/c § 2º, artigo 5º (BRASIL, 1988).

A condenação ao pagamento das custas processuais observará critérios objetivos para a sua imposição, sendo que a legislação que a impõe, simultaneamente, oferece oportunidade do exercício da ampla defesa pelo autor.

O §3º do artigo 844 da Consolidação das Leis do Trabalho possui redação clara e não é imposto à parte autora em caráter surpreendente.

Não se pode olvidar que à hipótese, aplica-se a norma fundamental, comumente chamada de princípio da colaboração – artigo 6º do CPC (BRASIL, 2015). Constitui correto exigir das partes litigantes, inclusive do autor, que promoveu o ajuizamento da ação, condutas colaborativas e de boa-fé.

Ressalta-se, finalmente, que a ausência do autor afeta, diretamente, o réu, que comparecerá à audiência que não se realizará. Uma vez posto o conflito para solução, o réu tem o mesmo interesse na prolação da sentença que o autor, tanto que para a desistência da ação, a partir do recebimento da defesa pelo magistrado, imprescindível se faz a concordância do réu (Enunciado 221 do no Fórum Nacional de Processo do Trabalho (FNPTTrabalho), em sua quinta edição, realizada em Brasília no período de 16 a 18.11.2017) (BRASIL, 2017).

Destaca-se, neste caso, o evidente caráter punitivo das mencionadas “custas”. Por certo, não se tratam de custas propriamente ditas, mas sim de um ônus ao faltante que deixar de apresentar motivação plausível para a ausência.

Menciona, no aspecto, a previsão contida no artigo 334, parágrafo 8º, do Código de Processo Civil, que também impõe penalidade à parte que deixa de comparecer, injustificadamente, da audiência designada (BRASIL, 2015).

6 ADI 5766

A Procuradoria Geral da República, em 28 de agosto de 2017, ajuizou ação declaratória de inconstitucionalidade distribuída sob o nº 5766, arguindo a inconstitucionalidade dos arts. 790-B, caput e § 4º, 791-A, § 4º, e 844, § 2º, da CLT e violação do acesso à justiça (art. 5º, caput, XXXV e LXXIV, da Constituição da República. (BRASIL, 2017).

O Ministro Relator, Luís Roberto Barroso, votou pela procedência parcial dos pedidos e afirmou que:

Mais de uma em cada 3 pessoas no Brasil está litigando. Não é só legítima como necessária em um país como o Brasil, em favor dos trabalhadores e da economia em geral, a adoção de políticas públicas que, sem comprometer o acesso à Justiça, procure conter o excesso de litigiosidade.⁸ (BRASIL, 2018).

O Ministro Edson Fachin em seu voto divergente e pela procedência total dos pedidos assinalou:

Mesmo que os interesses contrapostos a justificar as restrições impostas pela legislação impugnada sejam assegurar um maior compromisso com a litigância para a defesa dos direitos sociais trabalhistas, verifica-se, a partir de tais restrições, uma possibilidade de negar-se direitos fundamentais dos trabalhadores. (BRASIL, 2018).

Resta, até o momento, o seguinte:

Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), julgando parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade, para assentar interpretação conforme a Constituição, consubstanciada nas seguintes teses: “1. O direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários. 2. A cobrança de honorários sucumbenciais do hipossuficiente poderá incidir: (i) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; e (ii) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, mesmo quando pertinente a verbas remuneratórias. 3. É legítima a cobrança de custas judiciais, em razão da ausência do reclamante à audiência, mediante prévia intimação pessoal para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento, e após o voto do Ministro Edson Fachin, julgando integralmente procedente a ação, pediu vista antecipada dos autos o Ministro Luiz Fux. Ausentes o Ministro Dias Toffoli, neste julgamento, e o Ministro Celso de Mello, justificadamente. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 10.5.2018. (BRASIL, 2018).

7 CONCLUSÃO

É possível constatar, após o estudo realizado, a complexidade da problemática, mormente pela sua estreita relação com a classe dos trabalhadores hipossuficientes.

A “Reforma Trabalhista”, alterou substancialmente o direito material e processual, a teor dos artigos 790-B, 791-A e 844 da CLT.

Com o evidente intuito de desestimular a litigância temerária e a sobreutilização do Poder Judiciário, os legisladores reformistas optaram pela imposição de encargos processuais até mesmo aos litigantes acobertados pela benesse da gratuidade de justiça.

Em um cenário no qual imperava a litigância sem riscos, legítimas se tornaram as modificações impostas. Logo, existentes os problemas atinentes ao acionamento desnecessário e temerário da Justiça do Trabalho, a criação de mecanismos que desincentivem essa prática foi a solução apostada.

Não se pode olvidar, contudo, que a interpretação literal dos artigos estudados colide frontalmente com o princípio constitucional do livre acesso à justiça (BRASIL, 1988).

Considerando a legitimidade dos objetivos que justificaram a reforma, encontra-se a solução mediante a exegese constitucional, com o estabelecimento de critérios interpretativos limitadores.

Propõe-se uma interpretação nos moldes estabelecidos no voto do Ministro Luís Roberto Barroso quando do julgamento a ADI 5766 e transcritas neste estudo.

Desse modo, não é necessária a extirpação das normas legais em enfoque do ordenamento jurídico pátrio, com a frustração de toda a proposta legislativa.

Logo, conclui-se que a solução encontrada se revela proporcional, à medida que preserva tanto o objetivo do legislador, com a permanência de desestímulos ao excesso de litigiosidade, quanto a dignidade dos trabalhadores hipossuficientes, através da garantia de recebimento dos créditos que lhes são devidos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. E-book.

BRASIL. [Consolidação das Leis do Trabalho (1943)]. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 10 de maio de 2021.

BRASIL. *Lei n 1.060, de 05 de fevereiro de 1950*. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Brasília: 1950. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. *Decreto n 3.028, 6 de maio de 1999*. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Brasília: 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. *Lei n 10.537, de 27 de agosto de 2002*. Altera os artigos 789 e 790 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n 5.452, de 1º de maio de 1943, sobre custas e emolumentos da Justiça do Trabalho, e acrescenta os arts. 789-A, 789-B e 790-B. Brasília: 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10537.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. Brasília, DF, Senado, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 29 jun. 2018.

BRASIL. Lei n 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). *Diário Oficial da União*, Brasília, 2017.

BRASIL. Fórum Nacional de Processo do Trabalho. *Enunciado 221 do FNPTrabalho*. [S.l.]: Fórum Nacional de Processo do Trabalho, 2017. Disponível em: <https://www.trtes.jus.br/principal/publicacoes/leitord/721032812?Formato=pdf>. Acesso em: 3 abr. 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Petição interposta ao Supremo Tribunal Federal*. **Brasília: 2021**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5250582>. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 219. *Diário de Justiça*, Brasília, 21 mar. 2016. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-219. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 10587-08.2019.5.15.0088, Rel. Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 23 abr. 2021. Disponível em: <https://jurisprudenciabackend.tst.jus.br/rest/documentos/bcc7896f477ca352f5af003a57148a8b>. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo de Natureza Jurídica 10593-84.2020.5.03.0000, Rel. Ministra Dora Maria da Costa - Seção Especializada em Dissídios Coletivos, *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 22 abr 2021. Disponível em <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/7b-8318d9ed85fa386695ec131d0a51c6>. Acesso em: 23 abr 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 1760-60.2018.5.12.0012, Rel. Ministra Katia Magalhães Arruda - 6ª Turma, *Diário de Justiça Eletrônico*, 23 abr. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/8e8527b10acb2e00f689425b33bd459>. Acesso em: 23 abr 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 47. *Diário de Justiça*, Brasília, 02 jun. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2504>. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 146.318, Rel. Ministro Carlos Velloso, 13 dez. 1996, *Diário da Justiça*, p. 10537, 4 abr. 1997. Brasília: 1997. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=RE%20146.318&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 03 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Sessão de julgamento da Ação direta de inconstitucionalidade n 5766*. Brasília, 10 maio 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo901.htm>. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer ao Projeto de Lei n 6.787, de 2016, do Poder Executivo*. Brasília, 2017. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961. Acesso em: 29 abr. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DANTAS, Paulo Roberto Figueiredo. *Direito processual constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva: 2017. *E-book*.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei 13.467/2017*. São Paulo: Ltr, 2017.

PADILHA, Rodrigo. *Direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Método, 2014. *E-book*.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTR, 2009.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida; MAZZO, Fernando Henrique Machado. Do movimento de acesso à justiça às preocupações sobre o aumento da litigiosidade de massa. *Revista Meritum*. Belo Horizonte, v. 10, n. 1, p. 77-100, jun. 2015. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/3369>. Acesso em: 29 abr. 2021.

11

CAPÍTULO

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

ANA CAROLINA VERGUEIRO JUNTOLLI¹

GUSTAVO RUBENS NUNES MIRANDA²

ADRIANO DA SILVA RIBEIRO³

RESUMO

Este trabalho tem como finalidade, a análise da inversão do ônus da prova no processo do trabalho, abordando as variações principiológicas e a sua materialização nos meios sociais trabalhistas em uma visão sistêmica. O estudo descreve não somente os entendimentos e críticas doutrinárias, como também a análise da jurisprudência, em especial do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal acerca do tema. Assim como ressaltar a importância da prova no ordenamento jurídico, isso porque é através dela que o magistrado forma a sua convicção a respeito do mérito da questão que está sendo discutida, e ainda os reflexos do novo Código de Processo Civil de 2015 na temática em discussão. Objetiva-se salientar como a inversão do ônus iguala as relações.

Palavras-chave: inversão do ônus da prova; direito processual do trabalho.

ABSTRACT

The purpose of the present paper is to analyze the inversion of the burden of proof in the labor process, approaching the principle variations and its materialization in the social work environment in a systemic view. The study describes not only the doctrinal understandings and criticisms but also the analysis of jurisprudence, especially the Superior Labor Court and the Federal Supreme Court on the subject. As well as highlighting the importance of proof in the legal system, this is because it is through it that the magistrate forms his conviction about the merit of the issue that is being discussed, and also the reflections of the new Code of Civil Procedure 2015 in the subject under discussion. The objective is to emphasize how the inversion of the burden equals relations.

Keywords: reversal of the burden of proof; procedural labor law.

1 Bacharel em Direito pela Fumec. E-mail: anajuntolli@gmail.com

2 Mestrando em Direito pela FUMEC, pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho, bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC). E-mail: gustavo@gustavomiranda.com.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7922727232269297>.

3 Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA (2019). Mestre em Direito da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade FUMEC (2020). Editor Assistente e Responsável Técnico na Revista Meritum do PPGD/FUMEC. Associado, Coordenador Adjunto, Editor Chefe dos Periódicos e Diretor de Relações Institucionais do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Assessor Judiciário do TJMG. Professor Universitário. E-mail: adrianoribeiro@yahoo.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2662848014950489>. Publons: AAM-4092-2020. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-6658-3179>.

Como citar o presente artigo científico:

JUNTOLLI, Ana Carolina Vergueiro; MIRANDA, Gustavo Rubens Nunes; RIBEIRO, Adriano da Silva. A inversão do ônus da prova no processo do trabalho. In: CAMARGOS, Laís Alves; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). Direito Processual Constitucional e sua Perspectiva Democrática. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2021, p. 180-195

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve como objetivo o estudo da inversão do ônus da prova com maior enfoque no processo do trabalho. Isso porque se trata de assunto que interfere diretamente em todos os sujeitos do processo, e por consequência na dinâmica processual. Essa interferência se dá, pois em certos momentos do processo pode ocorrer a inversão do ônus da prova, e com isso a inversão da obrigação de provar determinado fato ou alegação.

A prova pode ser constitutiva, extintiva ou modificativa de um direito, e conforme cada uma dessas espécies há uma previsão expressa de inversão do ônus conforme exposto no art. 818 da Consolidação de Leis Trabalhistas (CLT).

A comprovação ou não dos fatos alegados pelas partes é que auxiliam no convencimento do magistrado para proferir a sentença acerca do caso. Por isso pode se dizer que a prova é um dos meios pelo qual o magistrado deve percorrer para decidir sobre o caso, corroborando nesse sentido vem a disposição do art. 171 do Código de Processo Civil (2015) ao expressar que, o julgador não pode decidir contra a prova existentes nos autos, sob pena de nulidade da ação.

Isto posto, pode-se sustentar a importância do presente estudo do ônus da prova no processo do trabalho e nas demais esferas dos Direito, e ainda ressaltar a importância da matéria por parte dos magistrados, que possuem a incumbência de decidir, por meio da sentença o resultado da lide. Além do magistrado cabe também aos procuradores das partes, colaborar para que seja efetiva a decisão de mérito além de justa e efetiva, conforme disposto no art. 6º do Código de Processo Civil (CPC).

A inversão do ônus da prova do processo do trabalho é uma forma de equiparar as relações, permitindo uma igualdade entre as partes, diferente do que é apresentado na gênese protetiva inclusa no direito material do trabalho em favor do empregado, por entender que o mesmo se encontra em uma relação de hipossuficiência em relação ao empregador.

O surgimento desses institutos como a inversão do ônus da prova, é uma das formas de legitimar na prática no processo o princípio da igualdade expresso na Constituição Federal da República do Brasil (CR/88) em seu art. 5º, pois pressupõe que as pessoas colocadas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual: "Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades" (NERY JUNIOR, 1996, p. 42).

No que se refere à metodologia para a conclusão da presente monografia, será aplicado essencialmente o raciocínio dedutivo, embasado nas doutrinas e literaturas acerca do tema, iniciando por uma abordagem geral do tema até seus desdobramentos mais específicos.

A presente pesquisa se baseia em uma investigação do tema, onde terá como base as doutrinas publicadas por diversos autores, e para complementar as jurisprudências do Supremo Tribunal Federal (STF) e Supremo Tribunal de Justiça (STJ), além de outros meios de informação como periódicos, revistas, boletins, jornais, sites da internet que abordam o tema jurista, etc., que possam complementar o trabalho.

Por tudo já dito, não há que se negar a importância do presente estudo, e para iniciar o mesmo, por que não dar início com as palavras de Carnelutti ao expressar que "a prova é o coração do problema do juízo, como o juízo é o coração do problema do pensamento", ou ainda nas palavras de Eugênio Florian "prova é a alma do processo".

2 CONCEITO DE PROVA

A palavra prova vem do verbo provar, que na língua Portuguesa significa “O que demonstra a veracidade de uma proposição, de um fato; comprovação” (PROVA, 2019). Porém quando no campo jurídico esse conceito se torna mais complexo e diversificado:

O conceito de prova é plurissemântico, a prova pode ser dialeticamente compreendida, a um só tempo, como meio, atividade e resultado obtido mediante o discurso do contraditório. Afirmar de outro modo, que ela é o “resultado” processual da formação do convencimento judicial, atingido por via da “atividade” probatória desenvolvida pelas partes no curso do processo, que por via do discurso jurídico, respeitando o contraditório, se vale dos “meios” legais e moralmente legítimo ofertados pelo direito, para contribuírem na tarefa que o Estado-juiz possui de resolver o conflito colocado à sua apreciação de modo justo. (CESÁRIO, 2015, p. 50).

Já Carnelutti endossa que o sentido jurídico da prova é demonstrar a verdade formal dos fatos discutidos na lide, conforme procedimentos determinados, isto é, de forma assegurada pelo processo legal (CARNELUTTI, 2001).

Dessa forma conclui-se que as provas são aparatos processuais materiais considerados pelo ordenamento jurídico idôneo para demonstrar a veracidade dos fatos, ou não.

Muito semelhante ao que já foi dito, Schiavi e Oliveira corroboram que a prova é o esforço gerado pelas partes litigantes com a finalidade de firmar a convicção do magistrado em prol da inexistência de determinado fato tal como da existência ou inexistência de determinado direito (SCHIAVI, 2015; OLIVEIRA, 2014).

Oliveira complementa ao dizer que nem sempre a existência ou não da prova de determinado fato significa a existência de determinado direito constituído (OLIVEIRA, 2014).

Ainda sobre o conceito de prova e totalmente alinhado com os autores já citados, Greco Filho e Cairo Júnior expressam conceitos parecidos ao apontarem que no processo a prova é todo meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato, e isso no processo do trabalho é expresso no art. 832 da CLT⁴, pois prevê que na sentença o juiz deve apreciar as provas produzidas nos autos (GRECO FILHO, 1984; CAIRO JÚNIOR, 2015).

Diante desses estudos e interpretação acerca do tema Teixeira Filho ensaia um conceito se apoiando nas publicações de Bentham:

[...] extrai-se, como consectário prático uma fundamental regra de cautela, que deve ser observada por todos quando da elaboração de qualquer conceito de prova judiciária e segundo a qual ao jurista se impõe ater-se, rigidamente, ao aspecto ontológico (ou substancial) desse instituto poliédrico, cuidando para não adentrar em outros, sob pena de conduzir a uma confusão entre os significados de provas e meios probantes. Postas essas considerações, damo-nos a liberdade de ensaiar, a seguir, o nosso conceito de prova: é a demonstração, segundo as normas legais e específicas da realidade dos fatos relevantes e controvertidos no processo (TEIXEIRA FILHO, 2014, p. 30-31).

4 "Art. 832 - Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão." (BRASIL, 1943).

Em referência ao conceito posto acima, de que prova, para a interpretação e uso no processo, seriam meios lícitos para demonstrar veracidade ou não de determinado fato com o intuito final de convencer o juiz acerca da sua existência ou inexistência.

Leite na sua obra *Curso de Direito Processual do Trabalho*, apresenta uma inovação no campo doutrinário para conceituar o tema, uma vez que para ele, a prova não é mais a busca da verdade, e sim, ferramenta que auxilia a argumentação dos sujeitos que integram o processo, isto é, "um meio retórico, indispensável ao debate jurídico" (LEITE, 2014).

3 PRINCÍPIOS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

Quando se trata da prova no processo do trabalho, o tema é embasado nas doutrinas com diversos princípios, de modo a calçar a importância da utilização no decorrer do processo. Para iniciar o estudo dos princípios, é importante conceituar princípio e para isso, Melo afirma que:

Princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental, que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá harmônico (MELO, 1997, p. 557).

Assim como as normas, os princípios estão dispostos no decorrer de todo o ordenamento jurídico, porém quando se trata de prova especificamente a CLT possui poucos artigos que expressam esse tema, como por exemplo, o art. 769 da CLT⁵ que traz um fundamento permissivo, e com isso surgem algumas lacunas, que podem ser preenchidas com o uso do CPC, mas não são necessárias, uma vez que mesmo poucos os artigos que trazem o tema na CLT, já se fazem suficientes (BRASIL, 1943).

3.1 PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Esses princípios vêm declarados na Constituição da República (CR/88) mais especificamente no seu artigo 5º, e devem ser observados em qualquer processo judicial ou administrativo. Sendo assim, entende-se que os litigantes possuem o direito de fazer uso de todos os meios legais, desde que legítimos, mesmo que não especificados neste ordenamento com a finalidade de comprovar ou não a veracidade dos fatos de direito e as alegações pleiteadas na lide, de modo a fundamentar os pedidos feitos e ancorar o convencimento do magistrado na deliberação da sentença.

Dito isso, podemos conceituar ampla defesa como sendo, a oportunidade de ambas as partes produzirem todas as provas, tanto legais como as moralmente legítimas. Já o contraditório ocorre quando, uma determinada prova é produzida por uma das partes, a lei fornece a outra parte o direito de se manifestar a respeito do que foi produzido, tendo a faculdade de impugná-la ou não.

5 "Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título." (BRASIL, 1943).

3.2 PRINCÍPIO DA NECESSIDADE DA PROVA

Esse princípio existe, pois, a pura alegação das partes em juízo seria descartada sem que houvesse uma prova para atestar a realidade ou não dos fatos aduzidos ao processo. Por esse motivo é necessário trazer a prova por quem alega, ou a quem impugna sob pena de inexistência do fato no processo (LEITE, 2015).

Segundo Teixeira Filho, o juiz não deve se impressionar com as meras alegações expendidas pelas partes, exigindo-lhe a lei que decida conforme a sua convicção, com o apoio na prova produzida nos autos CPC, art. 371⁶ (TEIXEIRA FILHO, 2014).

3.3 PRINCÍPIO DA UNIDADE DA PROVA

A prova deve ser analisada como algo unitário, não deve ser apreciada de forma isolada ou em partes. Como por exemplo, em uma confissão, a análise deve ser feita na íntegra da narrativa dos fatos, todos os elementos devem ser analisados, não sendo possível extrair passagens isoladas do texto. Se no decorrer do processo, uma ou mais provas estiverem em conflito aparente, divergindo entre elas, exemplo, um laudo pericial vai contra o que diz uma prova testemunhal, nesse ponto cabe o juiz examinar todas as provas produzidas para formar seu convencimento motivado (LEITE, 2014).

Teixeira Filho conceitua esse tema ao dizer “o princípio em análise está a indicar que as provas devem ser apreciadas em conjunto, sem que se tenha de decidir, com exclusividade, em favor de um dos litigantes, só porque teria provado a maioria dos fatos em que se apoiam os pedidos” (TEIXEIRA FILHO, 2014).

3.4 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROVA OBTIDA ILICITAMENTE

Segundo esse princípio, as partes possuem a obrigatoriedade de agir com lealdade em todo o curso do processo, sobretudo na produção de prova, uma vez que ela é a base do convencimento do magistrado. Dessa forma, a não observância de tal princípio, poderia gerar sentença não condizente com a realidade.

Schiavi ressalta que a “proibição constitucional da produção de provas obtidas por meios ilícitos, como sendo um direito fundamental, serve não só para assegurar os direitos fundamentais do cidadão, mas também para garantir o devido processo legal e dignidade do processo” (SCHIAVI, 2015).

Esse princípio acima de tudo preserva a segurança jurídica, confiando um processo, verdadeiro para aqueles que procuram a resolução de seus conflitos pela via judicial.

6 "Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento." (BRASIL, 2015).

3.5 PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO OU PERSUASÃO RACIONAL

Quanto a esse princípio, normalmente existem duas posições, que podem ser tomadas por parte do juiz na aferição da prova processual, e ambos são formados consequentemente por dois princípios, são eles: o do livre convencimento e o da certeza legal.

Um se opõe ao outro, uma vez que no sistema legal da certeza legal o peso probatório das provas já estava estabelecido em lei, tolhendo ao juiz a liberdade em sua apreciação. Assim como o peso, a hierarquia no qual as provas eram apresentadas era taxada em norma, e mesmo que lícita a prova se não houvesse previsão em lei a mesma não poderia ser apresentada.

Porém no ordenamento atual, não é o que se aplica, o princípio que é empregado é o do livre convencimento, também chamado por alguns doutrinadores de princípio da persuasão racional, deixando de forma ampla a convicção a cargo da interpretação do magistrado. Esse princípio vem expresso no art. 371 do CPC e, implicitamente, no art. 765⁷ e art. 832 ambos da CLT, que determina constar na sentença “a apreciação das provas” e “os fundamentos da decisão” (BRASIL, 1943).

4 CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS

Devis Echandia, Carnelutti, Bentham, Bonier, Leite, Garcia e Malatesta, entre outros doutrinadores, dissertaram e constituíram conceitos classificando a prova, mas dentre todos esses foi o de Malatesta que se firmou, segundo ele a prova se classifica em três parâmetros: o objeto, o sujeito e a forma. Sendo assim para a classificação propriamente dita segundo Daniel Assumpção:

Quanto ao objeto (fatos), a prova pode se subdividir em direta e indireta. A prova direta é aquela destinada justamente a alegação de fato que se procura demonstrar como verdadeira. Já a indireta é aquela destinada a demonstrar as alegações de fatos secundários ou circunstanciais, das quais o juiz por um raciocínio dedutivo, presume como verdadeiro o fato principal. As provas indiretas são conhecidas como indícios.

Quanto ao sujeito, podem ser pessoal ou real, sendo pessoal quando decorre de uma consciente declaração feita por uma pessoa, enquanto a prova real é aquela constituída por objetos e coisas, que representam fatos sem na verdade declararem conscientemente sua veracidade.

Quanto à forma elas podem ser testemunhal, documental, ou material. Será testemunhal quando for produzida sob a forma oral, devendo ser entendida de fato sensu, ou seja, além da prova testemunhal propriamente dita, também incluem nesse critério o depoimento pessoal, o interrogatório e o depoimento do perito em audiência de instrução. Prova documental é toda afirmação de um fato escrita ou gravada, como um contrato ou fotografia. Prova material é qualquer forma material, que, não sendo testemunhal nem documental, comprove um fato, como perícia e inspeção judicial (NEVES, 2014, p. 469).

7 "Art. 765 - Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas." (BRASIL, 1943).

Essa classificação existe para auxiliar a organização no momento que o magistrado apura as provas para o convencimento do fato para seu convencimento e fundamentação na sentença.

4.1 OBJETO DA PROVA

Ao se tratar de Direito Processual, em regra, as provas recaem diretamente aos fatos alegados pelas partes, tanto na causa de pedir quanto na defesa, isso é, se trata das alegações ou a versão dos fatos que necessitam de comprovação ou de impugnação.

Nas situações onde a causa de pedir ou a contestação envolvem questões de fato, que constituem um direito, há necessidade da produção da prova para que o pedido seja julgado de acordo com o convencimento do magistrado.

O fato é em sua constância indiscutível. Quando falta com a verdade pode se dizer que não corresponde a um fato, ou que o mesmo não existe. Sendo assim trata-se de uma hipótese falsa de um fato. Ou seja, a narrativa de um fato pode ser falsa, pois o mesmo não ocorreu conforme narrado. O que não se admite é um fato falso, pois o fato é sempre verídico (CAIRO JR., 2015).

Os fatos que dependem de provas são entre eles os: Pertinentes, relevantes, controvertidos, não notórios ou não presumidos de forma absoluta. Os pertinentes são aqueles que possuem correlação direta com a causa; relevantes são aqueles que possuem importância para a decisão do feito; os notórios são os de conhecimento comum, de uma determinada sociedade; o incontroverso é aquele que não é impugnado pela outra parte, como se confesso fosse; irrelevantes são aqueles que não influenciam, ou acrescentam para a resolução da questão. Teixeira Filho se posiciona quanto aos fatos dependentes de prova ao dizer:

Relevantes são os fatos relacionados diretamente com a ação, os que se revestem de eficácia para influenciar na decisão da causa. Vai daí o serem igualmente designados de influentes, pela doutrina. Em raciocínio oposto, pode-se dizer que ficam excluídos da prova os fatos despiciendos, inúteis, isto é, os que não exercerão qualquer influência no julgamento de causa pois, "frusta probatur quod probatur non relevant", conforme ensina o anexam latino [...]. Determinados são os fatos individualizados, especificados, os que com eles possam se assemelhar. Cumpra às partes, desse modo, precisar os fatos que constituem o supedâneo da inicial e da contestação (ou da resposta *latu sensu*), conforme seja a hipótese. (TEIXEIRA FILHO, 2014, p. 38).

Diante todo o exposto, compreende-se que, em regra, o objeto da prova é o de autenticar as alegações dos sujeitos do processo através dos fatos cerceados nos autos, para com isso convencer o juiz. Vale ainda observar que neste itinerário de confirmar a verdade das alegações há fatos que independem de provas, devendo o juiz julgar a lide apenas pelas pretensões expostas na petição inicial ou em defesa.

4.2 PROVA EMPRESTADA

Essa modalidade se trata de uma prova que já foi constituída em um outro processo, e então como no sentido literal da palavra, emprestada a um outro processo. Oliveira conceitua sendo aquela que poderá ser transladada de um processo a outro pela parte a quem aproveita da constituição da mesma (OLIVEIRA, 2014, p. 44).

Dessa forma, é aceita e mencionada pelas doutrinas, nas jurisprudências e, apesar de não estar inserida no CPC como um meio legal de prova, pode ser considerado um meio moralmente legítimo conforme, art. 369⁸ CPC. Admitir a utilização da prova emprestada é prestigiar a efetividade dos princípios constitucionais do devido processo legal, acesso à justiça e efetividade processual (SCHIAVI, 2015).

Contudo existe uma doutrina que não aceita essa aplicação subsidiária de uma prova produzida em outro processo para o uso no processo em curso nas ações trabalhistas, assim o fazem embasando que tal aplicação corromperia o princípio da identidade física do juiz, da imediatidade na assunção da prova, da oralidade e da concentração probatória em audiência.

Porém, se analisar os argumentos postos contra essa prática, é visto que não fundamentam a não utilização da mesma, haja vista que o Tribunal, quando em segunda instância vai apreciar a prova produzida em primeiro grau não a colhe diretamente, ou seja, nada mais faz que também usar emprestada a prova que já foi produzida em primeira instância, e dessa forma não fere o princípio da imediatidade e identidade física do juiz. Acrescente-se que a prova documental também é produzida antecipadamente, inexistindo o contraditório na sua origem, e sim após acostado nos autos (SCHIAVI, 2015).

4.3 PRODUZIDA ENTRE AS MESMAS PARTES

Neste princípio, em que as partes se controvertem são as mesmas do processo de onde demanda a prova emprestada, uma vez que uma parte vai produzir e as duas irão usar em princípio. São unânimes as doutrinas e jurisprudência de que a eficácia deverá ser para os dois processos, condicionados aos seguintes requisitos: 1- que a prova emprestada tenha sido colhida em processo entre as mesmas partes; 2- que na formação da prova tenham sido seguidas as formalidades legais previstas; 3- que haja assim como a igualdade entre as partes, a identidade dos fatos que ora se quer provar. (OLIVEIRA, 2014).

Dessa mesma forma acompanha Teixeira Filho e ainda traz um exemplo palpável a esse princípio:

Suponha uma demanda em que o empregado tenha pleiteado horas extras em decorrência da jornada de trabalho compreendida entre às 8h e 23h e que a ré tenha sido condenada ao correlato. Afirma, sob este aspecto, que a prova produzida quanto ao labor extraordinário na primeira ação poderia ser utilizada em demanda que objetivasse o pagamento de adicional noturno, a fim de garantir-se a inexistência de "sentenças eventualmente conflitantes" (TEIXEIRA FILHO, 2014, p. 79).

8 Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz; (BRASIL, 1995).

Observa-se no trecho acima que os quesitos de igualdade de partes, respeito às formalidades legais na formação da prova e ainda, igualdade entre os fatos foram seguidas e por esse motivo a prova aceita, e além de tudo assegura uma eventual sentença conflitante, presando sempre a segurança jurídica.

4.4 PRODUZIDA ENTRE TERCEIROS

Quando a prova emprestada tiver sido produzida por terceiros, a eficácia comprobatória fica prejudicada, isso porque não passou pelo crivo do contraditório de ambas as partes litigantes. Segundo Oliveira terá um caráter informativo apenas, na maioria das situações (OLIVEIRA, 2014).

De forma a preservar o direito ao contraditório em 2014 o, STJ modificou seu entendimento em partes, admitindo a prova emprestada do qual as partes não participam do processo, nesse caso a prova será trasladada bastando que seja assegurado o contraditório:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PROVA EMPRESTADA ENTRE PROCESSOS COM PARTES DIFERENTES. É admissível, assegurado o contraditório, prova emprestada de processo do qual não participaram as partes do processo para o qual a prova será trasladada. A grande valia da prova emprestada reside na economia processual que proporciona, tendo em vista que se evita a repetição desnecessária da produção de prova de idêntico conteúdo. Igualmente, a economia processual decorrente da utilização da prova emprestada importa em incremento de eficiência, na medida em que garante a obtenção do mesmo resultado útil, em menor período de tempo, em consonância com a garantia constitucional da duração razoável do processo, inserida na CF pela EC 45/2004. Assim, é recomendável que a prova emprestada seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. Porém, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade sem justificativa razoável para isso. Assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, o empréstimo será válido. (BRASIL, 2014).

Sendo assim, uma vez respeitado o direito das partes de impugnar as provas apresentadas nos autos, as provas emprestadas podem ser usadas e devem, pois segundo o STJ isso gera não só uma economia processual como também uma celeridade ao processo.

5 SISTEMA DE VALORAÇÃO DA PROVA

O processo tem como objetivo final a solução do conflito entre as partes, as provas auxiliam nesse objetivo, uma vez que, é também por meio delas que o magistrado constrói seu convencimento. Mas se tratando das provas no ordenamento processual elas apresentam valorações diferentes conformes a sua natureza.

No ordenamento processual em regra é apontado três sistemas de valoração da prova, sendo eles, o da prova legal ou positiva, o da livre convicção e da persuasão racional. São os sistemas de valoração da prova que auxiliará o magistrado na formação do seu convencimento

sobre a prova, e como consequência nos fatos e, por fim, o seu entendimento expresso na forma da sentença.

5.1 SISTEMA DA PROVA LEGAL OU POSITIVA

Esse sistema tem uma origem na antiguidade, vindo das ordálias ou também conhecido como juízos de Deus, era conhecida assim, pois acreditava-se que a parte que estivesse correta teria a proteção da divindade. Nesse sistema as provas eram previamente por lei taxadas, a cada uma aferida um peso correspondente e, depois, eram colocadas em balanças para verificar quais tinham mais peso. Neste critério o peso da prova era somente quantitativo, não importante a qualidade da prova. Teixeira Filho narra um exemplo: o valor probatório de uma única testemunha nada valia em contraposição ao testemunho de duas testemunhas que se constituía como prova plena (TEIXEIRA FILHO, 2014).

Até os dias de hoje, pode se encontrar resquícios desse sistema em nosso ordenamento ou em algumas decisões, uma vez que no dispositivo do art. 443, II do CPC⁹ há uma limitação quanto a prova testemunhal (BRASIL, 2015), e também pode ser observado na Súmula 149 do STJ¹⁰, no qual se restringe a prova exclusivamente testemunhal para comprovação de atividade rurícola para efeitos de obtenção de benefício previdenciário.

5.2 SISTEMA DA LIVRE CONVICÇÃO

Segundo os historiadores esse sistema teve início à época da Revolução Francesa, no qual o juiz era o senhor do processo, e deveriam julgar baseados tão somente na sua íntima convicção. Essa norma foi amparada pela Assembleia Constituinte de 1791 e dessa forma os jurados não precisavam se submeter a nenhum tipo de regra quanto a valoração da prova, devendo apenas se valer das experiências pessoais. O magistrado pode se valer de sua experiência pessoal, abdicando de fundamentar a decisão, decidindo conforme seu íntimo (TEIXEIRA FILHO, 2014).

Assim como no primeiro sistema de valoração de provas mencionado, o Sistema de Prova Legal ou Positiva esse também pode ser encontrado até hoje. Ocorre no Tribunal do Júri onde os jurados são isentos de fundamentar suas decisões, de forma a proferi-las conforme sua convicção.

A forma de valoração utilizada pela íntima convicção viola o brocardo *quod non est in actis non est in mundo*, que tem como significado "O que não está nos autos, não está no mundo jurídico". Nesse diapasão, o sistema é uma exceção no Processo Penal brasileiro. Aplica-se a última regra citada aos julgamentos do Tribunal do Júri, pois os jurados não precisam fundamentar a sua decisão, repise-se de passagem, conforme interpretação do artigo art. 5º, XXXVIII, "b", da Constituição da República¹¹.

9 "Art. 443. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos: [...] II – que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados." (BRASIL, 1995).

10 "A prova exclusivamente testemunhal não basta a comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário." (BRASIL, 1995).

11 "XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: [...] b) o sigilo das votações;" (BRASIL, 1988).

Portanto, percebe-se que a principal diferença entre os dois supracitados sistemas de valoração de provas encontra-se na necessidade ou não de fundamentação quanto à escolha de provas.

5.3 SISTEMA DA PERSUASÃO RACIONAL

Por último, o Sistema de Persuasão Racional, para muitos doutrinadores é um compilado dos anteriores, é ainda o aplicado no ordenamento atual. Corrobora com essa conclusão as palavras de Teixeira Filho "o sistema da persuasão racional, constitui uma síntese das anteriores, se bem que, em verdade, tenha surgido com os códigos napoleônicos" (TEIXEIRA FILHO, 2014, p. 116).

Prova disso é redigido no art. 131 do CPC, "o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos circunstâncias constantes aos autos" (BRASIL, 2015), e não só é presente no CPC mas também na CLT implicitamente em seu art. 765, no qual confere ao juiz ampla liberdade na condução do processo, ou no art. 832 também da CLT, quando determina que conste na sentença a "apreciação das provas" e ainda os "fundamentos da decisão" (BRASIL, 1943), sem falar nos diversos outros como o expressamente prevê a Constituição da República em seu art. 93, IX¹².

5.4 ÔNUS DA PROVA

Ônus significa peso, encargo, uma obrigação que um indivíduo possui de difícil cumprimento (ÔNUS, 2019), no âmbito jurídico podemos traduzir esse conceito para a obrigação de um indivíduo que alega algo, comprovar por meios de provas essa alegação por ele feita. O ônus da prova é direcionado para a parte que tem a necessidade de provar para possivelmente vencer (GARCIA, 2015, p. 465) ou, ainda, segundo Nascimento, "ônus da prova é responsabilidade atribuída à parte, para produzir uma prova e que, uma vez não realizada satisfatoriamente, traz, como consequência, o não reconhecimento pelo órgão jurisdicional, da existência do fato que a prova destinava demonstrar" (NASCIMENTO, 2002, p. 428).

Entende por ônus da prova um dever processual que incube ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito e ao réu quanto aos fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor, que por sua vez não realizado, gera uma situação desfavorável à parte que detinha o ônus e favorável à parte contrária, na obtenção da pretensão posta em juízo. (SCHIAVI, 2015, p. 666).

Dessa forma a obrigação de provar o fato alegado é extremamente importante, e o não cumprimento do ônus de prova, gera o risco em ver negada a pretensão pleiteada. Nesse sentido Nery Júnior diz que o não atendimento do ônus de provar coloca a parte em desvantajosa posição (NERY JUNIOR, 1996).

12 "IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;" (BRASIL, 1988)

Diversas doutrinas fazem menção ao que chamam de "ônus objetivo", isso quer dizer que, se a prova foi produzida e consta nos autos, não importa a parte que produziu, o juiz deve analisar e considerar na sua decisão.

Contudo, cabe ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas que ele julgue necessárias para o julgamento do mérito da lide. O juiz por meio de decisão fundamentada deve interferir, sobre as diligências inúteis ou ainda meramente protelatórias como prevê o art. 370, do CPC: "Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias."(BRASIL, 2015).

Na CLT, especificamente no art. 818 são descritas as regras que dispõe, sobre a obrigação de provar o fato alegado, "a prova das alegações incumbe a parte que o fizer" (BRASIL, 1943), quando o fato for constitutivo do seu direito, cabe ao autor, quando o fato for impeditivo, extintivo ou modificativo do réu, conforme em harmonia a CLT também prevê o CPC em seu art. 373, inciso II:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. (BRASIL, 2015).

O fato constitutivo como o nome já descreve se trata de uma situação fática ocorrida que faz nascer um direito ao autor. Por exemplo, o autor alega que trabalhava aos domingos. O fato impeditivo ocorre quando o réu admite o fato posto pelo autor, porém alega um novo fato que impeça este. Seguindo a linha do primeiro exemplo é como se o réu admitisse que o autor de fato trabalhava aos domingos, mas era recompensado por uma folga no decorrer da semana. Os fatos extintivos são aqueles opostos ao direito alegado, tornando-o inexigível, acompanhando os exemplos anteriores, é como se o réu confirmasse que o autor trabalhasse aos domingos, porém ele era recompensado financeiramente por isso. Já os modificativos são aqueles que sem negar os fatos alegados pelo autor, o réu demonstra fatos que impedem os efeitos desejados. Como por exemplo, o réu assume que o autor trabalhava aos domingos, mas não era obrigatório e era para um projeto social no qual todos que ali laboravam, fazia de forma voluntária.

5.5 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

A atual redação do art. 818 da CLT¹³, em sintonia com o que prevê o CPC, em seu art. 373, adota uma teoria, chamada de dinâmica das provas, que consiste em síntese na redistribuição da carga probatória, tirando o peso desta de quem está em dificuldade de comprovar o que foi alegado e transferindo para a outra parte que em tese tem mais facilidade para fazê-lo.

13 "Art. 818. O ônus da prova incumbe:

I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante." (BRASIL, 1943).

Isso está descrito no parágrafo 1º do art. 818 da CLT, conforme segue a baixo:

Nos casos previstos em Lei ou diante peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos desse artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova por meio diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. (BRASIL, 1943).

Essa chamada inversão do ônus da prova não possui o caráter punitivo para com a parte adversa, mas como meio de prosseguir o processo, pois é necessário que os fatos alegados sejam comprovados, para no final resultar na resolução da demanda. (GARCIA, 2015). A inversão do ônus da prova atua sobre as alegações contidas no objeto da prova e não nas regras da inversão, uma vez que a única finalidade é de comprovar o fato alegado.

Essa inversão do ônus da prova poderá ocorrer em algumas hipóteses, dentre elas: 1- quando previsto em lei; 2- impossível ou muito difícil de cumprir; 3- facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

Quando há previsão em lei para a inversão do ônus da prova, de certa forma as partes já esperam que isso possa ocorrer, dessa forma fica mais incomum se desincumbir, já nas demais hipóteses caberá ao juiz ter a sensibilidade referente a demanda daquele caso específico, respeitando o que prevê o parágrafo 3º do art. 818 da CLT, quando se refere que o encargo não seja impossível ou excessivamente difícil: "§ 3º A decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil." (BRASIL, 1943).

O motivo dessa inversão ser na maioria dos casos dependente da interpretação do juiz ao caso específico, que a decisão deve sempre ser fundamentada. Ou seja, ele deve por meio da fundamentação explicar o motivo pelo qual ele inverteu o ônus da prova. Ressaltando que também se trata de uma garantia constitucional como já citado anteriormente, previsto no art. 93, inciso IX da Constituição da República. Se por algum motivo a inversão for decretada pelo juiz sem a devida fundamentação, seria uma violação clara ao princípio da legalidade, ampla defesa e contraditório.

Sendo assim, além de fundamentar a decisão da inversão deve o magistrado dar a oportunidade da parte de desincumbir-se do ônus, conforme prevê o disposto no parágrafo segundo do art. 818 da CLT: "§ 2º A decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido." (BRASIL, 1943).

Independentemente da hipótese que leve ao magistrado o entendimento da necessidade da inversão do ônus da prova, é dever dele indicar o fato ou fatos em relação aos quais ele determina a inversão. Pode ocorrer determinações genéricas por parte do juiz, mas quando isso ocorrer, assim como nas outras hipóteses deve ele fundamentar sua decisão e justificar a medida tomada, isso pode ocorrer quando para o juiz todo o ônus da prova deve ser alterado.

Essa decisão de inversão deve ser comunicada pelo juiz sempre antes de iniciada a instrução, pois é o momento no qual as provas são produzidas para que a parte não seja surpreendida posteriormente sob alegação de não ter se desvencilhado do seu encargo probatório. (LEITE, 2015).

5.6 PRINCÍPIOS PARA A APTIDÃO DA PROVA

Segundo esse princípio a prova deverá ser apresentada pela parte que apresenta melhores condições de produzi-la. Isso ocorre mesmo se os fatos narrados tenham sido alegados pela parte contrária.

Esse princípio pode ser observado na Súmula 212 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) como demonstrado a seguir:

O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado (BRASIL, 2003).

Esse princípio está em sintonia a previsão da hipótese da facilidade de obtenção da prova do fato contrário, ou seja, quando for mais fácil para uma parte a obtenção da prova mesmo que não tenha por ela sido alegada, cabe a inversão da prova.

6 CONCLUSÃO

As relações trazidas pelo direito material do trabalho são nitidamente protetivas, analisando o empregado por uma visão de hipossuficiência em relação ao empregador, de forma que o direito do trabalho no seu aspecto material tenta proteger essa figura do empregado. Dando ao direito material, uma roupagem social e humanitária, o que é plausível haja visto que a Constituição vigente é social.

No direito material trabalhista é assegurado uma maior proteção ao empregado em relação ao empregador, uma vez que ele se apresenta em uma relação de hipossuficiência, já para o direito processual do trabalho essa relação não existe, já que a inversão do ônus não privilegia uma parte específica pois a mesma ocorre em decorrência da facilidade comprobatória da alegação. Sendo assim independe se quem alegou foi o autor ou o réu da ação, ambas podem ser beneficiadas por essa inversão. Desse modo conclui-se que o direito processual trabalhista equilibra essa "balança" que estava mais pendente para um único lado, dando oportunidade igual para ambas às partes no processo.

E uma das ferramentas usadas para que isso ocorra é exatamente a inversão do ônus da prova, pois para o magistrado o que vale naquele momento é que o fato alegado seja comprovado. Nesse sentido, o que foi suscitado no processo por qualquer uma das partes deve ser comprovado para que no final o juiz decida conforme o seu convencimento, sendo que este foi construído ao longo do processo, exatamente pela apresentação das provas. Logo, para o magistrado, não importa a quem pertence o fato a ser provado, e sim se o fato existiu ou não.

Esse processo de igualar as partes faz com que o processo seja o mais correto possível na sua aplicação e ainda, que ambas as partes tenham a mesma oportunidade de ganho nas demandas.

Por fim, com intuito de concluir o trabalho, ressalta-se que o processo também é um meio de pacificar uma lide, e para isso depende da apuração dos fatos que ocorreram entre as partes e, finalmente, a satisfação do direito material pleiteado. Para isso, as provas são essenciais,

cabendo ao juiz todo o esforço para levantar as mesmas ao processo, seja invertendo ou não o ônus da prova.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 3 jul. 2019.
- BRASIL. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, 3 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 maio 2021.
- BRASIL. *Decreto Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Brasília: 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 10 maio 2021.
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília: 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 10 maio 2021.
- BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília: 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 maio 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 149*. 18 dez. Brasília: 1995. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_10_capSumula149.pdf. Acesso em: 10 maio 2021.
- BRASIL. Tribunal Superior de Justiça. *EREsp 617.428/SP*. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Corte Especial. Julgado em 04 jun. 2014. DJe 17 jun. 2014. Brasília: 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102882939&dt_publicacao=17/06/2014. Acesso em: 10 maio 2021.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 212*. Brasília: 2003. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-212. Acesso em: 10 maio 2021.
- CAIRO JR, José. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Traduzido por Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2001.
- CESÁRIO, João Humberto. *Provas no Processo do Trabalho*. Cuiabá: JHC, 2015.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. 3.
- GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- NASCIMENTO, Amaury Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- NERY JUNIOR, Nelson *et al*. *Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: RT, 1996.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2014.
- OLIVEIRA, Francisco Antônio. *A Prova no Processo do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- ÔNUS. In: DICIONÁRIO Online de Português. 2019. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/onus/>. Acesso em: 10 maio 2021.
- PROVA. In: DICIONÁRIO Online de Português. 2019. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/prova/>. Acesso em: 10 maio 2021.
- SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2015.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *A Prova no Processo do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2014.

12

CAPÍTULO

JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO

JUS POSTULANDI IN LABOR JUSTICE

MARINA AFONSO DA SILVA¹

GABRIELA DE VASCONCELOS SOUSA²

FABRÍCIO VEIGA COSTA³

RESUMO

O presente trabalho dispõe sobre a aplicabilidade do *Jus Postulandi* na Justiça do Trabalho, através do método hipotético dedutivo, fundamentado em pesquisa bibliográfica. Além disso, apresenta um confronto entre o artigo 791 da CLT, que fundamenta o *jus Postulandi* e o art. 133 da Constituição da República de 1988, que preceitua sobre a indispensabilidade do advogado na proteção jurisdicional. Conclui-se que o instituto provoca mais malefícios que benefícios ao empregado, já que se encontra em condição de vulnerabilidade na relação trabalhista, ocasionando desigualdades processuais e sociais.

Palavras-chave: *jus postulandi*; justiça gratuita; honorários advocatícios; indispensabilidade do advogado.

ABSTRACT

The present work deals with the applicability of Jus Postulandi in Labor Justice, through the hypothetical deductive method, based on bibliographic research. In addition, it presents a confrontation between art. 791 of the CLT, which substantiates the jus Postulandi and art. 133 of 1988 Constitution of the Republic, which provides for the indispensability of the lawyer in jurisdictional protection. It is concluded that the institute causes more harm than benefits to the employee, since it is in a condition of vulnerability in the labor relationship, causing procedural and social inequalities.

Keywords: *jus postulandi*; free justice; free assistance; attorney fees; lawyer indispensability.

1 Graduada em Direito pela Universidade FUMEC. Pós-graduanda em Direito Público pela Faculdade CERS. Assessora jurídica da Câmara Municipal de Turmalina/MG

2 Graduada e Mestranda em Direito pela Universidade FUMEC. Professora na Faculdade FACISA. Advogada. E-mail: gabrielav-sousa@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5211825530483081>.

3 Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna – Doutorado e Mestrado. Doutor e Mestre em Direito Processual – Pucminas. Residência Pós-Doutoral em Educação (UFMG) e Psicologia (PUCMINAS). Especialista em Direito Processual; Direito de Família; Direito Educacional – PUCMINAS. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Pesquisador; professor universitário e advogado. E-mail: fvcufu@uol.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7152642230889744>.

Como citar o presente artigo científico:

SILVA, Marina Afonso da; SOUSA, Gabriela de Vasconcelos; COSTA, Fabrício Veiga. Jus postulandi na justiça do trabalho. In: CAMARGOS, Laís Alves; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). Direito Processual Constitucional e sua Perspectiva Democrática. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2021, p. 196-211

1 INTRODUÇÃO

Com o presente trabalho acadêmico, propõe-se uma abordagem do instituto denominado *Jus Postulandi*. Propõe-se ainda um estudo dos posicionamentos divergentes no ordenamento jurídico brasileiro sobre a liberdade postulatória na Justiça do Trabalho, e se esta liberdade de demandar sem a assistência de um advogado regularmente constituído é benéfica para o litigante.

Serão vistas ao longo do trabalho as vantagens e desvantagens de sua aplicação no âmbito dos Tribunais do Trabalho. Verificar-se-á que a ausência de conhecimento técnico na reclamação, poderá acarretar um desequilíbrio entre as partes, uma vez que não haverá igualdade de condições (uma parte não representada por advogado enquanto a outra parte representada por profissionais tecnicamente preparados para a função).

O presente trabalho buscará também refletir sobre a discussão entre o confronto envolvendo o art. 791 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que fundamenta o *Jus Postulandi* e o art. 133 da Constituição da República de 1988 (CR/88), que preceitua sobre a indispensabilidade do advogado.

Será observado que, com o advento da CR/88, a indispensabilidade do advogado na seara Judicial se fortalece. Não se haverá de negar que assistência técnica e profissional prestada pelo advogado se insere à luz da Constituição da República, que assegura aos litigantes, em processos judiciais ou administrativos, o contraditório e ampla defesa, conforme se verifica no art. 5º da CR/88: “Art. 5º LV aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988).

Pretende-se, com isso, aprofundar e tratar de forma crítico-reflexiva quais as vantagens e desvantagens da aplicação do *Jus Postulandi* no ordenamento jurídico trabalhista brasileiro, principalmente no tocante a atuação do advogado no desfecho da linde.

No primeiro capítulo, será delineado o conceito e previsão legal do instituto, além de abordar a capacidade postulatória perante a Justiça do Trabalho. O segundo capítulo cuidar-se-á dos princípios aplicáveis, assim como a assistência judiciária gratuita e seus benefícios, além das despesas processuais alcançadas pela gratuidade da Justiça.

Em última análise, o último capítulo discursa sobre a indispensabilidade do advogado e seus efeitos, nos termos que serão propostos na conclusão do presente trabalho.

2 CONCEITO E PREVISÃO LEGAL DE JUS POSTULANDI

O instituto do *Jus Postulandi* nada mais é do que a capacidade das partes de uma relação trabalhista demandarem em juízo, sendo dispensada a assistência de advogado devidamente constituído.

A aplicação do instituto do *Jus Postulandi* possibilita a celeridade e a informalidade processual, bem como o fácil acesso à justiça aos hipossuficientes das relações trabalhistas, haja vista que, na maioria das vezes, o empregado não tem condições de arcar com as despesas da

contratação de um advogado para representá-lo em juízo, sem prejudicar o seu sustento e de sua família. Imperioso destacar, que o instituto do *Jus Postulandi* é peculiar à justiça do trabalho. (COLNAGO; NAHAS, 2016, p. 48).

O *Jus Postulandi*, entendido como princípio, é denominado como a capacidade postulatória (ALMEIDA, 2002, p. 72).

Existem juristas, no entanto, que denominam de modo diverso, qual seja, *Jus Postulandi*. É o que faz, a título de exemplo, Sérgio Pinto Martins, em sua obra Direito Processual do Trabalho (MARTINS, 2016, p. 274).

No presente estudo, entretanto, assim como usualmente observa-se na doutrina que cuida do tema, bem como para se evitar infundáveis repetições, utilizar-se-á a terminologia *Jus Postulandi* para referir-se, a rigor, ao *Jus Postulandi* da parte.

Como já mencionado, trata-se da capacidade de postular em juízo, através da faculdade concedida pelo ordenamento jurídico para a prática de atos num processo judicial.

Nesse sentido, no Processo do Trabalho, admite-se que o empregado e o empregador postulem em juízo sem a presença de advogado; o que se denomina como *Jus Postulandi* das partes. Tal instituto encontra-se previsto na CLT, em seu art. 791, que dispõe:

Os empregados e empregadores poderão reclamar pessoalmente a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final. §1º: Nos dissídios individuais, os empregados e empregadores poderão fazer-se representar por intermédio do sindicato, advogado, solicitador, ou provisionado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. §2º: Nos dissídios coletivos é facultada aos interessados a assistência por advogado. (BRASIL, 1943).

Segundo Alexandre Freitas Câmara:

fazem as partes representar-se em juízo por intermédio de advogados (públicos ou privados). O advogado, com afirma o art. 133 da Constituição da República, é essencial à administração de justiça, o que deve ser lido como uma exigência constitucional de participação do advogado como representante das partes no desenvolvimento do processo, de modo assegurar-se um contraditório efetivo e equilibrado.. (CÂMARA, 2016, p. 61).

O pretexto da regra era viabilizar e facilitar a reclamação dos empregados perante o Judiciário, já que não teriam eles, em regra, condições de contratar advogado, figura, que, aliás, antigamente, não se encontrava facilmente em todas as jurisdições. (SARAIVA, 2011, p. 38). Assim, faculta-se à parte litigar sem a presença do advogado, o que será objeto de estudo mais adiante.

A respeito da abrangência do instituto, veja-se mais adiante, que o TST limita a aplicação do instituto do *Jus Postulandi* em alguns casos, exigindo, que a parte esteja representada por advogado, conforme colacionado na Súmula 425: "O *Jus Postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho". (BRASIL, 2010).

Nesse sentido, a abrangência do instituto está pacificada em entendimento adotado pelos Tribunais Trabalhistas, acerca da manutenção e sua vigência em relação ao Jus Postulandi trabalhista.

2.1 CAPACIDADE POSTULATÓRIA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Para se deduzir pretensão perante o judiciário, além da capacidade de ser parte, exige-se a capacidade processual (de estar em juízo). O Código Civil em seu art. 1º, diz que:

[...] toda pessoa é capaz de direitos e obrigações na ordem civil". Já o art. 7º do CPC estabelece que "é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, assim como na Justiça Comum, no âmbito da Justiça Trabalhista as partes se fazem representar por seus advogados. Veja-se as palavras de Marinoni e Mitidiero, que afirmam:

O advogado legalmente habilitado representa a parte em juízo, outorgando-lhe capacidade postulatória, sendo indispensável à administração da justiça. Asseveram, demais disso, que o papel do advogado é traduzir as alegações da parte em linguagem técnica e adequada, fazendo a interface da parte com o órgão jurisdicional e deste com a parte. (MARINONI; MITIDIERO, 2014, p. 128).

A Constituição da República, nesse sentido, tratando-se das funções essenciais à Justiça, reputa o advogado como indispensável à administração da justiça. Veja-se o seu art. 133: "O advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da Lei". (BRASIL, 1998).

Observa-se ainda que o atual Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei 8.906/94, incluiu no ordenamento jurídico uma norma ainda mais abrangente e taxativa. Veja-se o seu art. 1º: "São atividades privativas de advocacia: I – a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais" (BRASIL, 1994).

O tema afeto à indisponibilidade do advogado à administração da Justiça, será objeto de estudo detalhado no item 8 deste trabalho.

Diversamente do que foi mencionado acima, José Roberto Freira Pimenta afirma:

É preciso observar, no entanto, que a possibilidade de atuar em Juízo pessoalmente tem sido tradicionalmente considerada como uma das mais importantes medidas de ampliação do acesso à justiça para os jurisdicionados em geral e uma das notas características positivas da própria Justiça Laboral, sendo no mínimo paradoxal que as pequenas causas de valor até 20 (vinte) salários mínimos, que nos Juizados Especiais Cíveis também não contam com o patrocínio obrigatório de advogados (art. 9º da Lei n. 9.099/95), passem a exigí-lo apenas porque passaram a competência material da Justiça do Trabalho. Ademais, não se pode ignorar que até antes da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, em todas as causas não decorrentes da relação de emprego que já tramitavam na Justiça do Trabalho por força de norma legal expressa, sempre foram pacificamente tidos por aplicáveis tanto o disposto no caput do

art. 791 quanto o referido entendimento jurisprudencial sobre os honorários advocatícios, sendo de se questionar se haveria motivos suficientes para tão significativa alteração. (PIMENTA, 2005, p. 270- 271).

Esse também é o entendimento adotado pelo autor Ísis Siqueira, que manifestou expressamente o seu inconformismo em relação à inaplicabilidade do *Jus Postulandi*:

Não importa nem mesmo a falta de aptidão técnica da parte para fazê-lo, pois, a própria lei, presumindo-o, faculta ao juiz impulsionar, de ofício, o processo [...]. Mas é dentro ainda de uma especulação doutrinária sobre o exercício do jus postulandi pelas próprias partes que é possível admitir-se uma atuação do juiz do trabalho mais positiva, não apenas em relação ao aspecto material do andamento do processo, mas no sentido de suprir a falta de conhecimentos técnicos dos litigantes desassistidos por advogados, orientando-os a tal respeito. [...] pode-se constar que o exercício do jus postulandi pela própria parte, na Justiça Especializada, constitui um verdadeiro corolário da tutela jurídica que recebe o trabalhador no ordenamento legal próprio, que surgiu, em todos os países do mundo, como uma compensação à sua hipossuficiência, em face da superioridade econômica do empregador. Exigir dele a constituição de advogado para ingressar e permanecer em juízo, na defesa de seus direitos e interesses profissionais, seria, indiscutivelmente, uma redução sensível, e talvez insuportável, da proteção institucionalizada que lhe concede na moderna sociedade. [...] Assim, parecem-nos suscetíveis de crítica os argumentos que citam o tecnicismo processual como fora do alcance intelectual da média do empregado brasileiro para impor-lhe o advogado no pleito judicial. (ALMEIDA, 2002 , p. 72-74).

Assim, observa-se a complexidade da atuação do advogado no tocante às reclamações trabalhistas (COLNAGO; NAHAS, 2016).

Observa-se ainda que tal instituto divide muitas opiniões acerca do tema, o que será melhor estudado mais adiante. Apesar das diversas opiniões e debates abordando o assunto, verifica-se que com a promulgação da CF/88, a atuação do advogado se encontra consolidada nos Tribunais.

3 DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS

Inicialmente, nas palavras de Carlos Henrique Bezerra:

A coerência interna de um sistema jurídico decorre dos princípios aos quais se organiza. [...] A harmonização do sistema ocorre porque os princípios especiais ou estão de acordo cm os princípios gerais ou funcionam como exceção. Nessa ordem, as normas, regras, princípios especiais e princípios gerais seguem a mesma linha de raciocínio, com coerência lógica entre si. Leite (LEITE, 2012, p. 59).

Nesse sentido, os direitos fundamentais referem-se a todos indistintamente, sejam eles nacionais ou estrangeiros, abrangendo ainda os direitos trabalhistas, denominados direitos sociais. (LEITE, 2012).

A finalidade dos princípios se baseia na integração das lacunas quando da ausência de leis e jurisprudências. Eles devem servir de critérios de solução das controvérsias, conforme determina o art. 8º da CLT:

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com usos e costumes, o direito comparado, mas nem sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. (BRASIL, 1943).

Pode-se destacar ainda a importância dos princípios gerais dispostos na Constituição, na medida em que são comuns a todos os ramos do Direito, como é o caso do Princípio do contraditório: É também uma garantia constitucional que se encontra previsto no inciso LV, do art. 5º da CR/88: "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório, a ampla defesa, como meios e recursos a ele inerentes." (BRASIL, 1998).

Nas palavras de Carlos Henrique Bezerra Leite: "Este princípio é de mão dupla, isto é, implica na bilateralidade da ação e a bilateralidade do processo, aproveitando, portanto, o autor e o réu. O princípio em tela também é útil para estabelecer o moderno conceito de parte do processo" (LEITE, 2012, p. 59).

Princípio da ampla defesa: Também previsto no art. 5º da CR/88, funciona como complemento do princípio do contraditório.

Com feito, a não se admitir a relação processual sem a presença do réu, não teria sentido tal regramento se, comparecendo a juízo para se defender e opor-se à pretensão autoral, o réu ficasse a impedido ou inibido de se excepcionar, contestar, recorrer ou deduzir toda a prova de seu interesse. (LEITE, 2012, p. 59).

Princípio da igualdade: Está consagrado no art. 5º, caput da CR/88, segundo a qual todos são iguais perante a Lei. Vale dizer que este princípio há de ser entendido no seu sentido amplo, isto é, tanto no aspecto da igualdade formal quanto no da igualdade substancial (LEITE, 2012, p. 59).

Princípio do devido processo legal: É a base sobre a qual todos os outros princípios se sustentam e extraem-se outros. Tal princípio está inserido explicitamente no art. 5º, LIV da CR/88, com a seguinte redação: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". (BRASIL, 1988).

Sobre os princípios: "Hoje mais do que nunca, a justiça penal e a civil são formadas pelos dois grandes princípios constitucionais: o acesso à Justiça e o devido processo legal." (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 110).

Assim, um dos principais objetivos do Jus Postulandi é propiciar um acesso justo às partes, equilibrando-se nos princípios constitucionais, reforçando-se a responsabilidade estatal no tocante ao exercício da cidadania.

Em que pese os princípios no Direito, Frederico Gabrich afirma:

Em Direito, é por intermédio dos princípios que os valores fundamentais e relevantes para a sociedade, determinados pela vontade geral, são introduzidos inicialmente na ordem jurídica de forma genérica e ampla, de modo a vincular inexoravelmente o entendimento e a aplicação das regras jurídicas que compõem o ordenamento e que estão subordinadas a esses e outros princípios jurídicos que interagem no sistema. (GABRICH, 2007, p. 380-381).

Ainda sobre os princípios, Maurício Godinho Delgado diz que: “os princípios são proposições gerais inferidas da cultura e dos ordenamentos jurídicos que conformam a criação, revelação, interpretação e aplicação do Direito.” (DELGADO, 2009, p. 18).

Percebe-se com isso, que os princípios são a base norteadora nas relações jurídicas, não podendo a sua aplicabilidade ser afastada. Em que pese o instituto e aplicação do Jus Postulandi, somente através da aplicação dos princípios serão legitimadas as decisões.

3.1 ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA E BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA

Oportuno fazer registo acerca da hipótese de a parte não ter condições financeiras para contratar um advogado para a defesa dos seus interesses em juízo. Nesse sentido, perante a Justiça do trabalho, a aplicação do *Jus Postulandi* identifica ainda a possibilidade de a parte ser beneficiária da justiça gratuita.

Cumprе enfatizar que a matéria era tratada genericamente na Lei 1.060/1950, sob a denominação de assistência judiciaria gratuita, o que, revelava, a rigor, com certa impropriedade, já que sob a mesma denominação acabava por se cuidar de conceitos que não se confundem, a saber, gratuidade da justiça, assistência judiciária e assistência jurídica. (COLNAGO; NAHAS, 2016, p. 48).

Cumprе apontar que a Lei 1.060/50 não foi totalmente revogada pelo CPC/2015, já que também cuida da assistência judiciária, restando derogados apenas os arts. 2º, 3º, 4º, caput e §§1º a 3º, 11, 12 e 17, em conformidade com o art. 1.072, III do CPC (BRASIL, 2015).

A gratuidade da justiça compreende-se a um benefício personalíssimo relacionado à isenção das despesas processuais. Tal benefício é assegurado a pessoas hipossuficientes. Ressalta-se que ela pode ser requerida a qualquer momento no processo trabalhista (oralmente ou através de requerimento), inclusive em audiência, constando em ata (COLNAGO; NAHAS, 2016).

Para melhor ilustração, veja-se a redação do art. 5º, inciso LXXVI, da CR/88 que diz: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem sua insuficiência de recursos.” (BRASIL, 1988).

O CPC também trata do assunto nos arts. 98 a 102: “Art. 98 A pessoa física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios têm o direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.” (BRASIL, 2015).

No que tange a assistência judiciária gratuita: “ao direito da parte de ter um advogado do Estado gratuitamente, bem como estar isenta de todas as despesas e taxas processuais” (SCHIAVI, 2014, p. 368). Normalmente este serviço é prestado pelas defensorias Públicas, e no processo do trabalho, pelos sindicatos (BRASIL, 1970).

No processo do trabalho, o art. 14, § 1º, da Lei 5.584/70 dispõe sobre a assistência judiciária gratuita e atribui aos sindicatos referida tarefa:

Art. 14: Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.

§ 1º A assistência é devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. (BRASIL, 1970).

Pode-se ainda percorrer ao §3º do art. 790 da CLT, que diz:

É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais regionais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social. (BRASIL, 1943).

É certo ainda que o art. 14 da Lei Complementar 80 de 1994, prevê atuação da Defensoria Pública da União perante a Justiça do Trabalho, entre outras.

Essa hipótese, todavia, ainda deve ser estruturada, uma vez que não tem aplicabilidade perante os juízos trabalhistas. Portanto, nas hipóteses de dispensa de advogado privado, o texto constitucional assegurará a defesa dos empregados através dos sindicatos, conforme dispõe Lei 5.584/1970 (BRASIL, 1970).

Lado outro, no tocante as despesas processuais, observa-se que a aplicação do Jus Postulandi encontra respaldo legal na CLT, CPC e CR/88. Com isso, não há a necessidade de diálogos em leis especiais.

Ao analisar-se o §3º do art. 790 da CLT, verifica-se que a lei se mantém silenciosa no que tange à concessão da gratuidade da justiça no âmbito de pessoas jurídicas:

Art. 790: Nas Varas do Trabalho, nos Juízos de Direito, nos Tribunais e no Tribunal Superior do Trabalho, a forma de pagamento das custas e emolumentos obedecerá às instruções que serão expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho.

[...]

§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família. (BRASIL, 1943).

Observa-se ainda, que o mencionado artigo se limita à sua aplicação apenas as taxas, custas, instrumentos e traslados.

O art. 769, por sua vez traz a seguinte redação: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título” (BRASIL, 1943).

Percorre-se então ao art. 98 do Código de Processo Civil, que diz: “A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.” (BRASIL, 2015).

Assim, observa-se que gratuidade da justiça tem como finalidade apenas isentar a parte dos custos referentes ao processo. Ressalta-se que tal isenção não atinge as condutas violadoras da ética processual, como a litigância de má-fé, por exemplo, que está vinculada ao abuso de direito e à deslealdade das partes e seus procuradores.

A litigância de má-fé é consubstanciada na ação ou omissão deliberada da parte ou terceiro interveniente, que, abusando do seu direito de ação ou defesa, tem o intuito de prejudicar sujeito processual que ocupe posição contraposta, tendo consciência do injusto e falta de razão. (ANGHER, 2005, p. 75).

As penalidades decorrentes desta conduta não são abrangidas pela gratuidade da justiça e quando são aplicadas, devem ser pagas ao final do processo.

Observe-se ainda, a redação do art. 98, §4º do CPC: “A concessão da gratuidade não afasta o dever de o beneficiário pagar, ao final, as multas processuais que lhe sejam impostas.” (BRASIL, 2015).

Verifica-se assim, que o beneficiário se isentará do pagamento de custas, taxas, memória de cálculos, depósitos e outros. Contudo, o referido artigo não faz menção aos honorários sucumbenciais, o que será objeto de estudo no próximo capítulo.

Por fim, no que concerne ao pagamento dos depósitos judiciais, ainda nas palavras de Lorena de Melo Rezende Colnago e Thereza Chistina Nahas: “a questão ganha contornos especiais no âmbito do processo laboral. Isto porque o depósito recursal trabalhista nunca foi assimilado como mera taxa recursal, tendo o desiderato precípua de garantir a execução.” (COLNAGO; NAHAS, 2016).

Ressalte-se ainda que o magistrado poderá dispensar o recolhimento das custas judiciais, porém o depósito recursal não, devido ao impacto financeiro provocado (COLNAGO; NAHAS, 2016).

Adverte-se que o benefício da gratuidade judiciária se encontra previsto também no art. 99, § 3º do CPC: “O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso. § 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.” (BRASIL, 2015).

Segundo tal artigo, a alegação de insuficiência financeira por pessoa natural é presumida, enquanto na pessoa jurídica, deverá comprovar a veracidade sobre a insuficiência de meios para demandar em juízo.

Tal fato é observado por força do art. 170 da CR/88, que cuida dos princípios gerais da atividade econômica e art.790, § 3º da CLT, que prevê a faculdade de os juízes concederem ou não a gratuidade da Justiça (BRASIL, 1943).

3.2 DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E SUCUMBENCIAIS

Com o advento da reforma trabalhista, consagrada na Lei 13.567/2017 (BRASIL, 2017), foi inserido o art. 791-A, que traz a seguinte redação:

Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% e o máximo de 15% sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do provento econômico obtido, ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

§1º Os honorários são devidos também nas ações contra a fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria.

§2º Ao fixar os honorários, o juiz observará:

I – O grau de zelo do profissional;

II – O lugar da prestação do serviço;

III – a natureza e a importância da causa,

IV – o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitraré honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre honorários. (BRASIL, 1943).

O mencionado dispositivo irá disciplinar os honorários advocatícios perante a Justiça do Trabalho, revogando as Súmulas 219 e 329 do TST, aplicadas anteriormente à reforma trabalhista. Veja-se ainda duas Súmulas do TST para melhor elucidação:

Súmula 219 do TST:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO (alterada a redação do item I e acrescidos os itens IV a VI em decorrência do CPC de 2015) - Res. 204/2016, DEJT divulgado em 17, 18 e 21.03.2016. I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (art.14,§1º, da Lei nº 5.584/1970). (ex-OJ nº 305da SBDI-I).

II - É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista.

III - São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego.

IV - Na ação rescisória e nas lides que não derivem de relação de emprego, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios da sucumbência submete-se à disciplina do Código de Processo Civil (arts. 85, 86, 87 e 90).

V - Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, excetuados os processos em que a Fazenda Pública for parte, os honorários advocatícios são devidos entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (CPC de 2015, art. 85, § 2º).

VI - Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, aplicar-se-ão os percentuais específicos de honorários advocatícios contemplados no Código de Processo Civil. (BRASIL, 2016).

Súmula 329 do TST: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 133 DA CF/1988 (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho. (BRASIL, 2003).

Nesse sentido, no Direito Processual do Trabalho, vigora perante o TST, o entendimento preconizado no art. 791-A, aplicando-se apenas nas ações trabalhistas propostas após 11 de novembro de 2017 (BRASIL, 2017).

Nas ações propostas anteriormente, subsistirá o entendimento preconizado nas Súmulas 219 e 329 do TST, já anteriormente apontadas.

Veja-se ainda as palavras de Mauro Schiavi:

Em essência, a Lei 13.467/2017 promove pelo menos duas novidades no Processo do Trabalho: i) estabelece regramento celetista específico para o tema honorários sucumbenciais no âmbito da Justiça do Trabalho; ii) generaliza a aplicação desse instituto a todas as causas submetidas à competência material da Justiça do Trabalho, ou seja, a partir de agora, a CLT passa a ser fonte primária e indiscriminada de regência jurídica de incidência de honorários sucumbenciais na processualística laboral, pouco importando a específica natureza da relação jurídica que sirva de causa de pedir. (SCHIAVI, 2018, p. 394).

Verifica-se que, quando da contratação do advogado, que pode ser facultativa, não pode atribuir ao litigante vencido o pagamento das despesas necessárias assumidas pelo vencedor. Nesse quesito, ao analisar os benefícios alcançados pela justiça gratuita à luz do instituto do Jus Postulandi, verifica-se que se mantém vivo.

4 DA INDISPENSABILIDADE DO ADVOGADO NO PROCESSO TRABALHISTA

Com a promulgação da Constituição da República, reconheceu-se que a figura do advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da Lei. Esta é a redação do art. 133 da CR/88, que deixa clara a obrigatoriedade da presença do advogado nos processos judiciais: "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei." (BRASIL, 1988).

Nesse sentido pode-se observar o confronto que traz discussão entre o dispositivo legal da CF/88 e o art. 791 da CLT. Verifica-se que a regra aplicada à Justiça do Trabalho não é absoluta, uma vez que o art. 133 da Constituição da República reforça a indisponibilidade do advogado perante o Poder Judiciário.

Conforme analisado anteriormente, por força do art. 791 da CLT, faculta-se aos interessados a assistência por advogado. Adverte-se ainda, que nos dissídios individuais, os empregados e empregadores poderão fazer-se representar por intermédio do sindicato, advogado, solicitador, ou provisionado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

Ainda sobre a questão, veja-se a redação do art. 1º e art. 2º do Estatuto da OAB:

Art. 1º São atividades privativas de advocacia: I - a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; (Vide ADIN 1.127-8) II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas. [...] Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça. § 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social. § 2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público. § 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei. (BRASIL, 1994).

Assim, a presença do advogado é fator decisivo para que a parte defenda adequadamente o seu direito. A sua atuação é indispensável à administração da Justiça e sua ausência pode acarretar prejuízos à parte não assistida no processo. Nesse sentido, reforça-se principalmente a atuação do advogado na fase de conhecimento, devido ao seu grau técnico perante os tribunais. Pode-se citar como exemplo o requerimento de protestos, a designação de perícia, entre outros. A figura do procurador, bem como a análise do instituto à luz da Constituição da República não pode ser afastada.

Pode-se observar a inviabilidade do *Jus Postulandi* Além ao mencionar a inovação advinda do poder Judiciário que é o Processo Judicial eletrônico (PJe), no qual o acesso restrito aos advogados e serventuários.

Neste sentido, não há mais espaço para o *Jus Postulandi* na seara trabalhista, uma vez que traz mais malefícios do que benefícios a lide.

Ressalta-se ainda que a redação da Súmula 425 do TST, limita a aplicação do *Jus Postulandi* às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal do Trabalho.

Nas considerações de Gladston Mamede: “[...] a atuação do advogado beneficia não somente a classe, mas sim a sociedade, afinal, ao menos em tese, esse profissional é pessoa habilitada moral e tecnicamente para representar terceiros, gerindo seus interesses jurídicos junto ao Poder Judiciário”. (MAMEDE, 2014, p. 45).

Observa-se ainda que a lição de Rosemiro Pereira Leal acerca do controle da jurisdição pelo advogado:

Por imperativo constitucional, o pressuposto subjetivo de admissibilidade concernente à capacidade postulatória, para a existência legítima de processo, ação e jurisdição, não pode sofrer, no direito brasileiro ou em outro qualquer direito democrático, restrição, dispensabilidade, flexibilização ou adoção facultativa, porque os procedimentos jurisdicionais estão sob regime de normas fundamentais que implicam o controle da jurisdição pelo advogado (art. 133 da CF/1988) e que somente se faz pela presença indeclinável do advogado

na construção dos procedimentos jurisdicionais (litigiosos ou não, pouco importando o valor da causa). O que se extrai do art. 133 da CF/1988 é que, muito mais que o retórico controle do judiciário, há de se restabelecer, de imediato, por consectário constitucional, com pronta revogação ou declaração de inconstitucionalidade de leis adversas, o controle pleno e irrestrito da atividade jurisdicional pelo advogado. (LEAL, 2014, p. 178).

Importante reiterar as palavras do autor Ronaldo Brêtas, no tocante aos princípios: “princípios da igualdade, da reserva legal, do devido processo constitucional, conformado este último nos princípios do contraditório e da ampla defesa, na qual se inclui a presença indispensável do advogado “no ato estatal de julgar” (DIAS, 2004, p. 105).

Não há que se negar que o instituto do *Jus Postulandi* pressupõe um benefício, contudo, a dispensa do advogado corrompe a eficácia jurisdicional, inviabilizando o exercício da tutela.

Na concepção do autor Jorge Luiz Souto Maior:

como se vê, saber sobre os direitos trabalhistas, efetivamente, não é tarefa para leigos. Juízes e advogados organizam e participam de congresso, para tentar entender um pouco mais a respeito desses temas, e muitas vezes, acabam saindo com mais dúvidas. Imaginem, então, o trabalhador... Facilitar o acesso à justiça não é abrir portas do judiciário e dizer que todos podem entrar, pois isso equivaleria a dizer que o Othon Palace está com suas portas abertas para todos. [...]. (MAIOR, 2000, p. 43).

Ainda nesse sentido:

[...] a garantia constitucional do contraditório exige, para atuar em sua plenitude, que seja franqueada às partes a ampla discussão da causa, de modo que haja a maior contribuição dos litigantes para acerto das decisões, além da valorização das oportunidades de receberem julgamento favorável. Mas isso somente pode quando os litigantes estiverem representados em juízo por advogados, isto é, por pessoas que, em virtude de sua condição de estranhos ao conflito e de seu conhecimento do direito, estejam em condições psicológicas e intelectuais de colaborar para que o processo atinja a sua finalidade de eliminar conflitos e controvérsias com realização da Justiça. A serenidade e os conhecimentos técnicos são as razões que legitimam a exigência de participação do advogado na defesa das partes. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015).

Por fim, nota-se ainda que a aplicação da Súmula 425 corrobora com a atuação do advogado, uma vez que limita a aplicação do instituto *Jus Postulandi* aos recursos perante o TST, também dado ao elevado grau técnico utilizado.

Importante ainda, ressaltar que a Reforma Trabalhista instituída por força da Lei 13.467/17 se mantém inerte no tocante ao confronto normativo exibido no presente trabalho. Porém, ainda sobre a reforma, essa inovadora, cria uma hipótese de jurisdição voluntária para a homologação de acordo extrajudicial, que exige a representação da parte por advogado. Ora, ainda que este não seja objeto de estudo no presente trabalho, este deve ser mencionado para uma melhor compreensão sobre o tema e principalmente para enaltecer a figura do advogado perante as relações jurídicas, razão pela qual cita-se o art. 855-B da Consolidação das Leis do Trabalho: “Art. 855-B. O processo de homologação de acordo extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado.” (BRASIL, 1943).

Ressalte-se com isso, que a figura do advogado tem caráter imprescindível perante os Tribunais. Deve-se ainda ser avaliado o seu grau técnico, a postura e as especificidades aplicadas ao caso concreto. Nesse sentido, a presença do advogado tem caráter fundamental, legitimando assim, a defesa técnica da parte, o que não pode ser violado à luz da Constituição da República.

5 CONCLUSÃO

Muito embora a sua criação tenha tido um digno objetivo, qual seja, possibilitar a todos, primordialmente aos economicamente hipossuficientes, o acesso à Justiça, o instituto do *Jus Postulandi* não opera de maneira tão eficaz, em razão da falta de conhecimento jurídico do empregado brasileiro para postular sozinho em juízo, que desconhece os andamentos e a multiplicidade técnica processual e, por tais motivos, acaba por ficar em posição de desvantagem, ao demandar na Justiça do Trabalho, vendo-se à mercê de seus direitos.

Ainda nesse sentido, restou clara a indispensabilidade do advogado no desfecho da lide. Observa-se, por força da Constituição da República, que o advogado passou a ocupar um lugar ainda mais prestigiado em sua classe, além da sociedade.

Com a aplicação do art. 133 da Constituição da República, verifica-se que o art. 791 da CLT não pode ser aplicado de forma efetiva, uma vez que pairam dúvidas acerca da sua aplicabilidade.

Verifica-se a incompatibilidade na capacidade postulatória, principalmente ao analisar os princípios constitucionais que foram objeto de análise no presente trabalho.

Sem a presença do advogado, não há que se falar em contraditório e ampla defesa. Ressalta-se que não haverá uma participação equilibrada das partes sem o conhecimento técnico. Assim, a parte ficará vulnerável em relação ao desfecho da lide. Observa-se assim, a impertinência da aplicação do *Jus Postulandi*.

Ressalta-se, ainda, que a Súmula 425 do TST também corrobora com a inviabilidade do instituto, uma vez que as limitações na aplicação do *Jus Postulandi* são cada vez mais recorrente.

Por fim, é possível constatar após o estudo realizado, a necessidade de preenchimento de lacunas em face ao instituto *Jus Postulandi*, na medida em que deve corroborar com as normas prevista na Constituição da República, enaltecendo ainda a figura do advogado na esfera judicial.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ísis de. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2002.

ANGHER, Anne Joyce. *Litigância de má-fé no processo civil*. Rideel, 2005. 75 p.

BRASIL. [Código Civil (2002)]. Institui o Código Civil. 2002 . Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. [Código de Processo Civil (2015)]. Código de Processo Civil. 2015 . Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. [Consolidação das Leis do Trabalho (1943)]. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. 1943 . Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 10 de maio de 2021.

- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172Compilado.htm. Acesso em: 10 maio 2021.
- BRASIL. *Lei Complementar n. 80/94*. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. 1994. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm. Acesso em: 10 maio 2021 .
- BRASIL. *Lei federal n. 13.467, de 13 de jul. de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 10 maio 2021 .
- BRASIL. *Lei federal n. 5.584, de 26 de jun. de 1970*. Dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, e dá outras providências. 1970. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5584.htm. Acesso em: 10 maio 2021 .
- BRASIL. *Lei federal n. 8.906, de 4 de jul. 1994*. Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 10 maio 2021 .
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula 219*. 2016. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-219. Acesso em: 10 de maio de 2021.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula 329*. 2003. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-329. Acesso em: 10 maio 2021.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula 425*. 2010. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-425. Acesso em: 10 maio 2021.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016 .
- CINTRA, Antônio Carlos De Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral Do Processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; NAHAS, Thereza Christina. *Processo do Trabalho Atual: Aplicação dos enunciados do fórum nacional e da instrução normativa do TST*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- DELGADO, Maurício Godinho. Os princípios da estrutura do direito. *Revista TST*, Brasília, v. 75, n. 3, jul/set. 2009.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- GABRICH, Frederico de Andrade. O caráter normativo dos princípios. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. II, n. II, p. 380-381, jul./dez. 2007 .
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 10a ed. São Paulo, 2011.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Temas de Processo do Trabalho*. Editora LTR. São Paulo. 2000.
- MAMEDE, Gladson. *A Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei 8.906/94) ao Regulamento Geral da Advocacia e ao Código de Ética e Disciplina da OAB*. 6. ed. São Paulo. Editora S.A, 2014 .
- MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil: comentado artigo por artigo*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014 .
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1996 .
- PIMENTA, José Roberto Freira. A nova competência da justiça do trabalho para lides não decorrentes da relação de emprego: aspectos processuais e procedimentais. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (coord.). *Justiça do trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005 .
- SARAIVA, Renato. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 8. ed. São Paulo, 2011.
- SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2018.
- SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2014.

13

CAPÍTULO

DA (IM)POSSIBILIDADE DE INSERÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

RAÍSSA ARAÚJO PORTO E BRETAS¹

FLÁVIO MURAD RODRIGUES²

FABRÍCIO VEIGA COSTA³

RESUMO

O artigo discorre sobre a nova espécie de acordo extrajudicial elaborado pelo CNMP por meio das Resoluções 181 e 183: o acordo de não persecução penal, criado visando diminuir o número excessivo de ações penais de menor complexidade submetidas ao judiciário, para que este possa se dedicar aos casos mais graves, dando celeridade às ações penais. Comparar-se-á com acordos instituídos na legislação de países como a França e a Alemanha. Abordará a possível incompetência normativa do CNMP para legislar sobre matéria processual e penal, e trará a relação entre a Lei Anticrime 13.964/2019 e o acordo de não persecução penal.

Palavras-chave: acordo de não persecução penal; Conselho Nacional do Ministério Público; Resoluções n. 181 e 183 de 2017; Lei 13.964/2019.

ABSTRACT

The article discusses the new type of extrajudicial agreement prepared by the CNMP through Resolutions 181 and 183: the non persecution agreement, created with the aim of reducing the excessive number of less complex criminal cases submitted to the judiciary, so that it can dedicate to the most serious cases, speeding up criminal proceedings. It will be compared with agreements established in French and German legislations. It will address the possible normative incompetence of the CNMP to legislate on procedural and criminal matters, and will bring the relationship between the Anti-Crime Law 13.964/2019 and the non persecution agreement.

Keywords: non persecution agreement; National Council for the Public Prosecution; Resolutions 181 and 183 of 2017; Act 13.964 of 2019.

1 Advogada, pós graduanda em Legal Tech: Direito, Inovação e Startup, pela PUC/MG. Graduada em Direito pela Fumec. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7205215481304055> - email: raissabretas@hotmail.com.

2 Mestre em Direito Público pela Universidade FUMEC. Especialista em Direito Processual e Direito Público. Advogado. Bacharel em Direito e Comércio Exterior. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0202033790058643> - email: flaviomurad@me.com.

3 Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna – Doutorado e Mestrado. Doutor e Mestre em Direito Processual – Pucminas. Residência Pós-Doutoral em Educação (UFMG) e Psicologia (PUCMINAS). Especialista em Direito Processual; Direito de Família; Direito Educacional – PUCMINAS. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Pesquisador; professor universitário e advogado. E-mail: fvcufu@uol.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7152642230889744>.

Como citar o presente artigo científico:

PORTO E BRETAS, Raíssa Araújo; RODRIGUES, Flávio Murad; COSTA, Fabrício Veiga. A (im)possibilidade de inserção no direito processual penal brasileiro do acordo de não persecução penal. In: CAMARGOS, Laís Alves; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). Direito Processual Constitucional e sua Perspectiva Democrática. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2021, p. 212-229

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo a análise crítica do acordo de não persecução penal, sobretudo sua possível inconstitucionalidade e inaplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, somado à incompetência do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) para legislar sobre direito processual e penal, bem como a incompetência do Ministério Público (MP) para realizá-lo.

O acordo de não persecução penal é um acordo extrajudicial a ser oferecido pelo Ministério Público ao acusado, antes mesmo do oferecimento da denúncia, para que se evite a instauração de ação penal. Foi introduzido no ordenamento jurídico pela Resolução n. 181, de 2017, alterada pela Resolução n. 183 de 2018, ambas do Conselho Nacional do Ministério Público (BRASIL, 2017; BRASIL, 2018), tendo como principal justificativa diminuir o número excessivo de ações penais de menor complexidade submetidas ao poder judiciário, a exemplo do que dispõem os ordenamentos jurídicos da França e da Alemanha.

Para a realização do acordo, o acusado deve se subsumir a determinados requisitos, tais como: o crime cometido possuir pena mínima inferior a quatro anos, não ter sido praticado por meio de violência ou grave ameaça e a obrigação de o acusado confessar, de maneira formal e circunstanciada, a execução. Além desses requisitos essenciais, referida resolução traz condições a serem cumpridas após a realização do acordo, implicando penas restritivas de direito e compensação do dano, dando ao promotor de justiça a possibilidade do seu oferecimento, bem como das medidas cabíveis.

Do mesmo modo, é abordado ao longo do trabalho a investigação criminal realizada pelo Ministério Público, visto que o acordo é resultado de um estudo que visa regulamentar as investigações ministeriais, além de versar sobre a Lei Anticrime n. 13.964/2019, que regulamentou o acordo de não persecução penal.

No início da pesquisa do presente trabalho, teve-se a impressão de que o instituto do Acordo de Não Persecução Penal realmente veio agregar valor ao direito penal e processual penal. Entretanto, analisando o tema pormenorizadamente, percebeu-se que o instrumento não possui qualquer previsão legal e constitucional, além de mitigar o sistema acusatório e o princípio da obrigatoriedade da ação penal, impondo ao Ministério Público competência que não lhe pertence, bem como instituindo obrigações indevidas a outros órgãos, de maneira a infringir o ordenamento jurídico brasileiro.

2 NOÇÕES GERAIS SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL TRAZIDO PELA RESOLUÇÃO N. 181/2017

Antes de adentrar no tema objeto da presente pesquisa científica, qual seja, da inconstitucionalidade ou não do acordo de não persecução penal, importante tecer algumas considerações sobre a natureza jurídica deste acordo que ocorre entre o órgão acusador e o infrator.

O acordo de não persecução penal foi instituído por meio do art. 18 da Resolução n. 181 de 2017 (alterada pela Resolução n. 183, de 2018), ambas do Conselho Nacional do Ministério Público, legislação baseada em países diversos do Brasil, tais como a França e a Alemanha. O

instituto tem como principal objetivo evitar que seja levado ao poder judiciário grande número de ações criminais de menor complexidade, visto que se encontra sobrecarregado processos aguardando julgamento e que, por este motivo, busca soluções céleres e efetivas para a solução das controvérsias.

O acordo de não persecução penal visa, por outro lado, aperfeiçoar as investigações criminais realizadas pelo Ministério Público, conforme será tratado nos próximos capítulos, assunto pelo qual o Supremo Tribunal Federal se manifestou recentemente em sede de repercussão geral, emitindo juízo positivo quanto ao assunto. Isto é, negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 593-727, reconhecendo a legitimidade do Ministério Público para promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal e fixando parâmetros para a atuação do MP (BRASIL, 2015).

Ressalta-se que, em decorrência do julgado, foi criada uma comissão com membros do Ministério Público para dar início ao “Procedimento de Estudos e Pesquisas” nº 01/2017, obtendo como resultado a Resolução nº 181 (e 183) de 2017 (e 2018, respectivamente), dispondo acerca da instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Observa-se que o instituto nada tem a ver com a investigação criminal realizada pelo MP. Portanto, a comissão, com concordância do CNMP, baseou-se nos seguintes argumentos:

Considerando a necessidade de permanente aprimoramento das investigações criminais levadas a cabo pelo Ministério Público, especialmente a necessidade de modernização das investigações com o escopo de agilização, efetividade e proteção dos direitos fundamentais dos investigados, das vítimas e das prerrogativas dos advogados, superando um paradigma de investigação cartorial, burocratizada, centralizada e sigilosa; Considerando a carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País e que tanto desperdício de recursos, prejuízo e atraso causam no oferecimento de Justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais; Considerando, por fim, a exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do poder judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais. (BRASIL, 2017b).

Deste modo, o Acordo de Não Persecução Penal caracteriza-se por ser um pacto extrajudicial celebrado entre o Ministério Público e o investigado, que deve estar assistido por advogado ou defensor público, a ser celebrado por meio de audiência de custódia e que, perante sua execução, ocasionará o arquivamento da investigação, sem a necessidade de haver homologação pelo Judiciário.

A presente pesquisa pretende, portanto, analisar se, com a edição da Resolução n. 181 (e também n. 183) pelo CNMP, bem como com a inclusão do artigo 28-A no Código Penal, foram violados institutos e princípios estabelecidos pela Constituição da República de 1988, pelo Direito Processual Penal e Penal brasileiro, o que dá espaço para que ocorra uma discussão acerca de sua validade, como se verá adiante.

2.1 DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO DIREITO COMPARADO

Com o intuito de validar a implantação do acordo de não persecução penal, o órgão do Ministério Público se embasou nos acordos penais realizados na França e na Alemanha, que surgiram no mesmo propósito do direito brasileiro, qual seja, solucionar a acumulação de processos a serem julgados pelo Judiciário.

Ambos os países iniciaram seus acordos penais em virtude de práticas e costumes dos promotores de justiça e juízes, havendo que se falar em lei regulamentando apenas *a posteriori*. Portanto, nota-se aí uma das primeiras diferenças do acordo de não persecução penal instituído no Brasil, que surgiu em consequência de normatização prévia.

No que tange particularmente ao modelo alemão, a Suprema Corte do país admitiu a prática dos acordos penais mesmo não havendo qualquer determinação legal, convertendo-os em públicos, transparentes e formais, visto que eles eram firmados baseando-se na confiança entre as partes.

Rodrigo Leite Ferreira Cabral, presidente da comissão do “Procedimento de Estudos e Pesquisas nº 01/2017”, no artigo de sua autoria sobre “O acordo de não persecução penal criado pela nova Resolução do CNMP”, defende que este acordo, no Brasil, seja aplicado por analogia ao modelo alemão, já que, conforme se expressa, este teve grande influência em nosso modelo, o que se verifica abaixo:

Aliás, a resolução é fortemente influenciada pela experiência alemã, cuja possibilidade de acordo surgiu, mesmo sem previsão em lei, em decorrência de práticas informais dos promotores, que constataram a incapacidade do sistema processar todos os casos. Essa prática de celebrar acordos, posteriormente, acabou sendo chancelada pela Suprema Corte alemã, que reconheceu a sua constitucionalidade, ainda que sem previsão em lei. (CABRAL, 2017).

Por sua vez, o modelo francês segue o Sistema Misto, em que existe a figura do juiz inquisidor, eis que houve a iniciativa pessoal de juízes e promotores de justiça na criação de experiências de soluções alternativas na esfera penal. Na França, houve a necessidade urgente de criação de uma regulamentação específica para o acordo penal, tendo em vista as controvérsias que foram surgindo, sem perder de vista, contudo, a manutenção da igualdade entre as partes.

Neste sentido, Rodrigo Leite Ferreira Cabral traz em seu livro *O Acordo de Não Persecução Penal* referência ao jurista francês Máximo Langer (2010):

[...] o Promotor pode oferecer ao defensor a opção diversionista para o seu caso, evitando o julgamento criminal padrão, em troca da admissão da culpa e do preenchimento de condições, como o pagamento de multa, a entrega dos objetos utilizados no delito (ou objetos obtidos em virtude dele), a perda da carteira de motorista ou da autorização de caça durante determinado período de tempo, a prestação de serviços à comunidade e/ou a reparação do dano causado à vítima. (LANGER, 2010, p. 75).

Pode-se dizer, então, que o modelo alemão se assemelha ao modelo francês. No entanto, há de se ressaltar que os referidos acordos penais estrangeiros têm como paradigma a legitimidade do juiz para conduzi-los. Logo, neste caso, o fundamento de direito comparado é distanciado do brasileiro, tendo em vista que vai de encontro ao acordo de não persecução

penal arquitetado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, que afasta a atuação do poder judiciário na sua confecção, dando ao juiz apenas o poder de homologar ou não o acordo.

2.2 DO SISTEMA ACUSATÓRIO E DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DIANTE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

No Brasil, adotam-se o Sistema Processual Penal Acusatório e o Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal, conforme os artigos 3º-A e o 24 do Código de Processo Penal, devendo ser seguidos pelos órgãos competentes (BRASIL, 1941).

O sistema acusatório caracteriza-se pelo fato de que as funções de defesa, acusação e julgamento de um indivíduo devem ser realizadas por sujeitos diferentes, evitando-se assim o abuso de poder caso tais funções se acumulassem em apenas um deles. Neste sistema, figura o réu em posição de pessoa de direito, devendo estar presente constantemente no decorrer dos atos processuais em que lhe são assegurados o contraditório e a ampla defesa. Nesta esteira, Paulo Rangel entende que:

O sistema acusatório, antítese do inquisitivo, tem nítida separação de funções, ou seja, o juiz é órgão imparcial da aplicação da lei, que somente se manifesta quando devidamente provocado; o autor é quem faz a acusação (imputação penal + pedido), assumindo, segundo nossa posição, todo o ônus da acusação, e o réu exerce todos os direitos inerentes à sua personalidade, devendo defender-se utilizando todos os meios e recursos inerentes à sua defesa. Assim no sistema acusatório, cria-se o *actus trium personarum*, ou seja, o ato de três personagens: juiz, autor e réu. (RANGEL, 2008, p. 48).

Compartilhando deste entendimento acerca do sistema acusatório, Guilherme de Souza Nucci ressalta algumas de suas mais importantes características:

Possui nítida separação entre o órgão acusador e julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra. (NUCCI, 2018, p. 47).

Por conseguinte, ao se analisar este conceito dentro do Acordo de Não Persecução Penal brasileiro, percebe-se uma desfiguração ao modelo acusatório, vez que o acordo coloca o Ministério Público nas posições de acusador e julgador, tendo em vista que a pessoa do magistrado não faz parte do seu processamento. Com isso, leva-se ao entendimento de que é possível a ocorrência de excesso de poder nas mãos do Promotor, retirando totalmente de cena parte fundamental do processo – o Magistrado – e deixando uma insegurança jurídica em relação aos direitos do acusado.

Nosso modelo processual, qual seja, o sistema acusatório, tem como base o princípio da obrigatoriedade da ação penal, ou seja, havendo cometimento de crime de ação penal pública incondicionada e chegando a notícia de crime ao conhecimento da autoridade policial, ela obrigatoriamente deverá investigar. Se houver indícios de autoria e/ou participação e prova da

materialidade do crime, decorrente ou não de uma investigação policial, o titular da ação penal pública, o Ministério Público, deverá oferecer a denúncia.

Assim, importante analisar que este acordo de não persecução penal também vai ao encontro ao que estabelece o princípio da obrigatoriedade, conforme conceitua Guilherme de Souza Nucci:

Significa não ter o órgão acusatório, nem tampouco o encarregado da investigação, a faculdade de investigar e buscar a punição do autor da infração penal, mas o dever de fazê-lo. Assim, ocorrida a infração penal ensejadora de ação penal pública incondicionada, deve a autoridade policial investigá-la e, em seguida, havendo elementos, é obrigatório que o promotor apresente denúncia. (NUCCI, 2018, p. 111).

Nota-se, então, que a obrigatoriedade de oferecimento de denúncia foi ignorada completamente na Resolução n. 181/2017 (e n. 183) e na Lei Anticrime n. 13.964/2019, considerando que elas tratam justamente da impossibilidade de escolha do Ministério Público sobre investigar ou não um delito, da mesma maneira que, havendo os requisitos necessários, deverá haver o oferecimento da denúncia. Entretanto, vem expressamente previsto no acordo de não persecução penal que, a depender do entendimento do Promotor, será dispensado o oferecimento de denúncia e, também a seu talante, será feito o acordo, o que acarretará o arquivamento da investigação.

3 DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Apesar de o tema problema da presente pesquisa ser sobre a possível inconstitucionalidade do acordo de não persecução penal, faz-se necessário delinear alguns aspectos acerca da investigação criminal realizada pelo Ministério Público, já que está diretamente relacionada com o acordo. O estudo que culminou na Resolução n. 181 do CNMP teve como ponto central a regulamentação da investigação criminal realizada pelo Ministério Público.

O Ministério Público possui a competência privativa de dar início às ações penais públicas, conforme o art. 129, inciso I, da Constituição da República de 1988, bem como a função de promover a justiça, ao defender a ordem jurídica, o Estado Democrático de Direito e os interesses sociais e individuais indisponíveis. Por outro lado, a atribuição de efetuar investigações criminais é privativa da polícia judiciária, de acordo com o artigo 144 da Constituição de 1988, que estabelece as funções da Polícia Federal, sendo que o residual fica a cargo da Polícia Civil (BRASIL, 1988).

Assim, passou-se a questionar a legitimidade de investigação criminal realizada pelo Ministério Público, tanto em nível constitucional quanto em nível legal, vez que não há, em nosso ordenamento jurídico atual, embasamento capaz de fundamentar, com acerto, a negativa de que, ao Ministério Público, não caberia realizar a investigação de cunho criminal. Tampouco há dispositivo que expresse, claramente, essa legitimidade.

O que se percebe, em nosso ordenamento, são diferentes dispositivos – constitucionais e infraconstitucionais – que, dependendo da maneira como são interpretados, apoiam determinada leitura ou outra. Sendo assim, houve uma ascensão do prestígio do Ministério Público que, diante do novo perfil que lhe foi conferido pela Constituição de 1988, passou a realizar, gradualmente, investigações pelo País, possibilitando que fossem levadas a juízo e eventualmente condenadas pessoas investigadas pelo órgão ministerial.

Assim, conforme se verificará sequênciamente, precisamente no ano de 2017, o STF entendeu pela admissibilidade da investigação realizada pelo Ministério Público.

3.1 DA LEGISLAÇÃO

A Constituição da República, no art. 127 do seu Título “Das Funções Essenciais à Justiça”, define o Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, tendo como princípios institucionais a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, com a autonomia funcional e administrativa devidamente asseguradas, além de ser o fiscal da lei, fazendo que com a sua ausência, em casos em que deveria atuar obrigatoriamente, cause a nulidade do processo (BRASIL, 1988).

No art. 128, menciona a estrutura organizacional da instituição ministerial e faz referência às garantias e prerrogativas da instituição. No § 5º encontram-se a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos (BRASIL, 1988).

Sobre isto, conceitua Guilherme de Souza Nucci, leciona:

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, caput, da Constituição Federal). Inequivocamente, cuida-se de um braço relevante na estrutura do Estado, composto por integrantes concursados, de reputação ilibada e inegável conhecimento jurídico. Dentre as suas várias atribuições, a principal, na área criminal, é a promoção, em caráter privativo, da ação penal pública (art. 129, I, CF), o que está claramente expresso no texto constitucional. Sob outro prisma, no âmbito da investigação policial, cabe-lhe o controle externo (art. 129, VII, CF), bem como a requisição de diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (art. 129, VIII, CF). (NUCCI, 2014).

De acordo com o princípio constitucional implícito do Promotor Natural, também chamado Promotor Imparcial, ambos decorrentes do princípio do Juiz Natural, previsto no art. 5º, inciso LIII, da Constituição de 1988, que diz que ninguém será processado e nem sentenciado senão pela autoridade competente, da mesma forma o infrator terá o direito de ser acusado pelo órgão competente para a função, qual seja, o Ministério Público (BRASIL, 1988).

No contexto do referido órgão ministerial, é relevante ao estudo à observância da Lei n. 8.625/1993, denominada Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, em especial o art. 26, que alinha suas atribuições. Ele traz como funções requisitar diligências investigatórias e instaurar inquérito policial, comum e militar, tendo a atribuição de acompanhá-los, além de poder manifestar-se em qualquer fase dos processos, atendendo solicitação do juiz, da parte ou por sua própria vontade, quando interpretar que sua intervenção é necessária e justificável.

Portanto, é nítido que, em nenhum segmento da legislação vigente, faz-se menção à competência do Ministério Público para poder investigar, inclusive as normas afirmam que o órgão é acusatório, podendo interceder como auxiliar nos processos. Por outro lado, não existe dispositivo que proíba esta conduta, sendo assim, o Supremo Tribunal Federal, conforme já mencionado, firmou entendimento favorável à investigação ministerial.

3.2 DA DOCTRINA

O tema acerca da legitimidade da investigação criminal ser realizada pelo órgão ministerial encontra bastante divergência entre os doutrinadores, motivo pelo qual o pesquisador deve se voltar para a base deste assunto: a interpretação dos ordenamentos jurídicos.

Neste sentido, Guilherme de Souza Nucci posiciona-se contrariamente à possibilidade de o Ministério Público conduzir uma investigação criminal:

Enfim, ao Ministério Público cabe, tomando ciência da prática de um delito, requisitar a instauração da investigação pela polícia judiciária, controlar todo o desenvolvimento da persecução investigatória, requisitar diligências e, ao final, formar a sua opinião, optando por denunciar ou não eventual pessoa apontada como autora. O que não lhe é constitucionalmente assegurado é produzir, sozinho, a investigação, denunciando a seguir quem considerar autor de infração penal, excluindo, integralmente, a polícia judiciária e, conseqüentemente, a fiscalização salutar do juiz. (NUCCI, 2018, p. 210).

Em entendimento contrário, importante apresentar as ponderações de Bruno Calabrich, já que, na sua concepção, é possível que o Ministério Público realize investigação criminal:

A persecução criminal, que abrange tanto a atividade de investigação (pré-processual) quanto a do processo penal acusatório, para o qual o Ministério Público está expressamente legitimado, insere-se no escopo de atuação protetiva dos interesses elencados no art. 127 da CF/88. Somente esse singelo argumento – ao nosso ver, o mais enfático – já seria suficiente para demonstrar a compatibilidade da atividade investigatória com o Ministério Público. (CALABRICH, 2013, p. 815).

Isto posto, nota-se que, além de não haver legislação palpável, não há uma doutrina majoritária neste sentido, fazendo com que, conseqüentemente, a jurisprudência ainda tenha que firmar um entendimento.

3.3 DA JURISPRUDÊNCIA

Historicamente, a discussão no Supremo Tribunal Federal vem adotando posicionamento favorável à possibilidade de investigação direta pelo Ministério Público, existindo divergência entre os Ministros apenas quanto à amplitude desta investigação e aos requisitos de sua validade.

Já houve recente decisão do Supremo Tribunal Federal que, em sede de repercussão geral (RE 593.727/MG), entendeu que o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal, tornando a divergência em torno do tema, por enquanto, solucionada (BRASIL, 2015).

3.3.1 DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O STF reconheceu a legitimidade do Ministério Público para promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal. A tese fixada pela Corte nos autos do Recurso Extraordinário 593.727, julgado em 2015, foi à seguinte:

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os advogados (Lei 8.906/1994, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Enunciado 14 da Súmula Vinculante), praticados pelos membros dessa Instituição. (BRASIL, 2015).

O Supremo Tribunal Federal ressaltou que essa investigação deverá respeitar alguns parâmetros, principalmente os direitos e garantias fundamentais dos investigados. Ademais, os atos investigatórios devem ser necessariamente documentados e praticados por membros do MP e deve ser assegurada a garantia prevista na Súmula Vinculante 14 do STF (o direito do defensor de ter acesso amplo aos elementos de prova), bem como o controle, por parte do poder judiciário, dos atos de investigação realizados pelo Ministério Público.

Cumprido ressaltar ainda que, com o entendimento favorável do STF à investigação criminal efetuada pelo MP, foi cedido também à defesa o poder de investigação, fazendo valer os princípios da ampla defesa e do contraditório, constantes da Constituição da República, em seu artigo 5º, incisos LIV e LV, por serem direitos constitucionais invioláveis (BRASIL, 1988).

Em decorrência deste julgado, com o intuito de dar início à regulamentação legal desta norma, a Corregedoria Nacional instaurou, no ano de 2017, o Procedimento de Estudos e Pesquisas nº 01, nomeando um grupo de membros do Ministério Público para a confecção do trabalho, cuja conclusão foi apresentada no mesmo ano.

Ocorre que a comissão de estudos apresentou proposta de inserção de instituto que não possui qualquer relação com a investigação criminal, mas sim relacionado ao momento posterior à finalização da apuração criminal e à possibilidade de o Ministério Público não oferecer a ação penal pública mediante a realização de um acordo com a pessoa investigada, qual seja, o acordo de não persecução-penal.

Os argumentos utilizados para justificar este acordo dizem respeito (I) à celeridade na resolução de crimes sem violência ou grave ameaça, (II) à concentração da atuação do poder judiciário e do Ministério Público nos casos mais graves, (III) à obtenção de maior economia dos recursos públicos e (IV) à redução dos efeitos que uma sentença penal provocaria sobre as pessoas condenadas.

De todo o exposto, denota-se que o instituto do acordo de não persecução penal, em sua redação original, mostra-se problemático, vez que advém de norma de caráter administrativo – uma Resolução expedida pelo Conselho Nacional do Ministério Público –, que ultrapassa as competências que possui, atropelando o ordenamento jurídico, na medida em que desrespeita as

regras que a legislação impõe. Entretanto, como se verificará adiante, está ocorrendo uma tentativa de regulamentação do acordo, fazendo com que seja sanado pelo menos o seu vício formal.

4 AS ALTERAÇÕES PROPOSTAS PELO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA NA LEI ANTICRIME ACERCA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A Lei Anticrime n. 13.964/2019 sob análise foi apresentada pelo antigo Ministro da Justiça, Sérgio Moro, almejando, segundo consta no seu artigo primeiro, o combate ao crime organizado, à corrupção e aos delitos praticados com violência e grave ameaça às pessoas.

A aplicação do projeto concentra-se em mudanças no Código Penal Brasileiro, Código de Processo Penal e em algumas legislações específicas, como a Lei de Improbidade.

É relevante ressaltar no presente trabalho que este projeto de lei pretende alterar o Código de Processo Penal, mais precisamente na criação do artigo 28-A, dando uma base legal ao acordo de não persecução penal na legislação brasileira, conforme se expõe:

Art. 28-A. Não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado circunstanciadamente a prática de infração penal, sem violência ou grave ameaça, e com pena máxima não superior a quatro anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; e V – cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (BRASIL, 2019).

A Lei Anticrime n. 13.964/2019, em comparação com a resolução n. 181/2017 (e n. 183) do CNMP, representa um avanço, seja porque resolve a questão da inconstitucionalidade formal, regulamentando o instituto, seja por exigir sentença judicial na homologação do acordo, trazendo de volta a figura do juiz, prevendo, então, que seja executado numa vara judicial de execução penal, de acordo com o art. 28-A, §6º: “§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.” (BRASIL, 2019).

Também foi positiva a previsão de um limite mais rígido para a incidência de tal acordo, sendo possível apenas para crimes com pena máxima prevista de até 4 anos, cometidos sem violência e grave ameaça à pessoa.

Além disso, nota-se que o teor do projeto do art. 28-A, com seus incisos e parágrafos, possui praticamente todos os elementos que já existem no art. 76 da Lei 9.099/95, colocando o acordo de não persecução penal em posição anterior à denúncia. Trata-se mais do que mera semelhança, pois ocorreu pura transposição de expressões e frases inteiras da Lei 9.099/95 para a Lei n. 13.964/2019.

Logo, percebe-se que a pretensão do projeto é a ampliação da transação penal, com o intuito de utilizá-la por juízos criminais com competência diversa do que a Constituição da República concede, posto que seu art. 98, I, prevê o julgamento sumário de competência apenas dos Juizados Especiais Criminais.

Tanto o art. 76, da Lei n. 9.099/95, quanto o projetado art. 28-A afirmam que o Ministério Público poderá, não sendo o caso de arquivamento do inquérito policial ou peças de informação, propor aplicação imediata de penas restritivas de direitos, desde que haja concordância do investigado.

Por conseguinte, destaca-se que, caso o *Parquet* entenda que não há prova da existência de crime, indícios de autoria ou que não estão presentes quaisquer das condições para exercer a ação penal condenatória, deve-se requerer o arquivamento do inquérito, não sendo possível o arquivamento por motivos de política criminal, conveniência ou oportunidade.

Melhor dizendo, o Ministério Público deve oferecer a denúncia ou propor o acordo, não podendo deixar de viabilizar a pretensão punitiva estatal. Entretanto, ao propor o acordo de não persecução penal em fase anterior à denúncia, tal ato configura-se uma verdadeira acusação, eis que visa a aplicação de pena restritiva de direitos. Sendo assim, é nítida a ocorrência de uma incriminação e condenação antes mesmo que haja o devido processo legal, o que é processualmente inadmissível no ordenamento jurídico brasileiro.

5 DA (IM)POSSIBILIDADE DE INSERÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Conforme exposto, o acordo de não persecução penal é resultado de uma comissão de estudos composta por promotores de justiça e teve como objetivo a regulamentação das investigações criminais realizadas pelo Ministério Público, logo após o entendimento favorável do STF em tese de repercussão geral reconhecendo esta competência.

A conclusão do estudo resultou na edição da Resolução n. 181/2017, demasiadamente criticada pelos juristas, vez que se tratava de norma administrativa criando espécie de acordo extrajudicial a ser firmado entre o órgão acusador e o acusado, conforme entende Eduardo Januário Newton (NEWTON, 2017). Isto porque o CNMP não tem atribuição para prever requisitos para a concessão de acordo de não-persecução penal, ainda mais quando a privação de bens e direitos se realiza ao arrepio da chancela do poder judiciário.

Diante dessa situação, estando a Resolução n. 180 sob acusação de argumentos de inconstitucionalidade, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução n. 183/2018, tentando modificar principalmente os vícios apontados nas ações diretas de inconstitucionalidade, a fim de minorar as ilegalidades e as inconstitucionalidades contidas na primeira Resolução.

Como resultado, a Resolução n. 183/2018 trouxe o parâmetro quantitativo de pena mínima cominada inferior a 4 (quatro) anos, bem como modificou o *caput* do artigo 18 desta resolução, exigindo apenas a confissão circunstanciada, retirando a necessidade de novos meios de prova. Ademais, fez a previsão de que o acordo de não persecução penal não será aplicado a crimes hediondos e equiparados e terá a apreciação do juiz, mas apenas acerca da verificação de cabimento e validade do acordo.

Todavia, mesmo com a tentativa de aperfeiçoamento, ainda assim, torna-se claro que o referido texto continua repleto de erros formais e materiais, o que, conforme verificar-se-á abaixo, torna-se impossível sua inserção no processo penal democrático.

5.1 DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO SOBRE DIREITO PROCESSUAL

Ao dispor sobre competência legislativa, a Constituição da República de 1988 incumbe privativamente à União legislar sobre direito penal e processual, consoante o que dispõe o artigo 22, inciso I: “Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, **penal, processual**, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.” (grifo nosso) (BRASIL, 1988).

Portanto, percebe-se um significativo vício no ato do Conselho Nacional do Ministério Público ao elaborar Resolução que verse sobre a matéria processual e penal, configurando um erro formal em sua criação, vez que uma Resolução é um ato meramente administrativo-normativo com o intuito de disciplinar assuntos do interesse interno do órgão.

Como consequência da inconstitucionalidade da Resolução n. 181 (e também a de n. 183), deve-se considerá-las nulas, ou seja, desprovidas de validade, não podendo ser consideradas normas jurídicas a serem seguidas, vez que não poderão estabelecer obrigações a outros órgãos e aos cidadãos.

5.2 DA POSSIBILIDADE DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A princípio, além da incompetência do CNMP para legislar sobre matéria processual e penal e a impossibilidade de gerar obrigações a outros órgãos e cidadãos, é importante salientar duas premissas constantes no acordo de não persecução penal: que as partes estariam em posição de igualdade e poderiam dispor de sua vontade livremente, e que a aceleração processual seria objetivo a ser alcançado a qualquer custo.

O primeiro argumento é invalidado ao se observar que o investigado sempre esteve em posição de inferioridade na relação jurídica, desde o momento em que é considerado investigado, tendo em vista que o Estado tem ao seu dispor a coerção, o uso da força e as prisões provisórias e temporárias. E o acordo de não persecução penal vai além disso, pois deixa a cargo do Ministério Público o seu oferecimento, isto é, mesmo que acusado se enquadre nos requisitos, o promotor de justiça poderá ou não oferecer o acordo.

Ao se tratar da celeridade processual, é fato que este instituto irá agilizar os processos e aliviar o poder judiciário. Contudo, surge a indagação do quanto isso poderá prejudicar o acusado, ao se reduzir ou mesmo excluir os procedimentos que demandem prazos e que garantam oportunidades da ampla defesa quando da pretensão punitiva.

Ao se analisar as condições do acusado, percebe-se pormenorizadamente que, para que ele tenha direito ao acordo de não persecução penal, o delito cometido deverá se enquadrar nos moldes do artigo 18 da Resolução n. 183 do CNMP.

Desta maneira, observa-se que não será aplicada pena privativa de liberdade do mesmo modo que as medidas acordadas entre as partes não terão força de sanção penal e, por sua vez, não produzirão seus efeitos, como, por exemplo, a reincidência. Tampouco excluirão a possibilidade de a vítima ingressar em juízo com a ação penal privada subsidiária da pública, em conformidade com o disposto no artigo 5º, inciso LIX, da Constituição da República.

Afinal, se há prova de autoria bem como da materialidade, além da confissão do investigado, provavelmente as investigações serão concluídas, devendo, portanto, ser arquivado ou levado a juízo. Assim, não há como o Ministério Público garantir que o juízo irá esperar que o investigado cumpra o acordo, vez que não há vinculação com o poder judiciário.

Por outro lado, a Resolução n. 181 (e também a de n. 183) prevê, no mesmo artigo citado anteriormente, acerca do não cumprimento do acordo por parte do acusado. Caso isso ocorra, o Ministério Público deverá oferecer a denúncia imediatamente e tal fato poderá ser justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo, o que deixa a faculdade ao arbítrio do promotor de justiça, colocando o acusado numa situação de inferioridade.

Cumprе ressaltar que, ao editar a Resolução n. 181 (e também n. 183), o CNMP vinculou o acordo de não persecução penal à Lei 9.099/95, prevendo no artigo 18, §1º, incisos I e III, que não será possível a aplicação do acordo quando for cabível a transação penal, nos termos da lei e quando o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, §2º, da Lei nº 9.099/95 (BRASIL, 1995).

Desta maneira, nota-se que a Resolução n. 181 (e também a de n. 183) está eivada de vícios em todos os seus aspectos, fazendo com que sua aplicabilidade seja precária e duvidosa, vez que colocará em ameaça preceitos constitucionais e legais.

5.3 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À POSSIBILIDADE DE INSERÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Há quem defenda a Resolução n. 181 (e a n. 183) do Conselho Nacional do Ministério Público utilizando como argumentos a adoção do princípio da oportunidade regrada e o não escape do controle jurisdicional.

Acerca do princípio da oportunidade regrada, Rodrigo Leite Ferreira Cabral descreve:

Ademais, cumpre consignar que a resolução adotou o denominado princípio da oportunidade regrada, em que o Ministério Público somente pode celebrar o acordo quando cumpridas determinadas condições. Assim, não existe liberdade discricionária (modelo americano) do Ministério Público, já que tem o dever de objetividade e moralidade. (CABRAL, 2017).

Apesar da justificativa acima apresentada, qual seja, de apenas celebrar acordos em determinadas condições, no modelo processual brasileiro denominado sistema acusatório, apesar de o juiz não interferir na atuação das partes, ele tem a função de fiscalizar todos os atos para que a defesa, parte mais frágil da relação processual, não seja prejudicada, já que há a possibilidade da restrição de sua liberdade.

As condições elencadas por Rodrigo Leite Ferreira Cabral para que o acordo seja realizado são as seguintes:

(I) o acordo somente é permitido para crimes menos graves (sem violência ou grave ameaça, com lesão inferior a vinte salários mínimos); (II) para acusados primários e com bons antecedentes; (III) desde que eles confessem formal e detalhadamente a prática do delito e indiquem eventuais provas de seu cometimento; (IV) reparem o dano ou restituam a coisa à vítima; (V) cumpram prestação de serviços à comunidade ou multa, correspondente a parte do que cumpririam caso fossem condenados; e (VI) quando os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do crime, indiquem que o acordo é uma resposta necessária e suficiente ao delito. (CABRAL, 2017).

Nota-se que existem requisitos objetivos, tais como os incisos I, II, IV e V. Contudo, existem dois incisos que trazem requisitos subjetivos, quais sejam, o III e VI. Importante analisar o inciso III, no que se refere a uma confissão formal e detalhada, a ocorrer sem que haja um devido processo legal com todas as garantias fundamentais preservadas. A confissão pode se realizar apenas para que não seja oferecida uma denúncia, vez que o juiz, que deveria fiscalizar o cumprimento do processo constitucional, não participa, neste momento, do acordo que será realizado.

Ademais, fica a critério do Ministério Público a análise de quando os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do crime, indiquem que o acordo é uma resposta necessária e suficiente ao delito. Mais uma vez, o juiz não participa desta etapa fundamental, pois diante da subjetividade do órgão acusador, poderá não ser firmado um acordo caso ele entenda sobre o seu não cabimento.

5.3.1 DA JUSTIFICATIVA DO INTERESSE DE AGIR PARA O NÃO AJUIZAMENTO DA AÇÃO PENAL PÚBLICA

O interesse de agir compõe as condições da ação penal juntamente com a possibilidade jurídica do pedido e a legitimidade das partes. Entende-se como condições da ação os requisitos mínimos imprescindíveis para que se forme a relação processual, conforme consta no artigo 395 do Código de Processo Penal, que prevê as causas para a rejeição da denúncia ou queixa, conforme se expõe: "Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - for manifestamente inepta; II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III - faltar justa causa para o exercício da ação penal." (BRASIL, 1941).

Constata-se então que o interesse de agir é um aspecto presumido, vez que, para que ocorra o devido processo legal e conseqüente condenação e aplicação da sanção penal, é necessário que se tenha a pretensão punitiva estatal. Neste sentido, Guilherme de Souza Nucci

entende: “Destaca-se o interesse de agir do órgão acusatório quando houver necessidade, adequação e utilidade da ação penal” (NUCCI, 2018, p. 284).

O Conselho Nacional do Ministério Público alega, em sua defesa, que está ausente o interesse de agir por parte do Ministério Público quando há o cumprimento do acordo, justificando o requerimento do arquivamento do inquérito policial.

Neste sentido, há um conflito entre o anseio da Resolução n. 181 (e também n. 183) e o que realmente se verifica ao analisá-la. Em concordância com o exposto no decorrer do estudo, entende-se que não há sanção penal prevista no acordo, tão somente medidas punitivas acordadas entre as partes, vez que o Ministério Público não tem a atribuições para impor uma pena. Mas, por sua vez, ao afirmar que o órgão perderá o interesse de agir diante do cumprimento do acordo, devendo arquivar o inquérito, afirma-se também que acordo implica uma pena, tendo em vista que a pretensão punitiva só se satisfaz com imposição de sanção.

Desta forma, a divergência existente faz com que o acordo de não persecução penal se torne, mais uma vez, incoerente com o atual ordenamento jurídico.

6 CONCLUSÃO

O presente estudo teve como objetivos primordiais questionar as seguintes premissas: a) a investigação criminal realizada pelo Ministério Público e o entendimento favorável do Supremo Tribunal Federal; b) a incompetência do Conselho Nacional do Ministério Público para elaborar uma Resolução contendo um instituto penal, qual seja, o acordo de não persecução penal, bem como os demais vícios materiais presentes nele; e c) a Lei Anticrime n. 13.964/2019 que regulamenta o acordo de não persecução.

Tratando-se particularmente sobre a investigação criminal realizada pelo Ministério Público, é importante apontar a mitigação da relação entre o órgão acusador e a polícia judiciária, tal como ocorre com a relação entre o órgão acusador e o acusado. Apesar de o STF já ter entendido, em tese de repercussão geral, que o Ministério Público possui atribuição para efetuar a investigação criminal, é nítido que a imparcialidade será ignorada, pois não há como o mesmo órgão investigar e acusar sem que seja corrompido o seu entendimento.

A competência da polícia judiciária em presidir a investigação criminal, tendo o Ministério Público como órgão suplementar capaz de solicitar diligências e fiscalizar a investigação, está prevista na Constituição de 1988, de maneira que não deveria ser possível uma interpretação extensiva neste sentido. Não obstante, os promotores de justiça passaram a ter essa atribuição e, em decorrência disso, foi instituído o acordo de não persecução penal.

O Conselho Nacional do Ministério Público, possuidor de competência regulamentar administrativa, ousou editar uma Resolução que verse sobre um instituto penal, prevendo direitos e obrigações ao acusado e a outros órgãos, como o poder judiciário. A União é competente privativamente para legislar sobre matéria processual e penal, além de o CNMP ser competente para redigir apenas normas de caráter administrativo referentes ao Ministério Público.

Ainda, além de conter este grave erro formal, a Resolução n. 181 (e também a de n. 183) contém diversos vícios materiais em seu corpo, tendo como principal exemplo o afastamento do Juiz do oferecimento, da participação e da homologação do acordo, deixando que ele apenas fiscalize o cumprimento dos requisitos, assim como deixando a cargo do Ministério Público a faculdade de oferecer o acordo ao acusado, fazendo com que ele fique em uma situação de inferioridade e tenha seus direitos violados. Em outras palavras, o órgão ministerial irá fazer o papel de acusador e julgador.

Em decorrência deste ato do Conselho Nacional do Ministério Público, foram propostas perante o Supremo Tribunal Federal a ADI 5790 e a ADI 5793, que possuem a autoria da Associação dos Magistrados Brasileiros e do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, respectivamente. As Ações Diretas de Inconstitucionalidade buscam, principalmente, questionar a exclusão do poder judiciário do acordo, a competência do CNMP para legislar e a violação de princípios constitucionais, mas até agora não houve o julgamento.

Com o intuito de combater o crime organizado, a corrupção e os delitos praticados com violência e grave ameaça às pessoas, foi criada a Lei Anti crime n 13.964/2019, que traz em sua estrutura a regulamentação do acordo de não persecução penal, contendo significativas melhorias ao instituto, pois resolve o vício formal e passa-se a exigir sentença judicial na homologação do acordo.

Apesar de o projeto tentar aprimorar o acordo de não persecução penal, ele não passa de uma mera transcrição do artigo 76 da Lei 9.099/95. Portanto, pode-se concluir que se trata apenas de uma investida na ampliação da competência para julgar a transação penal, fazendo com que o juízo criminal também possa julgá-la, contrariando, mais uma vez, a Constituição da República.

Logo, nota-se que o acordo de não persecução penal carrega vícios sanáveis e insanáveis, não sendo apropriada sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, nem mesmo sua implementação na prática, pois trata-se de um ato nulo desde a sua criação e inaplicável ao ordenamento jurídico diante de suas controvérsias e ilegalidades.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [*Código Penal (1940)*]. Brasília: Senado, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 21 maio 2021.

BRASIL. [*Código de Processo Penal (1941)*]. Brasília: Senado, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 21 maio 2021.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Entenda o que é o Ministério Público e como funciona. In: CONAMP - Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. 2017a. Disponível em: <https://www.conamp.org.br/blog/entenda-o-que-e-o-ministerio-publico-e-como-funciona/>. Acesso em: 21 maio 2021.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017*. CNMP, 2017b. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf> . Acesso em: 21 maio 2021.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018*. CNMP, 2018. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-183.pdf>. Acesso em: 21 maio 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 5 de outubro de 1988. 38. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

BRASIL. [Lei AntiCrime]. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. *Diário Oficial da União*, 2019b . Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso em: 23 abr. 2021.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. *Diário Oficial da União*, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 21 maio 2021 .

BRASIL. Lei n 9.099, de 26 de setembro de 1995. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. *Diário Oficial da União*, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm Acesso em: 23 abr. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Projeto de Lei Anticrime*. estabelece medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa. in sítio eletrônico do Ministério da Justiça. Governo Federal, 2019a. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>. Acesso em: 21 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5790, *Diário Eletrônico de Justiça*, Brasília, DF, 6 out. 2017c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5790&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 21 maio 2021 .

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5793, *Diário Eletrônico de Justiça Brasília*, DF, 13 out. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5288159>. Acesso em: 21 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 593.727 MG*: Julgado mérito de tema com repercussão geral. Relator: Ministro Cezar Peluso. *Diário Eletrônico de Justiça*, 18 maio 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233> . Acesso em: 21 maio 2021.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O acordo de não persecução penal criado pela nova Resolução do CNMP. *In: CONJUR*, 18 set. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp>. Acesso em: 21 maio 2021 .

CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: uma renitente e brasileira polêmica*. Temas atuais do ministério público. 4. ed. Salvador: JusPodvim, 2013.

LANGER, Máximo. *From legal transplants to legal translations: The globalization of plea bargain and the Americanization thesis in criminal procedures*, in *World Plea Bargain: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2010.

NEWTON, Eduardo. Apertem os cintos: o fiscal da lei sumiu! *In: JUSTIFICANDO: mentes inquietas pensam direito*. 15 set. 2017. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/09/15/e-grave-resolucao-de-cupula-do-mp-sobre-acordo-de-nao-persecucao-penal/>. Acesso em: 21 maio 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Ministério Público e Investigação Criminal: Verdades e Mitos*. 28 fev. 2014. Disponível em: <https://www.conamp.org.br/blog/entenda-o-que-e-o-ministerio-publico-e-como-funciona/http://www.guilhermenucci.com.br/sem-categoria/ministerio-publico-e-investigacao-criminal-verdades-e-mitos>. Acesso em: 20 ago. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

14

CAPÍTULO

JUIZ DAS GARANTIAS E A DESCONFIGURAÇÃO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ NA FASE PRÉ-PROCESSUAL PENAL

JONATAS MARQUES E SILVA¹

THAÍS KARINE DE CRISTO²

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS³

RESUMO

O Código de Processo Penal brasileiro publicado em 1941, embora recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mantém institutos que remontam o regime político ditatorial, como, por exemplo, a função de juiz instrutor (atividade probatória de ofício) na fase pré-processual e sua atuação consecutiva ao processo. Considerando a teoria da dissonância cognitiva e a implementação do juiz das garantias pela Lei n.º 13.964/2019, pretende-se neste estudo analisar a desconfiguração da imparcialidade do juiz e quais meios poderiam ser adotados para mitigar ou extinguir essa parcialidade. Trata-se estudo dogmático-jurídico, de caráter descritivo, realizado a partir de pesquisas bibliográficas.

Palavras-chave: princípio da imparcialidade do juiz; sistema inquisitorial; juiz das garantias; teoria da dissonância cognitiva; Lei n.º 13.964/2019.

ABSTRACT

The Brazilian Penal Procedure Code published in 1941, although received by 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil, maintains institutes that date back to the dictatorial political regime, such as, for example, the function of instructor judge in pre-procedural phase and its acting consecutive to the process. Considering the

- 1 Pós-graduando em Compliance e Governança Corporativa pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), graduado em Direito pela Universidade FUMEC. E-mail: jonatasmrques.adv@outlook.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2773216609761683>.
- 2 Mestra em Instituições Sociais, Direito e Democracia (Direito Público) pela Universidade FUMEC. Especialista em Filosofia e Teoria de Direito, graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). E-mail: thaiskarine_@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5203643010222903>.
- 3 Coordenador e Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Estudos Culturais (PPGMCult), ambos da Universidade FUMEC. Editor da Revista Meritum. Pós-Doutor em Direito pela UNISINOS e pela Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela PUC Minas. Assessor Judiciário no TJMG. Coordenador do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Orcid id: <https://orcid.org/0000-0002-7198-4567>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2720114652322968>. E-mail: sergiohzhf@fumec.br. Site: www.imdp.com.br e www.zandona.pro.br.

Como citar o presente artigo científico:

SILVA, Jonatas Marques; CRISTO, Thaís Karine de; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. Juiz das garantias e a desconfiguração da imparcialidade do juiz na fase pré-processual penal. In: CAMARGOS, Laís Alves; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). Direito Processual Constitucional e sua Perspectiva Democrática. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2021, p. 230-246

theory of cognitive dissonance and the implementation of the judge of guarantees by law 13.964/2019, this study intends to analyze the disfigurement of the judge's impartiality and what means could be adopted to mitigate or extinguish this partiality. This is a dogmatic-legal study, carried out based on bibliographic research.

Keywords: *principle of the judge's impartiality; inquisitorial system; guarantees judge; theory of cognitive dissonance; law n.º 13.964/2019.*

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal (CPP), publicado por meio do Decreto-Lei n.º 3.689, embora seja de 1941, sofreu significativas mudanças interpretativas com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), principalmente no que tange à perspectiva autoritária. Com a instituição dos direitos e garantias fundamentais ao texto constitucional, passou-se a primar pela persecução do processo justo, que tem como princípio basilar a presunção da inocência, descrito no art. 5º, LVI, CRFB/88: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” (BRASIL, 1988).

Ademais, a CRFB/88, em seu art. 5º, incisos XXXVII e LIII, e a Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 8º, n.º 1, consagram o princípio do juiz natural e imparcial (BRASIL, 1988). Toda pessoa tem direito, quando processada, a um julgamento justo, perante juiz competente, independente e imparcial. Daí, questiona-se: a legislação infraconstitucional garante a efetivação desse princípio?

Por mais que se tenha avançado em prol da efetivação de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, permanece no processo penal resquícios do regime ditatorial, sendo a fase pré-processual regida pelo sistema inquisitivo. O CPP traz disposições que são, no mínimo, incompatíveis com a CRFB/88, como, por exemplo, a possibilidade de a autoridade judiciária atuar na fase investigatória, bem como na fase processual, produzindo provas independentemente de provocação, isto é, de ofício. Outro ponto questionável é a configuração da organização judiciária do país, que permite que o mesmo magistrado responsável por conduzir o Inquérito Policial também julgue o réu em eventual processo instaurado.

A atuação do juiz na produção de provas, como verdadeiro órgão acusador, e na condução consecutiva da fase investigatória e processual, colocam em xeque a questão da imparcialidade. Nesse sentido, pretende-se analisar como ocorre a contaminação da imparcialidade do juiz e quais meios poderiam ser adotados para mitigar ou extinguir essa parcialidade, que acarreta flagrante prejuízo ao réu no processo penal.

Para tanto, o artigo fora desenvolvido de forma a compreender a relação dos princípios constitucionais com o processo penal, como ocorre o desenvolvimento da fase inquisitorial e processual, o que a teoria da dissonância cognitiva tem a dizer sobre a imparcialidade do intérprete e como a figura do juiz das garantias promove a efetivação do princípio constitucional em comento.

Trata-se estudo dogmático-jurídico, de caráter descritivo, realizado a partir de pesquisas bibliográficas.

2 A CONSTITUIÇÃO E O PROCESSO

Após diversos períodos genuinamente obscuros pelos quais o Brasil percorreu, a conquista da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 sinaliza um novo Estado, que visa priorizar os direitos e as garantias fundamentais dos indivíduos.

É impossível, portanto, estudar qualquer campo do direito sem antes examinar profundamente a Constituição, sob pena de se ignorar as garantias arduamente conquistadas pela sociedade.

O processo judicial também deve seguir esse entendimento e ser observado pela ótica constitucional, principalmente pelo magistrado que assume a responsabilidade legal de praticar os atos necessários para o regular desenvolvimento do processo.

Não se pode admitir, assim sendo, um processo em que o magistrado atue conforme as suas próprias convicções, sobretudo no Direito Processual Penal, eis que esbarra com a Constituição da República que garante o julgamento do réu pelas regras do devido processo legal.

É por essas razões que se faz imprescindível a análise dos princípios previstos na CRFB/88 que indicam o caminho justo e democrático que as partes e sobretudo o juiz devem observar na condução do processo penal.

A começar pelo princípio da ampla defesa, pode-se entendê-lo como o fornecimento de espaço e condições adequadas para que as partes possam atuar no processo exercendo o direito de impugnação, oferecendo, para tanto, todas as informações que julgarem necessárias para exporem o seu ponto de vista acerca dos fatos submetidos a julgamento. A ampla defesa abarca a defesa técnica, a autodefesa, a defesa efetiva e qualquer meio de prova que possa demonstrar a inocência do acusado (LIMA, 2020, p. 80).

Nesse contexto, atrelado ao princípio da ampla defesa, tem-se o princípio do contraditório, que possibilita aquele ser aplicado no processo, pois estabelece igualdade entre as partes para que tenham a oportunidade de dizer e contradizer. Ou seja, a dialética só é possível graças a esse princípio (PACELLI, 2018, p. 45).

A conjugação da ampla defesa e do contraditório é imprescindível para que o princípio do devido processo legal, elencado no art. 5º, incisos LIV, LV e LXXVIII da CRFB/88, seja aplicado. Por este princípio, há proteção ao indivíduo submetido a julgamento pelo Estado, de forma a proporcionar paridade entre as partes ao se garantir direitos relativos à petição, à plenitude de defesa, à citação regular, aos recursos, às revisões criminais, dentre outros (MARCÃO, 2018, p. 65).

O princípio do juiz natural e imparcial talvez seja o que abarque maior relevância neste estudo, cuja interpretação advém do art. 5º, incisos XXXVII e LIII da CRFB/88, e pode ser compreendido, conforme expõe Guilherme de Souza Nucci, como aquele princípio que "estabelece o direito do réu de ser julgado por um juiz previamente determinado por lei e pelas normas constitucionais, acarretando, por consequência, um julgamento imparcial." (NUCCI, 2018, p. 86).

Também merece considerável destaque o princípio da presunção de inocência, consagrado no art. 5º, LVII, da CRFB/88. Pelo referido princípio, o réu ingressa no processo sendo presumidamente inocente, ficando a cargo único e exclusivo da acusação provar o contrário, utilizando-se, para tanto, da dialética processual para alcançar o convencimento do juiz acerca da culpabilidade do acusado. (LOPES JUNIOR, 2018, p. 96).

Diversos são os princípios que norteiam a condução do processo penal, sempre havendo referências à CRFB/88, pelo fato do ordenamento jurídico brasileiro guardar estrita relação com o diploma normativo que ocupa o ápice da hierarquia das normas jurídicas.

3 PROCESSO PENAL E A FASE PRÉ-PROCESSUAL

De modo geral, existem três sistemas principais construídos historicamente e que tutelam o processo penal. O primeiro deles é o sistema inquisitorial, que se caracteriza por ser um sistema no qual o magistrado exerce concomitantemente as funções de julgador, defensor e acusador. Esse sistema foi adotado precipuamente pelo Direito Canônico no início do século XIII e se propagou por toda a Europa (LIMA, 2020, p. 41). O sistema inquisitivo predominou até o início do século XIX, quando então sofreu abalos pelos ideais da Revolução Francesa, principalmente em razão da valorização do ser humano, o que repercutiu no processo penal (LOPES JUNIOR, 2020, p. 56).

O segundo é o denominado sistema acusatório e, ao contrário do anterior, há nítida separação entre as funções. Acusação e defesa são partes distintas, mas que estão em igualdade de condições. O juiz deve se manter equidistante em relação as partes e imparcial. Esse sistema é chamado de acusatório porque ninguém deve ser chamado em juízo sem acusação fática e precisa. Além do mais, o juiz não determina atividade investigatória e probatória, sendo-lhe vedado, nesses termos, agir de ofício (LIMA, 2020, p. 44).

Já o terceiro é o sistema misto, em que há a conjugação dos sistemas anteriores em duas fases distintas, sendo a primeira inquisitorial e a segunda acusatória. Também é denominado de sistema francês, visto que sua inspiração decorre do *Code d'Instruction Criminelle* francês, de 1808. Na primeira fase, o investigado não é tratado como parte, mas como objeto, não havendo, por conseguinte, observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Na segunda fase, adotam-se elementos do sistema acusatório, em que, em tese, as funções de julgador e acusador são separadas (LIMA, 2020, p. 44).

Há divergências na literatura especializada acerca de qual sistema vigora no ordenamento jurídico brasileiro. Eugênio Pacelli e Renato Brasileiro de Lima defendem o sistema acusatório, visto que a CRFB/88 expressamente consagrou, em seu art. 129, I, a titularidade da ação penal ao Ministério Público (PACELLI, 2020, p. 34; LIMA, 2020, p. 44). Ademais, a fase investigativa, segundo esses autores, não faz parte do processo, sendo apenas procedimento administrativo. Já Guilherme de Souza Nucci acredita que o sistema adotado seja o misto, aduzindo que há verdadeiro hibridismo no vigente sistema processual penal brasileiro (NUCCI, 2018, p. 51).

Embora a CRFB/88 estabeleça princípios constitucionais relativos ao processo penal que apontem para o sistema acusatório, não há imposição de sua adoção, ou melhor, não havia. A Lei n.º 13.964/2019, dentre várias inovações, introduziu o art. 3º-A ao CPP, por meio do qual expressamente declarou que a estrutura do processo penal deverá ser acusatória, vedando-se qualquer iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão acusador (BRASIL, 2019). Entretanto, em apreciação da Medida Cautelar nos autos das Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade n.º 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, o Ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia dos artigos 3º-A a 3º-F (BRASIL, 2020a).

Para que uma ação seja instaurada e se dê início ao processo propriamente dito, é necessário percorrer um caminho delineado pela própria legislação. As investigações criminais, segundo a maior parcela da literatura especializada, constituem a fase pré-processual do processo penal e, *lato sensu*, se iniciam pela instauração de um procedimento próprio pela autoridade competente denominado de Inquérito Policial, procedimento administrativo que objetiva arregimentar indícios de autoria e materialidade (RANGEL, 2018, p. 72). Trata-se de procedimento investigatório, conduzido pela Polícia, denominada de judiciária, que se destina, ao final, a fornecer ao titular da ação penal os elementos necessários para a provocação do Poder Judiciário, por meio do oferecimento da denúncia.

No tocante às características do Inquérito Policial, tem-se, inicialmente, a sua dispensabilidade. Dizer que para se propor uma ação penal são necessários a prova da materialidade do delito e os indícios de autoria, não significa afirmar, necessariamente, que deverá ser instaurado Inquérito Policial para apurar tais elementos. Inclusive, o artigo 27 do Código de Processo Penal brasileiro estabelece que qualquer pessoa do povo poderá se dirigir até o Ministério Público, comunicando a prática de crime, fornecendo, por escrito, todas as informações sobre o fato e a autoria. Ademais, prevê o artigo 46, §1º, do aludido diploma legal, prazo específico para o Ministério Público oferecer denúncia quando optar por dispensar o Inquérito Policial (BRASIL, 1941).

Dessa forma, a instauração do Inquérito Policial para apuração do crime e de sua autoria não é obrigatória, sendo que tais elementos podem ser obtidos por outros meios, desde que não contrariem os princípios e garantias fundamentais elencados na CRFB/88. É o que também conclui Eugênio Pacelli, *in verbis*, "[...] o inquérito não é indispensável à propositura de ação penal, podendo a acusação formar o seu convencimento a partir de quaisquer outros elementos informativos." (PACELLI, 2018, p. 57).

O Inquérito Policial tem por característica ser escrito, por exigência do artigo 9º do CPP, motivo pelo qual todas as diligências devem ser devidamente documentadas nos autos. (BRASIL, 1941). Além disso deverá ser sigiloso, justamente para se evitar qualquer frustração na produção de provas, preservar a intimidade e a imagem daqueles que figuram como vítima ou investigado no feito. No entanto, apesar do sigilo, o artigo 7º, inciso XIV, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, confere ao advogado o direito de ter acesso aos autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, mesmo sem procuração. Isto é, conquanto estejam as informações documentadas e na posse da Polícia Judiciária ou do Ministério Público (BRASIL, 1994).

Por fim, o Inquérito Policial é inquisitivo. Ensina Paulo Rangel que esse caráter "(...) faz com que seja impossível dar ao investigado o direito de defesa, pois ele não está sendo acusado de nada, mas, sim, sendo objeto de uma pesquisa feita pela Autoridade Policial." (RANGEL, 2018, p. 99).

Na investigação criminal não incidem os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, já que se trata apenas de um procedimento que visa colher informações por parte da Autoridade Policial. Nessa fase vige o caráter inquisitorial (LIMA, 2020, p. 175).

Realizadas as primeiras diligências, todos os dados apurados na investigação, como já mencionado, serão reduzidos a escrito nos autos do Inquérito Policial e, após, serão remetidos ao juiz competente, nos termos do artigo 10, §1º do CPP. A autoridade judiciária, em seguida, remeterá os autos para o Ministério Público, pois é o destinatário final das provas obtidas para o exercício do direito de ação (BRASIL, 1941).

Ao receber os autos do Inquérito Policial, o representante do Ministério Público decidirá por oferecer denúncia, se suficientes as provas para confirmar a materialidade do crime e os indícios de autoria. Caso as provas ainda não sejam suficientes para a elucidação dos fatos, o Ministério Público, observado o artigo 16 do CPP, poderá requerer, perante o juiz competente, a devolução dos autos do Inquérito Policial para a realização de novas diligências necessárias e imprescindíveis ao oferecimento da denúncia (BRASIL, 1941).

Ao fim, encerradas as investigações, o Inquérito Policial será remetido ao Ministério Público para que este decida por dois caminhos possíveis: caso não provada a materialidade do crime ou não existentes indícios suficientes de autoria, o representante do Ministério Público poderá requerer ao juiz o arquivamento do Inquérito Policial; se provada a materialidade do crime e haja indícios suficientes de autoria do delito, o Ministério Público deverá oferecer denúncia, em respeito ao princípio da obrigatoriedade que o vincula a esse *munus*, dando início à ação penal.

Vale dizer, que a Lei n.º 13.964/2019, que ficou conhecida como “Pacote anticrime”, alterou substancialmente a forma de arquivamento do Inquérito Policial, dando maior autonomia ao próprio órgão acusador. De acordo com o art. 28, do CPP, o arquivamento determinado pelo Ministério Público não mais será submetido ao crivo do juiz, mas ao órgão de revisão do *parquet*, donde será realizada a homologação (BRASIL, 1941). Todavia, o STF também suspendeu os efeitos da nova regra por meio da liminar na ADI n.º 6.298, reestabelecendo a validade da regra anterior até que haja julgamento de mérito pelo Plenário (PACELLI, 2020, p. 1309-1310).

O juiz competente, então, apreciará a denúncia quando provocado, dando-se início à segunda fase do processo penal (se compreendido que o Inquérito Policial faz parte da primeira fase do processo ou fase pré-processual). Nessa etapa, as diligências a serem tomadas dependem de diversos procedimentos especiais previstos na legislação. Mas, tomando-se como referência o procedimento ordinário, o juiz ouvirá a defesa, que apresentará suas razões sustentando o não recebimento da denúncia. Após, o magistrado decidirá recebê-la ou rejeitá-la. Caso recebida, tem-se o início do desenvolvimento regular do processo, havendo apresentação da resposta à acusação, produção de provas e o proferimento de sentença judicial, sempre observando o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

Assim sendo, as fases comunicam-se entre si, por questões lógicas, o que torna imprescindível à obediência às regras processuais e aos princípios que delineiam o procedimento em questão, sob pena de nulidade dos atos praticados.

Conclui-se, portanto, que a fase inquisitorial lida com direitos e garantias fundamentais protegidos pela CRFB/88 e por isso merece a devida tutela normativa e fiscalização por parte dos órgãos e instituições públicas tais como o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Polícia Judiciária e a Defensoria Pública, a fim de que as prerrogativas máximas conquistadas pela sociedade sejam respeitadas.

Ainda que atualmente haja diplomas legais que protejam os direitos dos cidadãos, é possível se deparar com flagrantes ilegalidades que passam despercebidas e violam o sistema acusatório aplicado à fase processual e o princípio da imparcialidade do juiz consolidados pela CRFB/88, conforme será visto a seguir.

4 A CONTAMINAÇÃO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ NA FASE INQUISITORIAL

Adentrando à problemática principal a ser abordada neste estudo, torna-se relevante analisar as inconstitucionalidades referentes às atribuições do juiz na fase de investigações criminais e, principalmente, à atual organização judiciária do país, uma vez que esses dois fatores contribuem significativamente para a contaminação da imparcialidade do juiz quando se der início, propriamente, à fase processual.

A atuação do juiz na fase pré-processual, ainda que merecedora de críticas, é necessária para o desenvolvimento regular da investigação criminal. Não se poderia dar a cargo exclusivo da Polícia Judiciária e do Ministério Público a execução de atos sem a autorização do Poder Judiciário, sob pena de violação aos princípios constitucionais processuais e aos direitos e garantias fundamentais protegidos pela Carta Maior. No entanto, o atual sistema inquisitorial brasileiro confere determinadas atribuições ao Poder Judiciário que despertam questionamentos.

Em regra, o juiz atua na fase inquisitorial quando provocado. De início, percebe-se a incidência do princípio da inércia, quando o Inquérito Policial é enviado ao juiz para que a partir daí se abra vista dos autos ao Ministério Público e este, por sua vez, requeira o que entender de direito. Caso o *parquet* opine, por exemplo, pela decretação de prisão preventiva, o juiz proferirá decisão fundamentada nos autos. Se o Ministério Público entender que ainda necessitam ser realizadas diligências investigatórias pela Autoridade Policial, o juiz, então, proferirá despacho nos autos remetendo o Inquérito Policial à Polícia Judiciária para que o pedido formulado seja executado.

Nesse diapasão, o atual Código de Processo Penal e as leis que tutelam as mais diversas diligências investigatórias, tais como a Lei de Prisão Temporária (Lei n.º 7.960/89) e a Lei de Interceptação Telefônica (Lei n.º 9.296/96), por exemplo, estão de acordo com sistema processual penal adotado pela CRFB/88 e pelo CPP, ao passo em que estabelecem a necessidade de peticionamento do órgão acusador ou da Autoridade Policial perante o juiz, em se tratando de decretação de prisão temporária, de interceptação de comunicações telefônicas, de busca e apreensão.

Contudo, nos mesmos diplomas legais acima mencionados, com exceção da Lei de Prisão Temporária, é possível se deparar com ocasiões em que o juiz pode atuar independentemente de provocação, isto é, de ofício, o que ocasiona violações ao sistema processual e, consequentemente, a contaminação da imparcialidade do juiz.

De início, conforme já destacado, a Lei n.º 9.296/96 regula a maneira pela qual as interceptações telefônicas serão executadas pela autoridade competente. Nesse sentido, estabelece o artigo 3º da Lei de Interceptações Telefônicas, que ela poderá ser determinada pelo juiz, de ofício, ou a requerimento da Autoridade Policial ou pelo representante do Ministério Público. (BRASIL, 1996).

Ora, a interceptação telefônica constitui diligência de caráter extremo. Trata-se de medida excepcional justamente por lidar com a restrição do direito fundamental do indivíduo ao sigilo das suas comunicações. É uma medida investigatória que busca colher provas da materialidade do delito e/ou indícios de autoria, partindo-se do pressuposto que somente o titular da ação penal poderia se manifestar nos autos do Inquérito Policial requerendo a realização de tal diligência, independentemente de manifestação da Autoridade Policial nesse sentido.

O raciocínio torna-se claro: o interesse em produzir provas deve estar estritamente ligado ao órgão acusador. A partir do momento em que o juiz tem permissão pelo artigo 3º da Lei n.º 9.296/96 para decretar de ofício a interceptação de comunicações telefônicas do investigado ou de possíveis suspeitos da prática delituosa, passa também a ocupar a figura de um órgão acusador na fase inquisitorial. (BRASIL, 1996). Guilherme de Souza Nucci, ao tratar sobre o ônus da prova, também critica a atuação de ofício do juiz no processo penal ao afirmar, *in verbis*:

Quando se percebe um juiz personalista, que chama a si **tudo ou quase tudo** relacionado com o crime principal, pode realizar, nessa busca excessiva por concentração de poder de julgar, um trabalho pior do que a atividade do inquisidor da Idade Média, pois este, em várias épocas, defendia o mais fraco do mais forte. E não julgava inúmeros casos por conexão: cada caso era um caso. (NUCCI, 2018, p. 514, grifos nossos).

É evidente que a interceptação das comunicações telefônicas decretada de ofício está fundada única e exclusivamente na intenção do juiz em produzir provas em uma espécie de atuação conjunta com o Ministério Público, ou ainda de evitar que provas pudessem ser perdidas por algum motivo. Por melhor que sejam as intenções do juiz, por assim dizer, a autoridade judiciária na fase inquisitorial deve respeitar os limites de suas atribuições estabelecidas constitucionalmente.

Assim sendo, o juiz deve figurar nessa fase pré-processual apenas como um intermediador entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público, analisando e decidindo fundamentadamente acerca de diligências que necessitem de posicionamento prévio do Poder Judiciário.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade de n.º 3.450 ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, questiona o art. 3º da Lei Federal n.º 9.296/1996. No caso, o órgão ministerial utiliza-se dos mesmos argumentos aqui trazidos para apontar a inconstitucionalidade contida na redação do aludido dispositivo legal que autoriza a decretação da interceptação das comunicações telefônicas de ofício pelo juiz. A ADI em questão ainda está pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2020).

De modo geral, o Código de Processo Penal também comete equívocos ao passo em que admite, de maneira ainda mais explícita, que o juiz possa atuar de ofício para produzir provas no processo. O artigo 156, inciso I do CPP, alterado pela Lei n.º 11.690/2008, prevê, em sua atual redação, ser possível ao juiz “[...] ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida [...]” (BRASIL, 1941).

Assim sendo, não apenas na interceptação telefônica, mas em outras diligências investigatórias que o juiz desejar realizar, poderá fazer independentemente de manifestação do titular da ação penal ou da Autoridade Policial, bastando que as considere urgentes e relevantes.

O Supremo Tribunal Federal, em 2004, afirmou haver violação ao princípio da imparcialidade do juiz quando atua de ofício produzindo provas no processo. É o que se extrai do julgamento colegiado da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.570 (BRASIL, 2004).

É importante destacar que aqui se aborda e questiona a atuação de ofício do juiz na fase inquisitorial, o que manifestamente viola o princípio da imparcialidade do juiz (NUCCI, 2018, p. 518). Logo, no tocante à atuação de ofício do juiz na fase processual, sabe-se que há entendimentos doutrinários que defendem a incidência dos princípios da verdade real e do impulso

oficial sob o argumento de que, desde que observados e aplicados devidamente com imparcialidade pelo juiz, servem de fundamento para que provas sejam decretadas de ofício para que o magistrado forme a sua convicção (RANGEL, 2020, p. 45).

Todavia, com o devido respeito a tais entendimentos doutrinários, a relação entre o Processo Penal e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conforme já abordado, não permitem que o magistrado atue se não devidamente provocado pelas partes, razão pela qual tais princípios não encontram respaldo normativo e constitucional.

Assim sendo, não há dúvidas de que, não apenas na fase processual, mas também na fase inquisitorial, a atuação de ofício do magistrado é claramente inconstitucional.

4.1 JUIZ DAS GARANTIAS, ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA E A IMPARCIALIDADE DO JUIZ

O atual ordenamento jurídico brasileiro possui flagrantes inconstitucionalidades, não somente no que se refere à possibilidade do Poder Judiciário atuar como espécie de órgão acusador na fase inquisitorial, mas em razão da estrutura organizacional do judiciário que compromete a imparcialidade do juiz.

De imediato, adianta-se que o problema contido na atual organização judiciária se constitui no fato de que o mesmo juiz que conduziu a fase inquisitorial será o juiz que receberá a denúncia eventualmente oferecida pelo titular da ação penal e dará início à fase processual penal, proferindo, ao final, sentença. Diversas são as consequências que se originam desse problema e que prejudicam severamente o réu durante a instrução processual. E neste ponto, vale mencionar a Teoria da Dissonância Cognitiva.

Trata-se de estudo na área da psicologia sobre a cognição e comportamento humano, formulada inicialmente pelo autor Leon Festinger e intitulada originalmente de *Theory of cognitive dissonance*. A teoria descreve que há tendência natural do ser humano em se prender à estabilidade cognitiva, isto é, diante do conflito de ideias e tomada de decisões, prevalece o que estiver conectado às pré-compreensões do intérprete (LIMA, 2020, p. 123).

E qual a relação dessa teoria com a imparcialidade do juiz? Pois bem, essa análise fora feita pelo jurista alemão Bernd Schünemann e publicada no Brasil em obra coordenada por Luís Greco. No trabalho do jurista intitulado "O juiz como terceiro manipulado no processo penal?", Schünemann demonstra que o contato prévio do juiz com as investigações criminais e a produção de provas macula sua percepção no momento da instrução e julgamento do processo, pois de acordo com a teoria da dissonância cognitiva, ficaria o magistrado vinculado, mesmo que involuntariamente, às conclusões arregimentadas na fase pré-processual, o que, consequentemente, afetaria sua imparcialidade (LIMA, 2020, p. 124-125).

Para afastar essa parcialidade do juiz, em 2010, por meio do Projeto do Novo CPP, PL n.º 8045/10, foi criada a figura do juiz das garantias. Entretanto, como o projeto permanece em tramitação na Câmara dos Deputados, esse instituto ficou relegado até o ano de 2019 (PACELLI, 2020, p. 1287).

Com a publicação da Lei n.º 13.964/19, diversas mudanças foram introduzidas no CPP, como novas regras para colaboração premiada, inauguração da cadeia de custódia, formalização da audiência de custódia, acordo de não persecução penal e, como não poderia deixar de mencionar, a instituição do juiz das garantias (PACELLI, 2020, p. 1285).

Esse juiz seria o responsável pela fase de investigação, enquanto um segundo juiz atuaria na fase processual (PACELLI, 2020, p. 1292). O juiz das garantias, como o próprio nome aduz, seria o garantidor dos direitos do acusado, sendo responsável por analisar às representações feitas pelo Ministério Público e Autoridade Policial, receber ou rejeitar a denúncia ou queixa, além de poder decidir pela absolvição sumária do acusado e, não sendo o caso desta, finalizar sua atuação com o agendamento da audiência de instrução e julgamento, quando então outro juiz assumiria o processo (LOPES JUNIOR, 2020, p. 193-194).

A instituição do juiz das garantias consubstanciada à vedação expressa da atuação de ofício do juiz na fase investigatória e probatória (art. 3º-A, CPP), com a consequente imposição do sistema acusatório, constitui meio eficaz para preservação da cognição prévia e imparcialidade do magistrado.

Ocorre que, embora a lei tenha previsto essas mudanças, elas permanecem incólumes, haja vista a decisão em Liminar na Medida Cautelar nas ADIN's n.º 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, do Ministro Luiz Fux, que suspendeu, *sine die*, a eficácia dos art. 3º-A a 3º-F, até que ocorra julgamento pelo Plenário (LIMA, 2020, p. 128).

Quando se trata sobre organização judiciária, é importante frisar que, em regra, os Tribunais dos Estados-membros e do Distrito Federal se utilizam de suas competências legislativas para se estruturarem internamente, em conjunto com a existência de uma lei de origem do Poder Legislativo daquele ente federativo que trate sobre a organização e divisão judiciária. Sobre o âmbito federal, a própria Constituição trata sobre essa divisão, a partir de seu artigo 92.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por exemplo, organiza-se mediante Resoluções editadas por sua Corte Superior, por meio das quais há divisão de varas especializadas em determinados campos do direito para todas as comarcas existentes no Estado de Minas Gerais.

Em relação ao município de Belo Horizonte, não há dúvidas de que a capital mineira comporta a comarca do Estado com o maior número de juízes e varas. Hodiernamente, mesmo com comarca possuindo estrutura complexa e sendo referência para as demais, há falhas contidas na sua organização na seara criminal no que se diz respeito ao processamento dos Inquéritos Policiais.

Para que se possa compreender melhor essas falhas, observar-se-á o seguinte exemplo: foi instaurado Inquérito Policial para a apuração de suposta prática do delito tipificado no artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06; após o devido processamento das investigações criminais, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por meio de seu Promotor de Justiça, oferece denúncia, imputando ao ora investigado a prática delituosa do crime de tráfico ilícito de drogas e entorpecentes; o juiz, então, profere decisão recebendo a denúncia; superadas todas as etapas do procedimento especial dos crimes tipificados na Lei n.º 11.343/06, ao final, a autoridade judiciária profere sentença penal condenando o réu pelo crime tipificado no artigo 33, *caput*, do aludido diploma legal (BRASIL, 2006).

Pois bem, nos termos da Resolução da Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais de n.º 523/2007, em seu artigo 5º, parágrafo único, no caso fictício citado, o juiz atuante na Vara de Tóxicos, que conduziu a fase inquisitorial, foi o mesmo que recebeu a denúncia e julgou o réu (BRASIL, 2007).

Ora, sabido é, por tudo o que aqui foi exposto, que na fase de investigações criminais não há observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Por tais circunstâncias, aliado ao fato da legislação brasileira conter equívocos que permitem ao juiz atuar como acusador, quando a denúncia é recebida e é dado início ao processo penal, o magistrado já se encontra viciado e maculado cognitivamente.

O Inquérito Policial deve ser observado exclusivamente sob o enfoque de servir como fundamento para a justa causa da ação penal. É por esse motivo que o artigo 155 do Código de Processo Penal veda a utilização de provas colhidas tão somente na fase inquisitorial para a formação da convicção do juiz, uma vez que elas não foram produzidas sob o crivo do contraditório (BRASIL, 1941).

Por mais que o juiz, durante a instrução do processo, conceda à defesa, pelo prazo legal, o direito de contestar as provas trazidas pela acusação, certamente, o convencimento do juiz acerca dos fatos estará atrelado, de certa maneira, às investigações policiais realizadas no Inquérito Policial, em decorrência do contato direto do magistrado com as provas ali produzidas e lançadas nos autos.

A situação torna-se ainda mais grave para o réu quando o juiz eventualmente atua na fase inquisitorial decretando a produção de provas de ofício, conforme já abordado. Dificilmente a defesa conseguirá reverter a convicção do juiz acerca da culpa imputada ao réu pela acusação quando, por exemplo, a autoridade judiciária determinou a interceptação das comunicações telefônicas na fase inquisitorial de ofício, ou que ainda deferiu o pedido de prisão temporária formulado pelo Ministério Público, sem, no entanto, ouvir a parte contrária.

Da mesma maneira que o Ministério Público oferece denúncia por estar convicto de que o delito foi praticado pelo acusado, também estará o juiz quando recebe uma denúncia fundada em provas que ele mesmo determinou a produção de ofício, com base em suas próprias convicções. Assim como afirmado pelo STF na já mencionada ADI n.º 1.570 (tópico 4), o juiz que se apropria das funções de investigador e inquisidor viola o princípio da imparcialidade (BRASIL, 2004).

O cenário ideal, portanto, à luz do princípio da imparcialidade do juiz, é de que o magistrado tenha o primeiro contato com os fatos narrados a partir do processo. Ou melhor, que haja a adoção do juiz das garantias para atuar na fase pré-processual e um segundo juiz para a fase processual. Dessa forma, o juiz responsável pelo julgamento ficaria equidistante entre as partes, passaria a analisar os fatos sob o ponto de vista tanto da defesa quanto da acusação, primando-se, sempre, pela presunção de inocência do réu.

Somente após a produção de provas, observado o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência do réu, é que o juiz, então, formaria sua convicção nos termos do devido processo legal idealizado pela Constituição, restando apto a proferir a sentença penal.

Não se pode ignorar o fato de que o Inquérito Policial possa ser consultado pelo juiz no curso do processo. No entanto, a mera consulta não acarreta violação a sua imparcialidade, já que, repita-se, as provas ali contidas devem ser descartadas para fins de formação de convicção do julgador (NUCCI, 2018, p. 199).

A comarca de Belo Horizonte foi utilizada no exemplo acima, mas a realidade é que este problema se expande em praticamente todo o território nacional, em especial nas comarcas que comportam municípios menores, onde não há, em muitas das vezes, disponibilidade orçamentária do Tribunal ou até mesmo iniciativa para a nomeação de juízes, o que acarreta a circunstância de que apenas um magistrado seja o responsável por conduzir tanto as investigações criminais de qualquer crime perpetrado naquela comarca, quanto o julgamento dos réus.

Inclusive, dentre os argumentos levantados para suspender os dispositivos da Lei n.º 13.964/2019, de que trata do juiz das garantias, diz respeito ao critério econômico, ou seja, o poder judiciário não estaria preparado financeiramente para arcar com os custos das mudanças necessárias para a adequação legislativa (PACELLI, 2020, p. 1286).

Ocorre que, em muitas capitais brasileiras já existe juízo reservado ao controle de legalidade das investigações, como, por exemplo, a cidade de Belo Horizonte – MG. Conforme mencionado, processos envolvendo crimes tipificados na Lei n.º 11.343/06, por força da Resolução de n.º 523/2007 do TJMG, devem tramitar perante a Vara de Tóxicos, a mesma em que tramitará o Inquérito Policial. Contudo, a referida resolução traz algumas ressalvas (BRASIL, 2007).

Na verdade, o objeto principal da Resolução n.º 523/2007 é a criação da chamada Central de Inquéritos Policiais da Comarca de Belo Horizonte. Esta central é responsável pela tramitação de Inquéritos Policiais que versem sobre crimes que não sejam os dolosos contra a vida, ou aqueles tipificados na Lei n.º 11.343/06, ou aqueles previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 225 a 244-A da Lei Federal n.º 8.069/1990) e no Estatuto do Idoso (arts. 95 a 108 da Lei Federal n.º 10.741). Estabelece o artigo 5º, *caput*, da Resolução n.º 523/2007 que:

Art. 5º – Caberá à Central de Inquéritos Policiais, por seus Juízes ali designados, com competência jurisdicional plena, o processamento de todos os Inquéritos Policiais da competência das Varas Criminais da Comarca de Belo Horizonte, a elas previamente distribuídos, até a apresentação da denúncia ou queixa, conhecendo e decidindo sobre os atos a eles relativos e seus incidentes, inclusive medidas cautelares, habeas corpus e mandado de segurança em matéria criminal, competindo-lhe, ainda, o processamento das propostas de transação penal e o arquivamento do inquérito ou das peças de informação, se for o caso, observado o disposto no art. 28 do Código de Processo Penal. (BRASIL, 2007).

Em suma, a Central de Inquéritos Policiais da Comarca de Belo Horizonte possui juízes designados única e exclusivamente para atuarem no processamento dos Inquéritos Policiais instaurados naquela Comarca. Os procedimentos investigativos recebem distribuição prévia para algumas das Varas Criminais, mas enquanto não oferecida denúncia, os autos não são remetidos àqueles juízos.

A Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais acertou em estabelecer a instalação de uma central responsável pela tramitação dos Inquéritos Policiais, pois, dessa forma, o principal problema aqui exposto em que o réu é submetido a julgamento por um mesmo juiz que conduziu a fase investigativa fica sanado.

Desse modo, pode-se afirmar que, ao menos, até o momento, aqueles que figuram como réus em processos criminais nos quais se apura a prática de crimes que não sejam aqueles amparados pelas exceções da Resolução n.º 523/2007 do TJMG estão, em tese, sendo subme-

tidos a um julgamento por um juiz imparcial que não teve a sua convicção viciada, justamente por não ter atuado na fase de investigações criminais.

Também não é diferente na Capital do Estado de São Paulo. Atualmente, existe na estrutura do Poder Judiciário da Comarca que comporta a Capital paulista o chamado Departamento de Inquéritos Policiais e Corregedoria da Polícia Judiciária, responsável pelo processamento dos Inquéritos Policiais antes de serem remetidos ao juízo competente para que se dê início, eventualmente, a uma ação penal (SÃO PAULO, 2021).

Como visto, a figura do juiz das garantias já poderia ser implementada nas Comarcas em que há, para tanto, operacionalidade. E como há autonomia quanto à organização judiciária pelos Tribunais, as adequações seriam feitas conforme disponibilidade de tempo e orçamento.

Caso o Tribunal de Justiça de algum Estado-membro não possua condições suficientes, outra opção mais viável seria a nomeação de um juiz auxiliar em cada Vara Criminal que ficasse responsável única e exclusivamente pela tramitação dos Inquéritos Policiais, sendo que, a partir do momento em que houvesse oferecimento de denúncia, o juiz titular daquela Vara passaria a assumir a condução do processo.

Para os Tribunais superiores, como é o caso do STF, por exemplo, poder-se-ia pensar na seguinte solução: o Ministro-relator responsável pelo processamento do Inquérito Policial fica desautorizado a participar do julgamento colegiado. Da mesma maneira como ocorreria nas Comarcas dos Estados-membros, oferecida a denúncia, o Ministro-relator submeteria os autos para outro Ministro para que seja o responsável pela condução do processo criminal.

Para tanto, as soluções acima abordadas seriam implementadas com simples alterações na estrutura organizacional de cada Tribunal mediante a edição de Resoluções próprias.

Já no que diz respeito à flagrante inconstitucionalidade contida no artigo 3º da Lei n.º 9.296/96, a solução é que o Supremo Tribunal Federal se manifeste com urgência pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.450, para declarar a inconstitucionalidade da parte da redação do referido dispositivo legal que permite ao juiz atuar de ofício no curso das investigações criminais determinando a interceptação das comunicações telefônicas.

Não é diferente com o artigo 156, inciso I, do CPP, bastando que o próprio legislador altere tal dispositivo normativo para suprimir parte da redação legal que permite o juiz produzir provas de ofício antes do início da ação penal, ou então que o Supremo Tribunal Federal, quando devidamente provocado, se manifeste acerca dele pela declaração de sua inconstitucionalidade com ou sem redução de texto, extirpando, por conseguinte, do atual ordenamento jurídico todo e qualquer resquício que prejudique a evolução da sociedade e que eventualmente remeta aos tempos em que não havia liberdades e direitos fundamentais garantidos aos cidadãos.

5 CONCLUSÃO

No Estado Constitucional Democrático de Direito, o indivíduo é o protagonista do exercício das liberdades e direitos fundamentais, de tal forma que encontra amparo e refúgio na Constituição da República quando se depara com flagrantes ilegalidades, seja elas praticadas pelo Estado ou por qualquer outro particular. Assim sendo, não poderiam servir as instituições

e repartições públicas, tais como o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Polícia Judiciária, como obstáculos à efetivação de direitos.

Nesse raciocínio, o atual cenário jurídico brasileiro, no que se diz respeito ao processo penal, carece de devida atenção quando se observam as falhas contidas na vigente legislação federal e na organização de diversos órgãos do Poder Judiciário.

Conforme abordado neste artigo, a atual condução das investigações criminais e do processo penal viola o princípio da imparcialidade do juiz, haja vista as falhas presentes no ordenamento jurídico, principalmente quanto à atuação do mesmo juiz nas fases inquisitorial e acusatória, o que ocasiona severo prejuízo ao réu. O julgamento imparcial é o mínimo que um cidadão poderia esperar do magistrado que decidirá acerca de sua liberdade.

Após percorrido o estudo acerca da fase inquisitorial, restou evidente que o juiz deve agir como fiscal e intermediador dos atos ali praticados, sem o intuito de produzir provas de ofício, eis que não é o titular da ação penal e não deveria possuir interesse na causa. O contato direto com esta fase pré-processual pelo magistrado o torna automaticamente incapaz de julgar o réu por haver contaminação de sua cognoscibilidade e imparcialidade. Daí a premente necessidade de se ter o juiz das garantias na fase investigatória e outro juiz no âmbito processual.

Não se pode também ignorar a presunção de inocência do réu, a qual resta prejudicada em decorrência da contaminação da imparcialidade do juiz, circunstância que agrava o equilíbrio processual entre as partes no processo penal, ao passo em que a defesa é embaraçada pelos vícios contidos em todo o procedimento desde a fase inquisitorial.

Conforme demonstrado, a instituição do juiz das garantias e alterações normativas nas organizações internas dos Tribunais poderiam solucionar, ou ao menos mitigar, o problema da contaminação da imparcialidade do juiz, estabelecendo-se a divisão de atuações dos magistrados, garantindo que aquele que conduziu as investigações policiais não seja o mesmo que julgará o réu em eventual ação penal. Ademais, não haveria dúvidas quanto à adoção do sistema processual penal acusatório.

Por todo o exposto, depreende-se que a temática abordada é de relevante interesse social e constitucional, já que envolve o direito fundamental à liberdade, intrinsecamente relacionado à dignidade da pessoa humana. É mais do que urgente, por assim dizer, que as instituições públicas e todo o povo se mobilizem em busca de superação dos obscuros resquícios contidos no atual ordenamento jurídico, fazendo-se prevalecer os institutos que respeitem os direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF: Presidência da República, 4 jul. 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. Lei n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF: Presidência da República, [2007]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10741.htm. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF: Presidência da República, 23 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF: Presidência da República, 9 jul. 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF: Presidência da República, 24 dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 1570/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 9034/95. Lei Complementar 105/01. Superveniente. Hierarquia superior. Revogação Implícita. Ação prejudicada, em parte. “juiz de instrução”. Realização De diligências pessoalmente. Competência para investigar. Inobservância do devido processo legal. Imparcialidade do magistrado. Ofensa. Funções de investigar e inquirir. Mitigação das atribuições do Ministério Público e das polícias federal e civil. Ação julgada procedente, em parte. Relator: Min. Maurício Corrêa, 22 out. 2004. Brasília: STF, [2004]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&documento=&s1=1570&numProcesso=1570>. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 3.450/DF*. Aguardando julgamento. Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília: STF, [2020]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2282869>. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 6.298/DF*. Aguardando julgamento. Relator: Min. Luiz Fux, Brasília: STF, [2020a]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Ação Penal n.º 985/MT*. Ação Penal. Questão de Ordem. Delito de apropriação ou desvio de rendas públicas. Sobreposição contratual. Superfaturamento. Inocorrência. Absolvição anterior à fase de alegações finais. Possibilidade. Relator: Min. Edson Fachin, 06 jun. 2017. Brasília: STF, [2017]. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4998964>. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus n.º 133.148/ES*. Habeas Corpus. Processual penal e penal. Writ substituto de recurso extraordinário: admissibilidade. Delatio criminis: diligências prévias. Possibilidade. Lícitude da interceptação telefônica determinada pelo juízo natural da causa. Factível a razoável prorrogação da medida. O indeferimento de diligência pelo magistrado não configura cerceamento de defesa. Dilação probatória em habeas corpus: inadmissibilidade. Ordem denegada. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 21 fev. 2017. Brasília: STF, [2017]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4932933>. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n.º 14*. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2009]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Resolução da Corte Superior do TJMG n.º 523/2007, de 05 de fevereiro de 2007*. Autoriza a instalação da Central de Inquéritos Policiais da Comarca de Belo Horizonte. 2007. Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re05232007.pdf>. Acesso em: 10 maio 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARCÃO, Renato. *Curso de processo penal*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

NUCCI, Guilherme Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2020.

SÃO PAULO. Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo. *Organização Judiciária do Estado de São Paulo*. São Paulo: Secretaria da Fazenda, 2021. Disponível em: <http://www.fazenda.sp.gov.br/ua/hierarquia3.asp?ua1=0069575>. Acesso em: 10 maio 2021.

15

CAPÍTULO

A VERDADE E OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS: O PODER DE INSTRUÇÃO DO JUIZ E SUA EPISTEMOLOGIA INQUISITIVA NA TEORIA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI

CLARA RUGGIO VIEIRA¹

BEATRIZ RIBEIRO²

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS³

RESUMO

O presente trabalho apresenta como tema-problema a atividade instrutória desenvolvida pelo juiz, tendo em vista o alcance da verdade real, e sua compatibilidade com o sistema processual penal adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Pretende-se analisar a aproximação entre o princípio da verdade real com o sistema penal inquisitorial de modo a indicar a necessidade da superação da verdade real pela verdade processual. Para tanto, adota-se como marco teórico a teoria garantista de Luigi Ferrajoli, utilizando-se o método dedutivo por meio da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: verdade real; direito processual penal; Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; sistemas processuais penais; garantismo.

1 Pós-Graduada em Ciências Criminais pela PUC-MINAS. Graduada em Direito pela Universidade FUMEC. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Processual (GEPRO) registrado no CNPq. E-mail: ruggioclara@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4643017902240226>.

2 Mestranda pelo Programa de Pós Graduação Strictu Sensu da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde (Universidade FUMEC, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil). Estagiária Docente da Revista de Direito Meritum. Integrante do grupo de pesquisa em Direito Processual registrado no CNPQ (GEPRO). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete. Advogada. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5832-2377>. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4918764590566626>. E-mail: ribeirobiabeatriz97@gmail.com

3 Coordenador e Professor do Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito (PPGD) e do Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Estudos Culturais (PPGMCult), ambos da Universidade FUMEC. Editor da Revista Meritum. Pós-Doutor em Direito pela UNISINOS e pela Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela PUC Minas. Assessor Judiciário no TJMG. Coordenador do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Orcid id: <https://orcid.org/0000-0002-7198-4567>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2720114652322968>. E-mail: sergiohzhf@fumec.br. Site: www.imdp.com.br e www.zandona.pro.br.

Como citar o presente artigo científico:

VIEIRA, Clara Ruggio; RIBEIRO, Beatriz; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. A verdade e os sistemas processuais penais: o poder de instrução do juiz e sua epistemologia inquisitiva na teoria garantista de Luigi Ferrajoli. In: CAMARGOS, Laís Alves; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). Direito Processual Constitucional e sua Perspectiva Democrática. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2021, p. 247-260

ABSTRACT

The research problem concerns the instructional activity developed by the judge in order to reach the real truth and its compatibility with the criminal procedural system adopted by the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. It intends to analyze the approximation between the principle of real truth and the inquisitorial criminal system in order to indicate the need to overcome the real truth by the procedural truth. Thus the deductive method will be applied through the bibliographic research, adopting Luigi Ferrajoli's theory of guarantee as a theoretical framework.

Keywords: *real truth; criminal procedure law; Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988; criminal procedural systems; legal garantism .*

1 INTRODUÇÃO

A verdade real no direito processo penal é tema controvertido, notadamente a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tendo em vista a instituição do sistema acusatório, segundo o qual as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a órgãos distintos.

A controvérsia é extraída do artigo 156 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), que viabiliza a participação ativa do juiz no processo, de modo que o mesmo deverá ter iniciativa probatória sempre que necessário, não se limitando a examinar os elementos fornecidos pelas partes, podendo diligenciar *ex officio* sobre ponto que considera relevante para o processo.

Diante do acima exposto, a pesquisa propõe-se a analisar a compatibilidade entre poderes instrutórios atribuídos à autoridade judicial pela legislação infraconstitucional, especificadamente, pelo Código de Processo Penal e o sistema processual penal instituído com o advento da promulgação do texto constitucional de 1988, por meio da utilização do método dedutivo e adotando como marco teórico a teoria garantista de Luigi Ferrajoli,

Nesse contexto, o tema-problema pode ser sintetizado pela seguinte pergunta: a atividade instrutória desenvolvida pelo juiz, tendo em vista o alcance da verdade real, compatibiliza-se com o sistema processual penal adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988?

Para responder a questão acima proposta o trabalho se estruturará, em um primeiro momento, a partir da análise dos sistemas processuais penais de epistemologia garantista e inquisitiva e a intrínseca relação que se estabelece entre a concepção de verdade e os poderes atribuídos a autoridade decisora. Após discorrer-se-á sobre a relação entre o direito processual penal e a verdade, enfatizando o estudo da instituição e consolidação da verdade no sistema processual penal inquisitório e sua pretensão (ideal) quanto à perpetuação da existência dos fatos pretéritos. Demonstrado que o ideal quanto à verdade real está umbilicalmente ligada à atuação do juiz na fase probatória tendo em vista a prolongação da existência de um fato em sua perfeita correspondência com o passado e a compatibilidade dessa perspectiva com a epistemologia inquisitiva, apresentar-se-á a concepção da verdade processual e sua adequação ao sistema processual garantista em que é imprescindível o estabelecimento de condições que possibilitem a redução das margens de discricionariedade da autoridade judiciária na apuração da verdade e máxima falsificação das hipóteses acusatórias pela defesa.

Afirma-se como hipótese de pesquisa que o sistema processual instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, aparentemente, pressupõe a superação do sistema processual que apresenta epistemologia inquisitiva e, por conseguinte, sua concepção quanto à verdade e a atividade probatória atribuída ao juiz.

É possível depreender que o tema-problema reveste-se de suma relevância tendo em vista a aparente inconsistência entre o dispositivo inserto no Código de Processo Penal, que autoriza o juiz participar ativamente na produção de provas, frente ao sistema acusatório adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, fazendo-se necessário, portanto, analisar a possibilidade de se estabelecer uma verdade absoluta e sua, eventual, compatibilidade com o sistema processual instituído pelo texto constitucional.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E GARANTISMO

Antes de adentrar ao objetivo geral da presente pesquisa, qual seja, a análise quanto à compatibilidade entre poderes instrutórios atribuídos à autoridade judicial pela legislação infra-constitucional e o sistema processual penal instituído com o advento da promulgação do texto constitucional de 1988, há de se levar em consideração a importância do processo penal como instrumento de garantias do indivíduo submetido à persecução penal, na medida em que estabelece o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo, limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa face à arbitrariedade (FERRAJOLI, 2002, p. 30).

A instituição do Direito Processual Penal e do Direito Penal insere-se no contexto das mudanças sociais, resultando da jurisdicização do poder punitivo do Estado⁴ (JARDIM, 1986). Isso porque, o Estado ao assumir para si o dever de garantir a convivência social, tornou-se o detentor exclusivo do *jus puniendi*, ou seja, o único autorizado a controlar, punir e reprimir as condutas transgressoras e nocivas à segurança coletiva, de modo a esvaziar as atuações de vingança privada entre as pessoas, a punição segundo critérios místicos e arbitrários (CHAVES, 2020, p. 31-36.). Conseqüência lógica dessa afirmação é o reconhecimento de que o Estado ao exercer o poder-dever de punir, deverá fazê-lo por meio do processo penal, haja vista que sem ele não há como aplicar a pena em atenção ao princípio da legalidade estrita e a reserva da lei⁵ (MIRANDA, 2014, p. 47).

A jurisdicização do poder punitivo pelo Estado é atribuída à modernidade. Luigi Ferraioli, muito embora reconheça a heterogeneidade e ambivalência dos pressupostos teóricos e filosóficos do direito penal, afirma que os princípios sobre os quais se funda o modelo garantista clássico decorrem da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo (FERRAJOLI, 2002, p. 29-30).

A expropriação da resolução do conflito pelo Estado perpassa pela compreensão das fases da vingança privada, divina e pública, sendo importante destacar que essas não se substituíram cronologicamente de maneira imediata. Ou seja, é possível perceber que essas fases convivem entre si. A vingança privada manifesta-se pela atuação do próprio indivíduo que pune sem limitação seu ofensor. Diante da desproporcionalidade assumida pela vingança privada surgiu

4 . Para aprofundar no tema, ver NORONHA, Edgard Magalhães. Direito penal, v.1. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

5 Luigi Ferrajoli conceitua o princípio da reserva legal como norma dirigida aos juízes, impondo-lhes a aplicação da lei tais como são formuladas. Por outro lado, utiliza a expressão princípio da estrita legalidade, como norma atribuída ao legislador, que deverá prescrever taxativamente e com precisão empírica as formulações legais (FERRAJOLI, 2002, p. 30)

a necessidade de se pensar a justa retribuição sem, contudo, desencadear a impunidade do ofensor. Na fase da vingança divina a repressão ao ofensor deixou de pertencer a vítima e seus familiares e passa ser atribuída aos deuses. Nessa fase, o direito penal é caracterizado por inúmeros rituais místicos. A partir do aumento da organização social instituiu-se a vingança pública em que a atribuição da pena passa-se ao Estado. Na fase da vingança pública há resquícios das fases da vingança privada e dos deuses, sendo possível observar uma preocupação voltada aos interesses do soberano e dos favorecidos, predominando o arbítrio judicial e a desumanidade das penas (CHAVES, 2020, p. 31-36).

Assim, ao analisar a origem histórica do processo penal, constata-se que sua instituição coincide com o objetivo do Estado em regular as relações dos indivíduos e, por conseguinte, punir aqueles que transgredissem a ordem. Contudo, essa pretensão punitiva do Estado não poderia ser aplicada a despeito de uma regulamentação, ou seja, sem um processo, pois, conforme leciona Renato Brasileiro Lima:

Quando o Estado, por intermédio do Poder Legislativo, elabora leis penais, cominando sanções àqueles que vierem a praticar a conduta delituosa, surge para ele o direito de punir os infratores num plano abstrato e, para o particular, o dever de se abster de praticar a infração penal ... Não pode o Estado impor a sanção penal, nem o infrator submeter-se à pena, sem a realização de um processo regular, assegurando-se, assim, a aplicação da lei penal ao caso concreto, consoante as formalidades prescritas em lei, e sempre por meio de órgãos jurisdicionais (*nulla poena sine iudicio*) (LIMA, 2019, p. 10).

Diante desse contexto, para o exercício desse poder-dever e da superação das formas anteriores para resolução dos conflitos criminais, mostrou-se necessária a estruturação de sistemas processuais⁶, apresentando-se, para tanto, dois modelos processuais penais, a saber: o modelo inquisitivo e o acusatório⁷, conforme afirmado por Claus Roxin (ROXIN, 2003, p. 86).

O modelo inquisitivo consubstancia-se em um sistema escrito, sigiloso, apresentando como principal característica a concentração das funções de acusar, defender e julgar em uma única autoridade, sendo esta o juiz acusador, também intitulado de juiz inquisidor. Segundo esse sistema processual, o juiz formava seu convencimento não a partir das provas produzidas pelas partes no processo, mas sim, por meio da gestão das provas que ele mesmo produzia (RANGEL, 2015, p. 47).

Por meio da reunião de poderes na figura do juiz inquisidor, este teria uma iniciativa probatória, tanto na fase pré-processual (investigatória) quanto no curso do processo penal. Esses poderes instrutórios atribuídos ao juiz voltam-se à perseguição de uma verdade real, ocorrendo uma completa reconstrução dos fatos pretéritos.

6 Analisando segundo o viés jurídico, "sistema é o conjunto de normas, coordenadas entre si, intimamente correlacionadas, que funcionam como uma estrutura organizada dentro do ordenamento jurídico" (RANGEL, 2015, p. 46). Assim, segundo Paulo Rangel, sistema, em uma acepção jurídica, compreende o conjunto de princípios e regras constitucionais que enuncia as diretrizes para a aplicação do direito (RANGEL, 2015, p. 46).

7 Discute-se a existência do sistema penal misto, todavia, diante da dificuldade de dissociar-se os sistemas penais processuais considera-se no presente trabalho que se deve partir do princípio informador de cada sistema para se alcançar o sistema norteador do processualismo adotado (FREITAS, 2014, p. 18-19). Nesse sentido, ver LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 3.ed.Rio de Janeiro: Lumen, 2007.

Sendo assim, acredita-se que é possível a descoberta de uma verdade absoluta, em perfeita correspondência ao fato passado que é submetida a análise da autoridade, admitindo-se uma ampla atividade probatória, seja em relação ao objeto do processo, seja em relação aos meios e métodos para a descoberta da verdade (LIMA, 2019, p. 12).

Para esse sistema o acusado não era visto como sujeito de direitos sendo, portanto, um mero objeto do processo, tendo seus direitos ao contraditório e à ampla defesa mitigados (LIMA, 2019, p. 13). Nesse contexto, as principais características do sistema inquisitivo salientadas por Renato Brasileiro são:

- a) Não há separação das funções de acusar, defender e julgar, que estão concentradas em uma única pessoa, que assume as vestes de um juiz inquisidor;
- b) Como se admite o princípio da verdade real, o acusado não é sujeito de direitos, sendo tratado como mero objeto do processo, daí por que se admite inclusive a tortura como meio de obter a verdade absoluta;
- c) Gestão da prova: o juiz inquisidor é dotado de ampla iniciativa acusatória e probatória, tendo liberdade para determinar de ofício a colheita de elementos informativos e de provas, seja no curso das investigações, seja no curso da instrução processual. (LIMA, 2019, p. 43).

De modo diverso, o sistema acusatório, modelo adotado de maneira explícita pelo artigo 129, inciso I do texto constitucional (BRASIL, 1988), bem como pelo artigo 3º-A do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), é o sistema compatível com os direitos e garantias constitucionais instituídos com advento do Estado Democrático de Direito.

O sistema acusatório⁸ caracteriza-se pela nítida repartição de funções entre acusar, defender e julgar. “Nesse sentido, os órgãos de acusação e defesa se encontram em igualdade de condições, e ambos se sobrepõem ao juiz, que atua de maneira imparcial e equidistante.” (LIMA, 2019, p. 13). Com efeito, no que diz respeito à iniciativa probatória no sistema acusatório, imperioso ressaltar que as provas devem ser produzidas pelas partes, pois, conforme aponta Aury Lopes Júnior, a iniciativa probatória por meio delas é uma decorrência lógica da distinção entre as atividades de acusar, julgar e defender (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 66).

Diante disso, no sistema acusatório toda a produção de provas fica a cargo das partes e, por via de consequência, o juiz deve manter-se inerte no que tange à formação probatória e atuar como garantidor das normas, a fim de atingir o objetivo precípua do processo, qual seja, a proteção de direitos e liberdades fundamentais (FERRAJOLI, 2002).

As principais características do sistema acusatório segundo Renato Brasileiro são (LIMA, 2019, p. 15):

- a) Separação das funções de acusar, defender e julgar. Por consequência, caracteriza-se pela presença de partes distintas (*actum trium personarum*), contrapondo-se acusação e defesa em igualdade de condições, sobrepon-

8 O sentido atribuído ao sistema acusatório no presente trabalho não se resume aquele consubstanciado pelo sistema acusatório clássico, mas ao sistema processual de inspiração democrático-constitucional em que se incorporam ao sistema acusatório garantias do contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, não-autoincriminação, vedação ao uso de provas ilícitas e as que dela derivem, conforme previsto no “Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais” da Constituição da República Federativa do Brasil (FREITAS, 2014, p. 75). No presente trabalho, tendo em vista o objetivo a ser alcançado, não se perquirirá as mencionadas garantias. Todavia, não se ignora que o sistema acusatório no Estado Democrático de Direito não é se exaure nas características do sistema acusatório clássico em que faz-se necessária tão somente a separação das funções entre de acusar, julgar e defender, bem como a passividade judicial. Ressalte-se que a separação das funções supramencionadas é essencial à limitação do poder punitivo do Estado na medida em que objetiva resguardar a imparcialidade do juiz.

do-se a ambas um juiz, de maneira equidistante e imparcial; b) O princípio da verdade real é substituído pelo princípio da busca da verdade, devendo a prova ser produzida com fiel observância ao contraditório e a ampla defesa; c) Gestão da prova: recai precipuamente sobre as partes. Na fase investigatória, o juiz só deve intervir quando provado, e desde que haja intervenção judicial. Durante a instrução processual, prevalece o entendimento de que o juiz tem certa iniciativa probatória, podendo determinar a produção de provas de ofício, desde que o faça de maneiras subsidiária; d) A separação das funções e a iniciativa probatória residual restrita à fase judicial preserva a equidistância que o magistrado deve tomar quanto ao interesse das partes, sendo compatível com a garantia da imparcialidade e com o princípio do devido processo legal (LIMA, 2019, p. 15).

Como consequência do acima exposto é possível constatar aposição de passividade do juiz que não possui legitimidade para determinar, de ofício, a produção de provas tendo em vista que o ônus da prova é atribuído a acusação e desenvolvido com a garantia ao direito do contraditório e da ampla defesa da parte contrária que deverão ser resguardados pelo juiz.

Nesse cenário, Luigi Ferrajoli (2002) salienta a distinção entre o sistema processuais penais, reconhecendo que a dicotomia existente entre eles representa dois modelos opostos de organização judiciária, e, por conseguinte, da figura do juiz e o conceito de verdade.

Em suma, as principais distinções entre o sistema inquisitivo e acusatório estão na posição dos sujeitos processuais e na gestão probatória, uma vez que o segundo sistema processual penal tem como objetivo preservar a divisão das funções de acusar, defender e julgar, bem como manter a gestão de provas a cargo das partes, a fim de que o juiz permaneça equidistante e imparcial no julgamento do processo.

A teoria garantista de Luigi Ferrajoli centra-se, justamente, nesse liame, na medida em que busca a efetivação da limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa face à arbitrariedade e estabelece o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo ao recobrar o princípio da legalidade (reserva legal e estrita legalidade) tendo em vista restringir à discricionariedade (FERRAJOLI, 2002, p. 30-32).

O modelo garantista ideal, dessa maneira, forma-se a partir de dois elementos fundamentais que instituem um conjunto de garantias penais e processuais. O primeiro, intitulado convencionalismo penal refere-se à definição legal das infrações penais ao passo que o cognitivismo processual relaciona-se com a comprovação jurisdicional do fato criminoso (FERRAJOLI, 2002, p. 30-32).

Como condição de efetividade do convencionalismo penal acima indicado, Ferrajoli aponta que o cognitivismo processual na determinação concreta do desvio punível, ou seja, a cominação da sanção penal somente seja aplicada aquele que, de fato, praticou a infração, devendo-se, para tanto, ser observado o princípio da estrita jurisdicionalidade. Esse princípio exige que a verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias devem, na medida do possível, excluir as valorações, apresentando afirmações ou negações de fato ou de direito (FERRAJOLI, 2002, p. 30-32).

O modelo acima descrito é intitulado garantismo ideal, na medida em que o desenvolvimento do silogismo judicial perfeito é irrealizável. Em outras palavras, para que o desvio do punível não seja constituído, mas regulado pelo sistema penal não seria suficiente a obser-

vância às regras pré-estabelecidas do comportamento. Isso porque, a verificação dos fatos, mesmo que baseadas em todas as garantias processuais, envolve uma conclusão, a partir de um raciocínio indutivo, cuja identificação judicial perpassará, inevitavelmente, pela valoração discricionária do juiz entre diversas hipóteses explicativas alternativas.

Nesse sentido, Ferrajoli elucida:

Compreende-se que o requisito da estrita jurisdicionariedade pressupõe logicamente o da estrita legalidade, na falta do qual se dá a "jurisdicionariedade simples ou em sentido amplo": na realidade para satisfazê-lo "é preciso", como escreveu Aristóteles, que "leis bem dispostas determinem por si tudo quanto seja possível, deixando aos que julgam o menos possível, (...), mas é forçoso que aos juízes se lhes deixe a decisão sobre se algo ocorreu ou não" e "se é ou não, pois não é possível que isto o preveja o legislador. Daí deriva um modelo teórico e normativo do processo penal como processo de cognição ou de comprovação, onde a determinação do fato configurado na lei como delito tem o caráter de um procedimento probatório do tipo indutivo, que tanto quanto possível, exclui valorações e admite só, ou predominantemente, afirmações ou negativas de fato ou de direito, das quais sejam predicáveis a verdades ou falsidade processual. (FERRAJOLI, 2002, p. 32).

A pretensão do garantismo é, pois, apresentar um conjunto de instrumentos que se destinam à redução, na medida do possível, do arbítrio tendo em vista a maior aproximação ao modelo ideal (FERRAJOLI, 2002, p. 34-35).

Em sentido oposto ao convencionalismo penal e ao cognitivismo processual, Ferrajoli expõe que o substancialismo penal e o decisionismo processual de epistemologia inquisitiva instituem uma definição ontológica do delito que é considerado como comportamento imoral ou antissocial, cuja comprovação se dá não pela verificação de fatos objetivos, mas por juízos absolutamente subjetivos e irrefutáveis na medida que se referem à pesquisa da interioridade do infrator (FERRAJOLI, 2002, p. 35-37).

A verdade para o modelo de epistemologia inquisitiva apresenta-se como verdade substancial ou material que não encontra limites legais e procedimentais para sua constatação. Em sentido contrário, o modelo garantista propõe que a busca pela verdade efetive-se por meio da observância de regras delimitadas e apenas em relação aos fatos tipificados legalmente como relevantes (FERRAJOLI, 2002, p. 37).

Corolário do acima exposto é a constatação quanto à intrínseca relação entre o sistema processual adotado, o conceito de verdade e as funções atribuídas ao decisor (FREITAS, 2014, p. 17).

Assim, considerando que a análise do tema-problema pressupõe perquirir, pormenorizadamente, a compreensão da verdade real, precisamente no processo penal, a fim de identificar a sua (in)compatibilidade com o sistema acusatório, tendo em vista ser esse o sistema processual penal instituído pela Constituição pela Constituição da República Federativa de 1988, no próximo capítulo objetiva-se realizar um estudo acerca da correlação entre a verdade, sua instituição e o direito processual penal.

3 VERDADE E DIREITO PROCESSUAL PENAL

Para a presente pesquisa o estudo da formação e consolidação da verdade no sistema processual penal inquisitório mostra-se imprescindível à testificação da hipótese formulada tendo em vista que a formulação dessa indica a permanência de práticas inquisitivas no processo penal brasileiro. Para tanto, partindo da análise foucaultiana, realiza-se um estudo da relação entre processo penal e verdade.

A palavra verdade, com origem no latim *veritate*, aproxima-se de exatidão, conformidade com o real. Entretanto, a conceituação da verdade há muito tempo é tema controvertido entre diversos filósofos, podendo a concepção acerca do termo ser analisada por três concepções, conforme leciona Marilena Chauí:

(1ª) Concepção grega: a verdade vem do termo *aletheia*, e que expressa a "manifestação daquilo que é ou existe tal como é [...]; o evidente ou plenamente visível para a razão". (2ª) Concepção latina: a verdade deriva do termo *veritas*, que se refere à precisão, ao rigor e à exatidão de um relato. Pode-se afirmar, portanto, que a verdade está na forma como dizemos e não somente nas coisas. Sendo assim, a verdade depende, de um lado, da veracidade, da memória e da acuidade mental de quem fala e, de outro, de que o enunciado corresponda aos fatos acontecidos (como acontece com a *aletheia*). Por fim, (3ª) a concepção hebraica: entende-se que verdade vem do termo *emunah*, cujo significado é confiança. Nesse sentido, a verdade está relacionada a presença, ou seja, com a espera daquilo que foi prometido, sendo, portanto, a crença fundada na esperança e na confiança (CHAUÍ, 1995, p. 92-93).

Michel Foucault, ao analisar a atividade probatória, afirma que a democracia grega, por meio da elaboração de formas racionais de prova e de demonstração, instituiu o direito de "opor uma verdade sem poder a um poder sem verdade" (FOUCAULT, 2012, p. 54).

O autor remonta a Homero para explicar que a resolução de conflitos na civilização grega, inicialmente, regulamentava-se por meio de um desafio entre as partes. Contudo, a partir da tragédia de Édipo Rei, Foucault explica que se manifestou uma forma diferenciada de constituição do conhecimento da verdade: cuja construção operava-se a partir de lembranças e testemunhos o que ensejou a aparição do inquérito (FOUCAULT, 2012, p. 55).

O resultado do processo não sobrevinha, no primeiro contexto histórico acima indicado, de uma decisão fundada em elementos probatórios que buscavam remontar a verdade sobre o fato pretérito, mas de uma intervenção mística que se manifestava no resultado da provação e determinava a culpabilidade, ou não, do sujeito que a ela se submetera (FOUCAULT, 2012, p. 54).

Extrai-se da obra de Foucault que as principais características da prova no modelo contraposto ao inquérito consistiam na construção do resultado da controvérsia a partir de um jogo de estrutura binária em que o indivíduo aceita a prova ou renuncia, importando a recusa em perda automática do processo dotado de uma aceção totalmente privatista. Constata-se, pois, que a prova não se voltava a verificação de qual indivíduo havia apresentado a verdade, ao contrário, possibilitava a submissão do mais fraco ao mais forte (FOUCAULT, 2012, p. 61-62).

Muito embora a tragédia de Édipo Rei permitisse a constatação quanto à construção de uma verdade mediante a instituição do inquérito e, por conseguinte, a partir da desvinculação da resolução dos conflitos por meio de intervenções místicas, Michel Foucault afirma que

a história do inquérito perdeu-se por longo período histórico, sendo preenchida pelo Direito Germânico, que remontava ao Direito Romano, em que a resolução dos conflitos operava-se a partir do jogo da prova (FOUCAULT, 2012, p. 55).

Por meio da análise desenvolvida por Michel Foucault constata-se que a partir do século XII verificou-se uma reelaboração das práticas judiciárias que foram apropriadas pelo poder político⁹. Estabeleceu-se, pois, uma forma diferenciada para construção do saber (a inovação não se referia aos conteúdos), um modelo consubstancializado pela instituição judiciária enquanto uma forma de autenticação da verdade. Nesse contexto histórico, o autor aponta que “a liquidação judiciária não pode mais ser obtida pelos mecanismos da prova. O rei ou seu representante, o procurador, não podem arriscar suas próprias vidas ou seus próprios bens cada vez que um crime é cometido.” (FOUCAULT, 2012, p. 67).

É nesse cenário que o modelo de inquérito que remonta à época do Império Carolíngio utilizado, posteriormente, por Guilherme na ocupação normanda da Inglaterra no final do século XI, para reunir informações quanto às propriedades, tributos e regras do sistema jurídico vigente, é retomado. Segundo tal sistemática, estando o soberano carolíngio diante de um conflito a determinação da verdade operava-se pela busca de testemunhos em pessoas capazes de conhecê-la tendo em vista à idade, situação ou notabilidade. Mencionado modelo de estabelecimento da verdade relacionado à gestão administrativa foi mantido pela Igreja Católica, que já o realizava nas dinastias Merovíngia e Carolíngia, a fim de promover a inquirição espiritual de seus fiéis e a administração de seus territórios e bens (FOUCAULT, 2012, p. 68-71).

Ainda no que se refere ao inquérito promovido pela Igreja Católica, destaca-se que a busca pela verdade na investigação do acusado de praticar conduta herética passou a ser permitido mediante a instauração de um inquérito secreto, de ofício, por um juiz. Uma vez instaurada a *inquisitio*, o acusado deveria se apresentar aos chefes da acusação, podendo apresentar suas exceções e defesa, devendo jurar que proclamaria a verdade, admitindo-se, para tanto, a prática da tortura (EISMEN apud GARRELL, 2013, p. 38).

Gradativamente, diante da necessidade de prorrogação da realidade, desvinculando-se do jogo de provas, tem-se a (re)construção de um modelo de estabelecimento da verdade relacionado à gestão administrativa em que o Procurador¹⁰ realiza os mesmos procedimentos, anteriormente, praticados pelos eclesiásticos a fim de estabelecer, por meio do inquérito, a constatação quanto à existência de um crime e seu autor (FOUCAULT, 2012, p. 68-71).

Nesse contexto, Luigi Ferrajoli aponta que o procedimento inquisitório, ultrapassando os limites do direito canônico, assume caráter ordinário, “organizando-se segundo um complexo código de provas legais, técnicas inquisitórias, práticas de tortura e cânones da magistratura” (FERRAJOLI, 2002, p. 454).

9 Michel Foucault aponta a existência de alguns elementos imprescindíveis para a instituição do modelo processual inquisitorial. Primeiramente, o autor destaca a instituição do poder judiciário que passou a submeter os indivíduos a um poder que lhes era exterior. Verifica-se, pois, a supressão da resolução de conflitos a partir de práticas entre os indivíduos. Realça o aparecimento da figura do Procurador, representante do soberano, do rei ou do senhor. Em outras palavras, o novo personagem representa aquele que teve o poder lesado em razão da existência de um crime. Ressalta o surgimento de uma nova concepção de infração que não se resume ao suposto dano suportado por um dos indivíduos, mas uma ofensa ao Estado, à lei, à sociedade e ao soberano como seu representante. E, por fim, a necessidade de reparação da infração ao Estado que passa a figurar como a parte lesada (FOUCAULT, 2012, p. 65-67).

10 O exercício do poder judiciário pelos reis realizava-se pela figura do Procurador (GARRELL, 2013, p. 38).

Passa-se, pois, a adotar a busca pela verdade através do procedimento do inquérito entendido como “um processo de governo, uma técnica de administração, uma modalidade de gestão; em outras palavras, o inquérito é uma determinada maneira do poder se exercer” (FOUCAULT, 2012, p. 78).

A partir do acima exposto constata-se que a busca pela verdade no âmbito do processo penal pode ser atribuída à racionalização das formas promovida pelo inquérito que possibilitou a desvinculação da solução das controvérsias pelo modelo de jogos de prova, centralizando a busca para o alcance da verdade em uma única figura que representava o Estado.

Demonstrada a relação entre o procedimento do inquérito, a busca pela verdade e o direito processual penal objetiva-se no próximo capítulo testificar a hipótese quanto à suposta permanência de práticas inquisitivas no processo penal brasileiro em contraposição ao sistema processual penal instituído pela Constituição pela Constituição da República Federativa de 1988 e pelo artigo 3º-A¹¹ do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

4 JUIZ E INSTRUÇÃO PROBATÓRIA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

O princípio da verdade real, no direito processual penal brasileiro, encontra-se consubstanciado no artigo 156 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), considerando que por força dele admite-se que o magistrado, de ofício, produza provas:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) (BRASIL, 1941).

Entende-se, precipuamente, que por estar em questão a liberdade do indivíduo, poderá o magistrado, valendo-se do princípio da verdade real, requisitar a produção de provas, de ofício, não devendo contentar-se com a produção das provas ao encargo exclusivo das partes, cabendo-lhe atuar, sempre que necessário, com o objetivo de se alcançar a verdade material dos fatos (JACOB; FERREIRA, 2017).

Nesse sentido, Mirabete sustenta que o princípio da verdade real procura estabelecer que o *jus puniendi* só pode ser exercido contra aquele que praticou a infração penal, nos exatos limites da culpa, numa investigação que não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes

11 Ao analisar o disposto no artigo 3º-A, que não está suspenso pela decisão liminar proferida na ADI 6298/DF pelo Ministro Dias Toffoli, faz surgir diversos questionamentos, haja vista que os artigos contidos no código de processo penal e que autorizam o juiz, tanto na fase de investigação, quanto na fase de instrução, produzir provas no processo penal, não foram revogados pela lei 13.964/2019 que acrescentou o artigo 3º-A do CPP (BRASIL, 2020).

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (BRASIL, 1941).

(MIRABETE, 2002, p. 44). Do mesmo modo, Nucci aponta em sua obra que “em homenagem à verdade real, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção das provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso” (NUCCI, 2008, p. 346).

Diante disso, é possível afirmar que a verdade real está atrelada, necessariamente, à possibilidade de o juiz, durante o processo ou até mesmo antes de iniciado, participar da produção probatória com o objetivo de se alcançar da realidade dos fatos.

Veja-se, portanto, que a verdade real está umbilicalmente ligada à atuação do juiz na fase probatória tendo em vista a prolongação da existência de um fato em sua perfeita correspondência com o passado.

Todavia, diante da sistemática acusatória adotada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não é possível conceber que o juiz produza provas e também as julgue. Tal sistemática é aquela que se mostra compatível a epistemologia inquisitiva, conforme aponta Ferrajoli:

É evidente que esta pretendida “verdade substancial”, ao ser perseguida fora de regras e controles e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera em juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como o cognitivismo ético sobre o qual se baseia o substancialismo penal resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do processo penal (FERRAJOLI, 2002, p. 38).

Luigi Ferrajoli, reconhecendo a impossibilidade de estabelecer critérios indubitáveis acerca da verdade¹², afirma que a busca pela verdade real trata-se de ideal intangível (FERRAJOLI, 2002, p. 41). Com efeito, tem-se que para a teoria garantista a verdade trata-se de uma aproximação do fato pretérito.

Muito embora a correspondência entre o fato passado e a realidade trate-se de ideal intangível, para o sistema penal garantista, é imprescindível o estabelecimento de condições que possibilitem a maior aproximação dos fatos pretéritos, por um lado, e a redução das margens de discricionariedade na apuração da verdade processual, por outro (FERRAJOLI, 2002, p. 43-51).

Ferrajoli aponta quatro fatores que explicam a afirmação. Primeiramente, o autor esclarece que a verdade processual fática trata-se de uma verdade histórica que diz respeito a fatos pretéritos que não podem ser experimentados ou comprovados no presente, podendo serem tão somente aferidos mediante a utilização do método indutivo que permite a análise de sinais do passado (provas) existentes no presente. A inferência indutiva, contudo, tendo em vista não poder ser considerada como logicamente deduzida das premissas trata-se, portanto, de hipótese mais provável. A verdade processual jurídica, da mesma forma, consubstancia-se em hipótese de probabilidade. Isso porque, o ideal de perfeita correspondência entre fatos e normas não se materializa, já que os preceitos legais são dotados de relativa indeterminação, sendo inevitável o subjetivismo. Nesse contexto, Ferrajoli aponta o terceiro fator considerando que a falta de impessoalidade e de neutralidade do juiz também contribui para a incerteza da verdade

12 Karl Popper, ao propor sua teoria do conhecimento, buscou demonstrar não ser possível comprovar a veracidade de uma teoria. Ao contrário, informa ser possível, tão somente, demonstrar suas falhas. Isso porque, para Popper a ciência inicia-se e finaliza-se em problemas. Com efeito, uma vez falseada uma teoria Popper considera que a sua sucessora deveria formular novas hipóteses dotadas de caráter mais abrangentes aptos a explicarem não somente as falhas da teoria anterior, mas também os pontos em que aquela era válida e assim sucessivamente (POPPER, 2008, p. 37).

processual. Por fim, o autor aponta que a verdade processual depende da validade como foi produzida, afastando-a do ideal de equivalência. Esse último fator Ferrajoli afirma ser exclusivamente jurídico (FERRAJOLI, 2002, p. 43-51).

Seguindo essa perspectiva Luigi Ferrajoli preconiza que a validade da verdade processual encontra-se condicionada à máxima exposição das hipóteses acusatórias à falsificação pela defesa, não sendo cabível ao juiz, nesse sistema penal, formular hipóteses ou a produção probatória, mas somente avaliá-las (FERRAJOLI, 2002, p. 434).

Isso porque, para a teoria garantista a verdade a ser atingida no processo penal, que inclusive servirá como substrato para a decisão do juiz, deve ser aquela encontrada por meio de um processo que observa a máxima exposição da hipótese acusatória à falsificação pela defesa. Ou seja, a verdade deve ser obtida por meio das garantias processuais enunciadas pelos princípios garantistas da jurisdicionalidade estrita, da separação entre juiz e acusação, do ônus da prova e do contraditório, conforme já apontado no capítulo 2 do presente trabalho.

Depreende-se, portanto, que o artigo 156 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) ao permitir que o magistrado produza provas, função essa pertencente às partes, encontra-se em sentido diverso ao sistema acusatório adotado pelo texto constitucional e ao garantismo penal proposto por Luigi Ferrajoli.

5 CONCLUSÃO

O direito processual penal, segundo o marco teórico adotado, consubstancia-se em instrumento de garantias do indivíduo submetido à persecução penal na medida em que estabelece o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo, limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa face à arbitrariedade. Afirma-se, portanto, que o poder-dever de punir encontra-se limitado pelas normas constantes na Constituição da República Federativa do Brasil e pela legislação infraconstitucional, materializando convencionalismo penal e o cognitivismo processual.

Ao analisar os sistemas processuais penais e suas principais características, constata-se que os resquícios do sistema inquisitorial, ainda, vigoram no ordenamento jurídico, destacando-se, nesse sentido, o artigo 156 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), uma vez que com fundamento no mencionado dispositivo o juiz poderá atuar ativamente na função probatória.

Buscou-se esclarecer, portanto, que a atuação do magistrado no processo nesses moldes é incompatível com o sistema acusatório adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, uma vez que segundo esse sistema processual penal a verdade deve ser obtida por meio das garantias processuais enunciadas pelos princípios garantistas da jurisdicionalidade estrita, da separação entre juiz e acusação, do ônus da prova e do contraditório.

Com efeito, constata-se que a busca pela verdade, no âmbito do Direito Processual Penal, e sua validade encontra-se condicionada à máxima exposição das hipóteses acusatórias à falsificação pela defesa. A verdade, portanto, deve ser encontrada por meio da dialeticidade exercida entre acusação e defesa em observância estrita aos mandamentos do cognitivismo processual e convencionalismo penal, não sendo cabível ao juiz, nesse sistema penal, formular hipóteses ou a produção probatória, mas somente avaliá-las.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 9 abr. 2021.
- BRASIL. *Decreto Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 23 abr. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Direito Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.928/DF*. Constitucional e Direito Processual Penal art. 3º-a, 3º-b, 3º- c, 3º-d, 3º-e e 3º-f do CPP [...]. sistema de freios e contrapesos entre acusação, juiz e defesa. ADI 6.298/DF. Relator: Min.Luiz Fux. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros e Associação dos Juizes Federais do Brasil . Brasília: 2021 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2021.
- CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 5. ed. São Paulo: Ática, 1995.
- CHAVES, Charley Teixeira. *O povo e o Tribunal do Júri*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FREITAS, Jéssica Oníria Ferreira de. *Na contramão da democraticidade: a permanência do juiz inquisidor no processo penal brasileiro*. 2014. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito) -Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014 .
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU, 2012.
- GARRELL, Richard Paul Martins. *Reflexos antidemocráticos do princípio da verdade real no processo penal brasileiro*. 2013. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.
- JACOB, Muriel Amaral; FERREIRA, Sander Silva. A busca da verdade no processo penal. *An. Sciencult*, v. 7, n. 1, p. 419-440, 2017.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal: volume único*. 7. ed. rev. Salvador: JusPodivm, 2019.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2016.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- MIRANDA, Carlos Gustavo de S. *Princípios Fundamentais de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- POPPER, Karl R. *A lógica da pesquisa científica*. Trad. Leonidas Hegenberg, Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2008.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Trad. Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.

16

CAPÍTULO

GESTÃO DA PROVA PELO JUIZ: DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PRODUÇÃO DE PROVAS DE OFÍCIO PELO JUIZ FRENTE AO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO

VICTOR LUIZ FERREIRA GUIMARÃES¹
RENATA APOLINÁRIO DE CASTRO LIMA²
ROBERTO APOLINÁRIO DE CASTRO³

RESUMO

Neste artigo serão abordados pontos controvertidos sobre os sistemas processuais penais. Assim, buscar-se-á, a partir de pesquisa bibliográfica, utilizando-se do método dedutivo e referencial teórico a crítica à iniciativa probatória do juiz, concluindo-se pelo comprometimento da imparcialidade deste e pela incompatibilidade desta previsão com o atual ordenamento jurídico. Nos capítulos 1 a 6 tratar-se-ão respectivamente: A introdução; Os princípios norteadores da iniciativa instrutória; As provas; A iniciativa instrutória do juiz, com argumentos favoráveis e contrários a produção probatória *ex officio*; A inconstitucionalidade da produção de provas de ofício pelo juiz frente ao sistema processual penal acusatório e a conclusão.

Palavras-chave: processo penal; sistema acusatório; produção de provas; iniciativa *ex officio* do magistrado; verdade real; verdade processual; inconstitucionalidade; fundamentação das decisões; reconstrução fática por meio das provas.

1 Advogado inscrito na OAB/MG 202.794. Graduado em Direito pela Universidade FUMEC. E-mail: victorlfg@outlook.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1651884414042796>

2 Advogada inscrita na OAB/MG 180.004, mestranda em Direito Público pela Universidade FUMEC. Pós Graduada em Direito Penal e Processual Penal pela FADIVALE – Faculdade de Direito Vale do Rio Doce. Graduada em Direito pela UNIVALE – Universidade Vale do Rio Doce. E-mail: renataapolinario@uol.com.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6605850304740253>

3 Juiz convocado pelo Órgão Especial do Eg. Tribunal de Justiça de Minas Gerais para atuar em segundo grau de jurisdição na Décima Câmara Cível e posteriormente na 5ª Câmara Cível como Desembargador Substituto. Tomou posse em 1995 na Comarca de Novo Cruzeiro, permanecendo até 14/03/1997. Em 1997, assumiu a 2ª Vara da comarca de Timóteo. Em 1997 foi promovido para Governador Valadares, atuando 2 (dois) anos na vara da Infância e Juventude e 19 anos na 2ª Vara Cível. Atuou também como Juiz Presidente da 1ª Turma Recursal do Juizado Especial da Comarca de Governador Valadares e Juiz Orientador e responsável pela implantação dos Núcleos do Juizado Informal de Conciliação na Comarca de Governador Valadares. Em 2014 instalou o CEJUSC na comarca, permanecendo até 2019. Removido a pedido, por merecimento, para a Vara Agrária de Minas Gerais e de Acidente de Trabalho da Comarca de Belo Horizonte, após convocação para o segundo grau de jurisdição. Durante mais de vinte anos atuou como Juiz Eleitoral. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (2001). Especializações Lato Sensu em Direito do Trabalho/Processo Trabalho e Direito Civil/Processo Civil. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público e Privado, Direito Eleitoral, Direito Ambiental e Legislação Especial. Palestrante, Professor de Pós-Graduação em diversas faculdades por todo o país e Professor das disciplinas de Mediação e Prática de Processo Civil na Universidade do Vale do Rio Doce. (Texto informado pelo autor). E-mail: robertoapolinario@tjmg.jus.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2524648579930879>.

Como citar o presente artigo científico:

Como citar o presente artigo científico:

GUIMARÃES, Victor Luiz Ferreira. LIMA, Renata Apolinário de Castro; CASTRO, Roberto Apolinário de. Gestão da prova pelo juiz: da inconstitucionalidade da produção de provas de ofício pelo juiz frente ao sistema processual penal acusatório. In: CAMARGOS, Laís Alves; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). Direito Processual Constitucional e sua Perspectiva Democrática. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2021, p. 261-281

ABSTRACT

In this article, controversial points about the main criminal procedural systems will be addressed. Thus, we will seek, based on bibliographic research, using the deductive and theoretical referential method to criticize the judge's evidentiary initiative, concluding by the compromise of his impartiality and by the incompatibility of this forecast with the current legal system. Chapters 1 to 6 will deal with: Introduction; The guiding principles of the instructional initiative; Evidence: the concept and objective of the same, the valuation systems, the burden and the management of evidence in criminal proceedings; The judge's instructional initiative, with arguments in favor and against the ex officio evidence production; The unconstitutionality of the production of official evidence by the judge in the face of the accusatory criminal procedural system and the conclusion.

Keywords: criminal procedure; accusatory system; production of evidence; ex officio initiative by the magistrate; real truth; procedural truth; unconstitutionality; rationale for decisions; factual reconstruction through evidence.

1 INTRODUÇÃO

Neste trabalho se demonstrará a inconstitucionalidade da produção de prova *ex officio* pelo magistrado no processo penal brasileiro e suas consequências perante a estrutura do sistema processual acusatório, com a apresentação de informações que fogem ao dia-a-dia do advogado e dos estudantes do Direito, adentrando em uma área vista por muitos como nobre e demasiadamente glorificada, em que encontram os magistrados brasileiros.

Nessa senda, se traçarão as importâncias das garantias e os princípios que regem, ou deveriam reger a atuação dos juízes encarregados de cumprir o *ius puniendi*.

Nesse contexto, verificar-se-á a pré-existência do modelo inquisitivo. Com o advento da Constituição de 1988 (CR/88), referido modelo deixou de ser admitido no Brasil, dando abertura ao atual modelo, denominado acusatório.

Em que pese a Constituição de 1988 ter adotado o modelo acusatório, a mudança do artigo 156 do Código de Processo Penal e de outros artigos que conferem ao juiz a produção da prova, aumentou o poder do magistrado o transformando, ainda em um juiz inquisidor, ao conferir o poder de requerer de ofício a produção das provas que instruirão o processo e servirão para fundamentar sua futura decisão.

Referida mudança legislativa acarretou bastante discussão doutrinária, realçando a importância de se discutir o tema e abordar os dois lados da argumentação, demonstrando tanto as alegações a favor da produção de prova *ex officio*, quanto as contrárias a essa prática.

Quanto à metodologia utilizada, adotou-se a pesquisa documental e bibliográfica, analisando os documentos especializados, principalmente instrumentos normativos.

2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA INICIATIVA INSTRUTÓRIA

Para adentrar ao tema central do presente artigo, serão analisados os princípios que norteiam o processo penal, sem os quais não seria possível sequer almejar um ideal de justiça e identidade processual que é compreendido em nosso ordenamento jurídico.

Desta feita, serão aqui abordados os princípios relativos ao sistema probatório brasileiro, afetos ao tema em análise, com o objetivo de desvendar quais são as bases principiológicas que fundamentam a atividade jurisdicional quanto à instrução processual.

2.1 PRINCÍPIO DA VERDADE REAL

Em busca de uma relação mais consistente com verdade real, é que se estabeleceu o referido princípio, trazendo consigo permissões para o juiz produzir provas *ex officio*⁴, e reprimir condutas abusivas ou irregulares.

Buscando explicar o conceito do princípio em tela, Renato Marcão afirma:

Ao contrário do que ocorre no direito processual civil, em que vige o princípio da verdade formal e a revelia autoriza presumir verdadeiros os fatos alegados pelo autor, no processo penal prevalece o interesse público, e a prestação jurisdicional busca reconstruir a verdade real, empírica, e assim esclarecer, com a maior precisão possível, a maneira como os fatos imputados verdadeiramente se deram (MARCÃO, 2014, p. 72).

Ainda sobre o princípio da verdade real, tem-se que tal terminologia é questionável, razão pela qual se torna necessário refletir sobre a questão em comento.

O termo “verdade” é subjetivo e, conquanto clássica a abordagem diferenciando o processo civil (verdade processual) e o processo penal (verdade real), aqui entende-se que, na realidade, em ambos os campos a noção adequada do princípio remonta a uma reconstrução fática do momento passado, feita a partir da análise probatória do processo.

O próprio Código de Processo Penal, com base nesse preceito, traz consigo artigos que ampliam a atuação dos magistrados, conferindo-lhes maior autonomia para buscar provas, quando não se contentam com o que lhes é apresentado, conforme se verifica dos artigos 147, 156, 209 e 234, todos do referido diploma processual (BRASIL, 1941).

Ainda nesse sentido, conforme aduz Levy Emanuel Magno: “[...] o magistrado deve sempre primar pela busca de verdade real. Todos os atos do juiz criminal no contexto da instrução probatória devem estar voltados à busca incansável pela verdade real” (MAGNO, 2013, p. 437).

Além disso, também nos ensinamentos deste: “No processo penal, em virtude do direito individual indisponível em disputa (que é exatamente a liberdade de locomoção), cabe ao juiz a busca da verdade durante todo o curso do processo” (MAGNO, 2013, p. 437).

Todavia, verifica-se que, utilizando dessa premissa, muitos juízes acabam por atuar de maneira irresponsável com base em seus próprios ideais de justiça, que se encontram enraizados em suas experiências de vida, trazendo demasiada insegurança para o meio jurídico.

Nesse sentido argui Aury Lopes Junior: “Dessarte, há que se ‘des-cobrir’ a origem e a finalidade do mito da verdade real: nasce na inquisição e, a partir daí, é usada para justificar os atos abusivos do Estado, na mesma lógica de que ‘os fins justificam os meios.’” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 566).

4 Termo jurídico referente ao ato determinado por magistrado, bem como por autoridade administrativa, em decorrência do cargo ou função que ocupa, o qual deve ser cumprido independentemente de pedido ou iniciativa da parte interessada.

O sistema processual penal acusatório, marcado pela separação das funções de acusar e julgar, se encontra constantemente ameaçado pela utilização prática do princípio discutido.

Ao adquirir uma função inquisitiva, o magistrado, buscando por provas que não foram requeridas pelas partes, poderá priorizar o que já está estabelecido em sua mente, seja por força das provas colhidas no inquérito, ou em virtude de sua concepção empírica, acarretando patamares não tão dignos de justiça processual.

Nessa perspectiva também prescreve Fernando Capez: “A colheita de prova pelo juiz compromete-o psicologicamente em sua imparcialidade, transformando-o quase em integrante do polo ativo da lide penal, colidindo frontalmente com diversas normas constitucionais.” (CAPEZ, 2015, p. 73).

Ainda: “O juiz que participar da colheita da prova atuando como verdadeiro inquisidor, não estará atuando na função típica de magistrado, ficando, destarte, sujeito ao comprometimento psicológico com a tese acusatória, tão comum às partes.” (CAPEZ, 2015, p. 73).

Desse modo, conclui-se pela necessidade de mitigação do princípio em comento, a fim de que a verdade real pretendida no processo penal não venha a ser contaminada pelos pré-conceitos do julgador e não cause violação ao sistema processual acusatório.

2.2 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

O princípio do juiz natural foi consagrado pela Constituição de 1988, em seu art. 5º, LIII, o qual determina que ninguém será processado ou sentenciado senão pela autoridade competente (BRASIL, 1988).

Por meio do mencionado princípio penal constitucional, busca-se assegurar a imparcialidade de quem é incumbido de julgar a causa, vista não como atributo do juiz, mas como pressuposto da própria existência da atividade jurisdicional (FERNANDES, 2010, p. 123).

Afirmando-se com aspectos determinantes para o processo em si, o princípio do juiz natural também visa proibir a existência de juízo ou tribunal de exceção, ou seja, aquele criado após a ocorrência do fato para o julgamento de determinado caso concreto, nos termos do art. 5º, inciso XXXVII, da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988).

Contudo, não se insere na proibição dos tribunais de exceção a criação das justiças especializadas (militar, trabalhista, eleitoral), visto que são previamente instituídas pela Constituição e têm por escopo a aplicação da lei a todos os casos versando sobre determinada matéria ou que envolvam certas pessoas, indistintamente (CAPEZ, 2015, p. 52).

Ressalta-se, por fim, a relevância de tal princípio, o qual legitima a aplicação do devido processo legal e visa assegurar ao acusado o direito de ser julgado por um órgão jurisdicional imparcial e independente.

2.3 PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JULGADOR

Aqui se estabelece a segurança que as pessoas têm no Estado de que o mesmo promoverá um julgamento justo e imparcial sobre aqueles que figuram os polos do processo.

A idealização de que os magistrados, representando o Poder Judiciário, são dotados de imparcialidade e uma certa instrução superior vem sendo combatida e criticada por muitos, até mesmo por aqueles que não possuem tanto acesso à informação, mas veem nas notícias e no dia-a-dia o padrão de justiça ser corrompido por pessoas que deveriam aplicá-la de forma precisa e pontual.

Abordando esse tema, Gustavo Henrique Badaró estipula: "Além disso, é indelegável que há diferenças impossíveis de serem eliminadas de um julgador para outro. Essas diferenças, frutos da história de vida, das concepções políticas, do contexto social e histórico em que vive cada magistrado, irão refletir na forma como interpretam a lei" (BADARÓ, 2016, p. 44).

Contudo, sendo as características pessoais de cada um indissociáveis de sua personalidade, o ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), prevê vedações à atuação dos juízes, proibindo também os tribunais de exceções, o que decorre do princípio do juiz natural, nos termos do artigo 95, parágrafo único.

Ademais, corroborando a ideia de necessidade de limitação da atividade jurisdicional parcial, os artigos 252 e 254 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) preveem as hipóteses de suspeição e impedimento, nas quais o juiz não deverá atuar como parte no procedimento, buscando, dessa maneira, a garantia dos direitos fundamentais e preceitos inseridos ou resultantes da Constituição da República (BRASIL, 1988).

Por outro lado, a parcialidade do julgador poderá ser comprometida quando da produção da prova de ofício, que se encontra amparada pelo artigo 156 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

O mencionado artigo viabiliza ao magistrado a possibilidade de determinar a produção de provas sem o requerimento das partes, quando consideradas urgentes e relevantes ou para dirimir dúvida sobre ponto relevante, sendo que a imparcialidade do julgador restará prejudicada, uma vez que quem busca por algo sabe ao certo o que pretende encontrar, e por isso, visando uma concretização do seu entendimento subjetivo, o juiz poderá vir a contaminar o procedimento, sendo, portanto, tendencioso a uma parte ou outra, conforme o seu julgamento prévio.

2.4 PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

Este princípio está expressamente previsto no artigo 93, IX da Constituição de 1988, assim como no artigo 381, III do Código de Processo Penal e 155 do mesmo diploma legal.

A necessidade de fundamentação das decisões implica, além de uma garantia às partes do processo, uma credibilidade da justiça perante as pessoas da sociedade, conforme instrui Guilherme Madeira Dezem e Antonio Scarance Fernandes, respectivamente: "Contudo, é de se notar que modernamente há exigência mais ampla a fundamentar a necessidade de motivação das decisões: trata-se de reconhecer que os destinatários da motivação não são mais apenas os sujeitos processuais, mas toda a coletividade" (DEZEM, 2019, p. 142). "Agora, é vista como garantia de ordem política, garantia da própria jurisdição. Os destinatários da motivação não são somente as partes e os juízes de segundo grau, mas também a comunidade que, pela motivação, tem a condição de verificar se o juiz decide com imparcialidade e com conhecimento da causa" (FERNANDES, 2010, p. 127).

Neste contexto, cumpre ressaltar que a fundamentação não deve constar apenas na sentença, mas também nas decisões interlocutórias no curso do processo, em especial naquelas que implicam em restrições de direitos e garantias fundamentais, como por exemplo, os decretos de prisão preventiva, interceptações telefônicas e apreensões (LOPES JUNIOR, 2014, p. 235).

Portanto, o referido princípio limita a iniciativa instrutória do juiz, estabelecendo que mesmo quando haja determinação de produção de prova sem a provocação das partes, o magistrado deve atender obrigatoriamente à motivação das decisões, esclarecendo a razão de tal postura ativa, tendo em vista que os motivos dessa atividade devem ser claros e evidentes às partes do processo. Assim, o mencionado princípio visa enaltecer a justiça perante os olhos da comunidade, justificando a adoção de poderes decisórios nas mãos de pessoas consagradas como juízes, a fim de atender ao anseio de cada cidadão saber se o Poder Judiciário decide com conhecimento dos fatos e aplicando precisamente os preceitos legais estabelecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

2.5 PRINCÍPIO DA INICIATIVA DAS PARTES

O princípio em tela consolida que o juiz não pode dar início ao processo sem a iniciativa das partes, cabendo ao titular da ação penal, que é o Ministério Público (art. 129, I, CR/88), como regra, essa providência. Não propondo a ação penal, no prazo legal, pode o particular ofendido tomar a iniciativa (art. 5º, LIX, CR/88) (NUCCI, 2016, p. 40).

Ademais, deve o magistrado julgar o pedido nos estritos limites em que foi feito, não podendo ampliar a acusação, piorando a situação do réu, sem aditamento à denúncia promovido por quem de direito (NUCCI, 2016, p. 40).

Portanto, deduz-se que o poder de jurisdição somente poderá ser exercido pelo juiz mediante prévia provocação, sendo vedada sua atuação *ex officio*. Essa limitação ocorre, conforme prescreve Aury Lopes Junior, “Como decorrência do sistema acusatório anteriormente explicado e para garantia da imparcialidade (princípio supremo do processo) [...]” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 449).

Enfim, registra-se que aludido princípio encontra-se também resguardado pelas normas contidas nos artigos 24 e 30 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), os quais dispõem que a ação penal pública deve ser promovida pelo Ministério Público e a ação privada pelo ofendido ou quem tenha qualidade para representá-lo.

2.6 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A presunção de inocência foi consagrada na Constituição de 1988, em seu art. 5º, inciso LVII.

Nesse sentido, tal princípio determina o direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha utilizado de todos os meios de provas cabíveis para sua defesa e para defender-se das provas apresentadas pela acusação (LIMA, 2011, p. 11).

Ressalta-se que o artigo é claro ao expressar que só se deve considerar o transgressor como de fato culpado após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o que não permitiria a antecipação da culpa para sentença ou acórdão em que ainda é cabível recurso.

Nessa senda, é imperioso destacar o resultado do julgamento do Habeas Corpus nº 84.078-7/2009 (BRASIL, 2009).

Restou consignado no mencionado julgamento a inconstitucionalidade da prisão provisória enquanto houver recursos pendentes.

Por voto da maioria de seus membros, o Supremo Tribunal Federal concedeu, em 2009, o HC nº 84078 para permitir que Omar Coelho Vítor, antes condenado pelo TJMG da Comarca de Passos à pena de sete anos e seis meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pudesse recorrer aos tribunais superiores, em liberdade. (BRASIL, 2009).

Por outro lado, em 2016, o plenário do Supremo Tribunal Federal mudou a jurisprudência da Corte, com a denegação do HC nº 126.292, por meio do qual afirmou que é possível a execução da pena depois de decisão condenatória confirmada em segunda instância (BRASIL, 2016).

Dessa forma, ao negar a ordem ao HC nº 126.292, na decisão, o Superior Tribunal Federal entendeu que o início da execução da pena, após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau, não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência (BRASIL, 2016).

Registrou-se que, após a manutenção da sentença penal condenatória pela segunda instância, exaure-se o princípio da presunção de inocência, e o réu passa, então, a presumir-se culpado (BRASIL, 2016).

Em que pese tal divergência jurisprudencial instaurada pela corte suprema, convém ressaltar a relevância do princípio ora discutido e a necessidade de se fazer cumprir os preceitos constitucionais, não se olvidando do dever de garantir ao acusado a dignidade humana que se espera do Estado Democrático de Direito.

Ademais, insta salientar que desse princípio também deriva a regra probatória a qual estipula que a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável, e não este de provar sua inocência, o que poderá fazer de forma facultativa. Assim, recai exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova, incumbindo-lhe demonstrar que o acusado praticou o fato delituoso que lhe foi imputado na peça acusatória (LIMA, 2011, p. 13).

Nessa esteira, a presunção de inocência tem como consequência o princípio *in dubio pro reo*, sendo este consistente na aplicação da interpretação mais favorável ao réu quando existir dúvida sobre os fatos em discussão.

Convém destacar que o acusado não tem a obrigação de provar que não praticou o delito, conforme acima transcrito, ele tem a faculdade de provar sua inocência. Antes, cabe à parte acusadora afastar a presunção de inocência que recai sobre o imputado, provando além de uma dúvida razoável, que ele praticou a conduta criminosa que lhe foi atribuída (LIMA, 2011, p. 13).

Visando esclarecer o entendimento sobre o estado de inocência, Guilherme de Souza Nucci preleciona: “As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu.” (NUCCI, 2013, p. 90).

Com isso, destaca-se que tanto o princípio da presunção de inocência quanto o princípio *in dubio pro reo* garantem a menor intervenção possível do Estado na vida do indivíduo, visando manter o ônus de provar a culpabilidade do acusado nas mãos da acusação, e garantir

o estado de inocência do réu até que seja efetivamente comprovado o contrário por meio de sentença penal condenatória irrecorrível.

2.7 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Dentro de um sistema processual acusatório, o princípio do contraditório se mostra de suma importância sendo uma garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos que defendem seus interesses em um processo judicial.

Decorrente do devido processo legal, o princípio em comento está esculpido no artigo 5º, inciso LV, da Constituição de 1988 e visa garantir igualdade processual entre as partes que postulam seus interesses em esfera judicial ou até mesmo administrativa (BRASIL, 1988).

Nos dizeres de Fernando Capez: “[...] o contraditório compreende o direito de serem cientificadas sobre qualquer fato processual ocorrido e a oportunidade de manifestarem-se sobre ele, antes de qualquer decisão jurisdicional.” (CAPEZ, 2015, p. 65).

Um indicativo da relevância deste princípio está consagrado no artigo 155 do Código de Processo Penal.

Nesta esteira, é vedado ao magistrado julgar com base apenas nas provas colhidas na fase de inquérito, em que não se vigora, em regra, o contraditório, devendo, portanto, se convencer utilizando de provas produzidas durante a persecução penal sob o crivo do contraditório, ressalvada as exceções descritas no artigo.

Por fim, é imperioso frisar que o princípio do contraditório deve ser observado pela defesa e pela acusação, além de também ser aplicado ao julgador, a fim de se buscar a efetivação dos direitos e garantias constitucionais e o devido processo legal.

2.8 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

Também positivado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), o princípio da ampla defesa visa garantir ao réu a oportunidade de se defender das acusações as quais é submetido, utilizando-se de diversos métodos e possibilidades. Este princípio se divide em duas vertentes, sendo uma concernente à autodefesa e outra à defesa técnica.

Frisa-se, que a ampla defesa, na esfera da autodefesa, é promovida pelo próprio acusado, valendo-se de seus argumentos e raciocínio lógico, ainda que despidos de juridicidade. O seu uso ocorre no primeiro e mais precoce momento em que se pode acusar alguém do cometimento da infração penal, quando preso em flagrante ou indiciado em investigação policial. Eis que surge, para amparar a ampla autodefesa, o direito ao silêncio, sob o prisma do estado de inocência (NUCCI, 2015, p. 93).

Por conseguinte, nasce a defesa técnica, consistente em direito irrenunciável e indisponível, efetivada pelo advogado, que possui conhecimento técnico-jurídico e utiliza do devido preparo para defender a liberdade alheia.

No tocante à defesa técnica, Guilherme Nucci esclarece:

[...] constituindo o juiz o seu fiscal, como já mencionado, deve-se operacionalizá-la no mais absoluto interesse do réu, estando o defensor vinculado ao polo passivo e jamais à sua própria consciência. O advogado constituído pode rejeitar a causa, porém nunca aceitá-la para cuidar da defesa em função de seu ponto de vista acerca da culpa ou inocência. O defensor público tem a missão constitucional de representar o Estado na sua obrigação de garantir a quem necessite a mais adequada defesa possível; logo, inexiste a viabilidade para uma atuação descompromissada ou imparcial. (NUCCI, 2015, p. 94).

Ademais, nas lições de Fernando Capez, do princípio da ampla defesa também decorre o seguinte:

[...] a obrigatoriedade de se observar a ordem natural do processo, de modo que a defesa se manifeste sempre em último lugar. Assim, qualquer que seja a situação que dê ensejo a que, no processo penal, o Ministério Público se manifeste depois da defesa (salvo, é óbvio, nas hipóteses de contrarrazões de recurso, de sustentação oral ou de manifestação dos procuradores de justiça, em segunda instância), obriga, sempre, seja aberta vista dos autos à defensoria do acusado, para que possa exercer seu direito de defesa na amplitude que a lei consagra. [...] (CAPEZ, 2015, p. 66).

Enfim, cumpre salientar que a ausência de aplicação deste princípio gera nulidade absoluta. Logo, sua utilização se mostra determinante para orientação do processo penal e indispensável a qualquer procedimento judicial.

3 DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

Cumprido, neste capítulo, remontar aos estudos acerca das provas no processo penal brasileiro, apresentando conceito, finalidade e meios de utilização. Além disso, serão expostos os aspectos sobre a gestão da prova e sua relevância para a definição dos sistemas processuais penais.

Considerando que o processo penal é instrumento de reconstrução de determinado fato histórico, ponderações e análises críticas acerca das provas operadas para satisfação de tal reestruturação serão de suma importância para compreensão da necessidade de sua utilização adequada no processo penal e até mesmo na fase investigatória que o antecede.

É incontestável a necessidade de se abordar as autorizações infraconstitucionais para a produção de prova de ofício pelo magistrado no processo penal e, sem dúvidas, quais as consequências que tal medida pode acarretar, visando se obter uma solução adequada para atos abusivos praticados pelos juízes, que são utilizados na prática desenfreadamente, em contrapartida aos princípios cinzelados na Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) acima estudados.

3.1 CONCEITO E OBJETIVO DAS PROVAS

Realizando um estudo etimológico do termo, Guilherme de Souza Nucci explica: “O termo *prova* origina-se do latim – *probatio* –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação.” (NUCCI, 2013, p. 23).

Da palavra “*prova*” deriva o verbo “*provar*”, que significa verificar, examinar, reconhecer por experiência, estando relacionada com o vasto campo de operações do intelecto na busca e comunicação do conhecimento verdadeiro (LIMA, 2011, p. 833).

No entanto, no plano jurídico, Guilherme de Souza Nucci apresenta o seguinte conceito: “Cuida-se, particularmente, da demonstração evidente da veracidade ou autenticidade de algo” (NUCCI, 2013, p. 23).

Ainda nas palavras do mesmo, sobre o conceito de prova no plano jurídico: “Vincula-se, por óbvio, à ação de provar, cujo objetivo é tornar claro e nítido ao juiz a realidade de um fato, de um acontecimento ou de um episódio” (NUCCI, 2013, p. 23).

Cabe ressaltar que a prova sempre será necessária para se demonstrar a veracidade um fato passado, realizado por pessoas em seu estado de natureza anterior, por menor que seja o lapso temporal entre a conduta e a valoração da prova.

Nesta senda, Aury Lopes Junior tece ponderação relevante acerca da relação intertemporal da prova com o crime e o agente: “Assim como o fato jamais será real, pois histórico, o homem que praticou o fato não é o mesmo que está em julgamento e, com certeza, não será o mesmo que cumprirá essa pena, e seu presente, no futuro, será um constante reviver o passado.” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 549).

Infere-se, a partir da busca pela reconstrução de fatos passados, que jamais será possível se atingir com absoluta precisão a verdade histórica dos fatos em questão. Logo, se diz que a busca é pela verdade processual, ou seja, daquela verdade que pode ser atingida por meio da atividade probatória desenvolvida durante o processo. Essa verdade processual pode (ou não) corresponder à realidade histórica, sendo certo que é com base nela que o juiz deve proferir sua decisão (LIMA, 2011, p. 841).

Diante do exposto, entende-se que a importância das provas está diretamente ligada à necessidade de se reconstruir uma verdade processual ao menos similar ao caso pretérito em questão, tornando-se meio de formação da convicção do julgador, fazendo crer que as decisões proferidas são baseadas na verdade dos fatos ou algo próximo disso.

3.2 SISTEMAS DE VALORAÇÃO DAS PROVAS

Com a finalidade de formar o convencimento do magistrado, as provas são carregadas de valores e particularidades que variam a cada caso concreto. Cada prova deve receber seu valor conforme sua relevância para o processo, sendo o método de valoração determinado pelo sistema de avaliação utilizado.

Nesse estudo serão abordados os sistemas mais conhecidos, quais sejam: sistema da livre convicção; sistema da prova tarifada e sistema do livre convencimento motivado.

Inicialmente, o sistema da livre convicção, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci: “Permite a livre valoração ou a íntima convicção do magistrado, significando não haver necessidade de motivação para suas decisões.” (NUCCI, 2013, p. 27).

Por conseguinte, dentro do sistema da prova tarifada, nos dizeres de Renato Brasileiro: “Cada prova possui um valor preestabelecido, deixando o magistrado vinculado dosimetricamente às provas apresentadas, que deve se limitar a uma soma aritmética para sentenciar.” (LIMA, 2011, p. 880).

É imperioso ressaltar que, o atual Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) não adotou o sistema mencionado, todavia, ainda é possível notar-se sobejos de sua utilização.

Um dos exemplos dos resquícios do sistema da prova tarifada encontra-se no artigo 155, parágrafo único do Código de Processo Penal. Logo, o advogado não pode provar que seu cliente está morto por meio de prova testemunhal, somente podendo fazê-lo por meio de certidão de óbito (LIMA, 2011, p. 880).

Finalmente, o sistema do livre convencimento motivado determina que o juiz possui liberdade para examinar e atribuir valores às provas, mas está atrelado a elas no tocante à construção do seu convencimento em relação ao deslinde da causa. E, por isso, espera-se do magistrado a indispensável fundamentação de sua decisão, expondo as razões pelas quais chegou ao veredicto absolutório ou condenatório, como regra (NUCCI, 2013, p. 28).

Por derradeiro, registra-se que o sistema adotado pelo Código de Processo Penal encontra-se esculpido em seu artigo 155 (BRASIL, 1941), que limita, ainda, a convicção do magistrado tão somente às provas produzidas em contraditório judicial, ressalvadas as exceções previstas no dispositivo.

3.3 ÔNUS DA PROVA

Ônus da prova é um termo utilizado no Direito a fim de definir quem é o responsável pela comprovação dos fatos narrados no processo. Em regra, a pessoa que faz uma afirmação se encarrega da responsabilidade de fornecer as provas necessárias para provar o alegado, conforme determina a primeira parte da redação do *caput*, do artigo 156, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Cumprido ressaltar que o ônus probatório não configura uma obrigação sob a qual a parte se submete à sanção caso não venha a cumprir, e sim uma responsabilidade, de interesse da parte, que não o cumprindo deverá arcar com as consequências desfavoráveis de tal omissão.

Sobre o conceito de ônus da prova, Renato Brasileiro de Lima elucida o seguinte: “[...] pode-se dizer que ônus da prova é o encargo que as partes têm de provar, pelos meios legal e moralmente admissíveis, a veracidade das afirmações por elas formuladas ao longo do processo, resultando de sua inação uma situação de desvantagem perante o direito” (LIMA, 2011, p. 862).

Nesse sentido, buscando averiguar sobre quem recai o ônus da prova no processo penal, destaca-se a lição de Guilherme de Souza Nucci:

Portanto, cabe à acusação, ao ingressar com a ação penal, o ônus da prova, buscando demonstrar ser o acusado culpado do crime que lhe é imputado. Ao réu, se pretender apenas negar a imputação, resta permanecer inerte, pois nenhum ônus lhe cabe. Seu estado de inocência prevalece. (NUCCI, 2013, p. 36).

Todavia, existem casos em que a estratégia de defesa pretende alegar fatos diferentes daqueles constantes da denúncia ou queixa, como por exemplo, quando aponta excludente de culpabilidade ou de ilicitude. Quando isso ocorre, a defesa faz nascer para o réu, de forma lógica e natural, o ônus da prova (NUCCI, 2013, p. 36).

Por fim, conclui-se que a parte que alegar fato relevante para o processo atrairá para si o ônus da prova, se encarregando de demonstrar a veracidade dos fatos narrados, sob pena de sofrerem prejuízo processual e lidarem com um processo caminhando contra sua estratégia, seja de defesa ou acusação.

3.4 GESTÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Durante a persecução penal, as partes possuem legitimidade para requererem a produção de determinadas provas que julguem importantes para o caso concreto. Todavia, nos termos do artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), é facultado ao juiz de ofício, no curso do processo ou na fase investigatória, determinar a produção de provas, a fim de satisfazer seu convencimento, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

Logo, nota-se que a gestão da prova no processo penal brasileiro encontra-se preponderantemente disposta nas mãos dos magistrados, que, conforme suas convicções, ordenarão a produção de determinada prova, utilizando-se do pretexto de necessidade da busca pela verdade real ou do sistema do livre convencimento motivado.

Ademais, para se constituir um processo penal acusatório, nas lições de Aury Lopes Junior: "É necessário que se mantenha a separação para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável, que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso permite a imparcialidade do juiz." (LOPES JUNIOR, 2014, p. 105).

Desta maneira, salienta-se que a estrutura processual nos moldes em que se encontra atualmente não acarreta a adoção de um processo penal acusatório puro e simples, gerando traços inquisitivos, o que leva a ocorrência de injustiças e atuações autoritárias por parte dos magistrados, em decorrência lógica do imenso poder que a eles é oferecido nas disposições do diploma processual vigente.

4 INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO CRIMINAL

Com o imenso poder conferido ao magistrado no que tange à produção de provas que servirão para instruir o processo e determinar o rumo do julgamento de indivíduos da sociedade, sob os quais recaem o poder punitivo do Estado, é de se notar um rompimento da estrutura triangular criada pelo sistema processual acusatório, no qual se dividem as funções de julgar, acusar e defender.

Conforme visto acima, o artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), confere aos juízes poderes para ordenarem a produção de prova sem a necessidade de haver requerimento pelas partes, denominado então como produção de provas *ex officio*, mesmo antes de iniciada a ação penal.

Logo, nota-se a iniciativa instrutória do processo penal conferida de maneira predominante nas mãos do magistrado, fazendo-se presumir pela parcialidade quando atua utilizando-se desta prerrogativa para conduzir o processo e/ou a fase investigatória.

Acerca da problemática criada com a iniciativa instrutória conferida nas mãos dos juízes, Aury Lopes Junior destaca o seguinte:

O problema, é importante destacar, não está apenas nas decisões que profere, mas sim no fato de ir atrás da prova (e assim permite o art. 156 do CPP, especialmente problemático é o inciso I, sublinha-se) e depois decidir sobre o material que ele mesmo colheu. Essa é a duplicidade perigosa e que deve ser analisada no caso concreto. (LOPES JUNIOR, 2014, p. 176).

Ainda, sobre o ativismo judicial ora estudado, cumpre destacar o recente caso emblemático apontado pela mídia brasileira, no qual jornalistas tiveram acesso a mensagens de texto trocadas entre o ex-juiz Federal Sérgio Moro, hoje ministro da Justiça e Segurança Pública, e o coordenador da força-tarefa da Operação Lava Jato no Paraná, Deltan Dallagnol, ao que tudo indica, atuando o magistrado como um auxiliar da acusação, colaborando para a criação da estratégia de investigação do Ministério Público (MARTINS; SANTI; GREENWALD, 2019).

Impende ressaltar, conforme demonstrado por matérias do *site The Intercept Brasil*, ao que parece, Moro trabalhava com Dallagnol para impulsionar as ações do Ministério Público, como comprovam os diálogos e comentários habituais nas conversas entre os dois (MARTINS; SANTI; GREENWALD, 2019).

Nessa senda, resta evidenciada a conduta ativista, não só adotada pelo magistrado em comento, como também por muitos outros atuantes no Brasil, que além de buscar provas para confirmarem suas convicções, realizam combinados com órgãos e pessoas do Ministério Público, ferindo de morte a Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988) e comprometendo sua imparcialidade sobre o processo em que atuam.

Observa-se que o artigo 155 do Código de Processo Penal impede que juízes decidam com base apenas em provas colhidas durante a investigação (BRASIL, 1941). Contudo, ao auxiliar o Ministério Público, indicando onde buscar provas durante a investigação, para depois, após instaurada a ação penal, determinar a produção da prova que já fora colhida anteriormente, o magistrado legitima a prova que irá utilizar para fundamentar sua decisão, já previamente estabelecida ainda na fase de inquérito.

Isto evidencia, naturalmente, a postura inquisitiva dos magistrados, que são os responsáveis por julgar as vidas das pessoas na sociedade. Logo, a partir da análise de tais acontecimentos, é bem verdade que a sociedade atual caminha rumo ao retrocesso.

Neste sentido, é imperioso mencionar os ensinamentos já constatados por Aury Lopes Junior: “Não só estamos na contramão da evolução, querendo ressuscitar a superada figura do juiz de instrução, como nos negamos a evoluir, repensando a prevenção, diante da necessidade de proteção da posição do julgador.” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 177).

Conforme se depreende de casos em que o Poder Judiciário e o Ministério Público atuam conjuntamente, colaborando com uma estratégia pré-determinada, coordenando esforços, é de se concluir que a gestão da prova conferida demasiadamente nas mãos do julgador, não acarreta consequências benéficas às garantias estabelecidas no texto constitucional e não garante o cumprimento do princípio da imparcialidade do julgador.

Neste contexto, se o acusado já figura em uma posição desfavorável no processo penal acusatório, em que as funções de julgar, acusar e defender, em tese, não se confundem, isso ocorre de forma ainda mais evidente em um processo no qual as funções de julgar e acusar se reúnem contra a defesa, buscando por meio de combinados e investigações ilegais, a qualquer custo, condenar o réu, sem observância da lei, mas apenas desejando saciar a sede de vingança e “justiça”, encontradas em partes obscuras de seu âmago.

É evidente o fato de que a proximidade dos juízes com os investigadores e o Ministério Público, seja para buscarem provas que serão posteriormente determinadas de ofício pelo magistrado, ou para realizarem acordos e combinados, é resultado dos poderes conferidos aos juízes pelo Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), não se mostrando adequado para garantir o devido processo legal ao qual deveriam as partes se submeter.

Com efeito, é forçoso concluir que a separação de funções (e, por decorrência, a gestão da prova na mão das partes e não do juiz) cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive. Somente no processo acusatório-democrático, em que o juiz se mantém afastado da esfera de atividade das partes, é que se pode ter a figura do juiz imparcial, fundante da própria estrutura processual (LOPES JUNIOR, 2014, p. 96).

Ante tais considerações, é cristalino o entendimento de que a existência de poderes instrutórios do juiz é uma característica que enfrenta a estrutura do sistema processual acusatório e compromete os exercícios dos princípios constitucionais, sendo, portanto, algo que merece aprofundada discussão e estudos, a fim de se compreender o melhor caminho para a atuação dos juízes e satisfazer o incansável anseio da sociedade por justiça.

4.1 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À PRODUÇÃO PROBATÓRIA EX OFFICIO

Não obstante a toda argumentação desenvolvida ao longo desse trabalho, cumpre, aqui, mencionar argumentos que são a favor da produção de provas de ofício pelos magistrados.

Parcela da doutrina nacional é favorável à produção de provas de ofício, sob o argumento de que o ativismo judicial é necessário para se buscar a verdade real.

Nesse caminho, é o entendimento adotado por Guilherme de Souza Nucci, no que concerne ao tema em análise, veja-se:

Em homenagem à verdade real, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção de provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso. Não deve ter a preocupação de beneficiar, com isso, a acusação ou a defesa, mas única e tão somente atingir a verdade. (NUCCI, 2013, p. 403).

Além disso, Renato Brasileiro de Lima, defensor da produção de prova de ofício pelo magistrado no curso do processo penal, tece as seguintes considerações: “Também não há qualquer incompatibilidade entre o processo penal acusatório e um juiz dotado de iniciativa probatória, que lhe permita determinar a produção de provas que se façam necessárias para o esclarecimento da verdade.” (LIMA, 2011, p. 877).

Ainda, nesse sentido, Gustavo Henrique Badaró leciona a respeito da importância da busca pela verdade no processo penal, *in verbis*:

De qualquer forma, mesmo aceitando-se a impossibilidade de se atingir um conhecimento absoluto ou uma verdade incontestável dos fatos, não é possível abrir mão da busca da verdade, que é o único critério aceitável como premissa para uma decisão justa. (BADARÓ, 2016, p. 382).

Por último, ressalta-se a colocação Edilson Mougnot Bonfim, que defende o ativismo judicial e entende a produção de provas de ofício como medida excepcional que não fere o sistema acusatório, conforme demonstra o trecho retirado de sua obra, a seguir:

Portanto, é medida excepcional que não desfigura o respeito ao “sistema acusatório” do processo penal, este mesmo, matizado – mitigado ou temperado – na forma que entendemos seja um “sistema misto”, visto que jamais poderíamos falar em um rígido e absoluto sistema acusatório [...]. (BONFIM, 2015, p. 2015).

No entanto, é imperioso salientar que, aqueles que defendem a necessidade de atuação ativa do magistrado no que concerne à gestão da prova, reconhecem a relevância de tal medida ser adotada apenas em casos excepcionais, quando evidenciada a razoabilidade e a pertinência de se colher determinada prova.

Ademais, para determinar a produção de prova de ofício, deve o magistrado atuar de maneira imparcial. Se o escopo do juiz for o de buscar provas apenas para condenar o acusado, além da violação ao sistema acusatório, haverá evidente comprometimento psicológico com a causa, subtraindo do magistrado a necessária imparcialidade, uma das mais expressivas garantias inerentes ao devido processo legal (LIMA, 2011, p. 876).

Enfim, conclui-se que alguns autores ainda entendem ser cabível a produção de provas de ofício pelos magistrados, como medida excepcional e subsidiária, visando a busca pela verdade, a fim de reconstruir os fatos históricos com a maior aproximação possível da verdade.

4.2 ARGUMENTOS CONTRA A PRODUÇÃO DE PROVA EX OFFICIO

De outro norte, verifica-se parte da doutrina convergindo no sentido de entender pela inadmissibilidade da produção de prova de ofício pelo juiz, visto que tal ato compromete a imparcialidade do julgador e rompe a estrutura do sistema processual acusatório.

Em sua obra, Aury Lopes Junior aponta os prejuízos da produção de prova determinada de ofício pelos magistrados, veja-se: “É absolutamente incompatível com o sistema acusatório (também violando o contraditório e fulminando com a imparcialidade) a prática de atos de caráter probatório ou persecutório por parte do juiz [...]” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 44).

Demais disso, o referido autor ressalta a necessidade da gestão da prova estar nas mãos das partes, pois, do contrário, atribuindo-se ao juiz, significaria incorrer no erro psicológico da inquisição de permitir-lhe (re)construir a história do crime da forma como lhe aprouver para justificar a decisão já tomada (LOPES JUNIOR, 2014, p. 392).

Noutro giro, convém apresentar as lições de Eugênio Pacelli de Oliveira, que traz considerações relevantes acerca do sistema de provas e da exigência constitucional de inocência do réu: "Afirmar que ninguém poderá ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória implica e deve implicar a transferência de todo o ônus probatório ao órgão da acusação. A este caberá provar a existência de um crime, bem como a sua autoria" (OLIVEIRA, 2016, p. 325).

Em análise da matéria ventilada por Eugênio Pacelli de Oliveira, é possível notar que o mesmo é contra a produção de prova de ofício pelo juiz, ressalvada uma única hipótese, quando vislumbrada a possibilidade de demonstração da inocência do réu (OLIVEIRA, 2016, p. 325). Por último, salienta-se o entendimento de Paulo Rangel acerca da temática em tela:

A crença de que o juiz é um ser preocupado com os direitos do réu e, por isso, estaria praticando atos de ofício é falsa. Quando o juiz pratica atos de ofício em busca da prova é para condenar, até porque qualquer neófito sabe que se não há provas ou se há dúvida, o juiz tem que decidir em favor do réu. Todavia, em nome de um princípio (impulso oficial) o juiz sai em busca daquilo que irá justificar o que ele já decidiu: a condenação. (RANGEL, 2011, p. 485).

No intuito de defender o sistema acusatório adotado pela Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), Paulo Rangel ainda argumenta: "Ora, se sistema é o todo e este todo está inserido na Constituição da República (art. 129, I), não pode o juiz criminal, no sistema acusatório, ter poderes instrutórios. O sistema erradia para todo o processo penal as regras e princípios que o informam." (RANGEL, 2011, p. 486).

Isto posto, após remeter à análise acurada dos entendimentos doutrinários acerca da produção de prova *ex officio*, pode-se notar um maior pareamento dos autores listados neste tópico com as garantias e princípios constitucionais. Este eixo de sustentação ressalta a inconstitucionalidade, por exemplo, do artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), e o sistema processual acusatório tomado de forma mais próxima possível do Estado Democrático de Direito.

5 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PRODUÇÃO DE PROVAS DE OFÍCIO PELO JUIZ FRENTE AO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO

Preambularmente, insta ressaltar que a Constituição de 1988 determina a adoção do sistema processual penal acusatório de maneira implícita, quando prescreve diversas garantias que beneficiam a pessoa do acusado (BRASIL, 1988). Aqui, cumpre citar os princípios norteadores da iniciativa instrutória, já estudados acima, como por exemplo o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa, o princípio do juiz natural e a presunção de inocência.

Ademais, nota-se a adoção do sistema acusatório quando a Constituição de 1988 confere de maneira exclusiva a função de promover a ação penal pública nas mãos do Ministério Público, nos termos do seu artigo 129, inciso I (BRASIL, 1988). Com efeito, depreende-se ser o sistema processual acusatório a garantia do julgamento justo e a própria essência da jurisdição, que consiste no julgamento por órgão não interessado e não envolvido na atividade de acusação ou de defesa (GRECO FILHO, 2016, p. 240).

Nesse contexto, os dispositivos do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) sofreram a necessidade de serem filtrados pela Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), passando por um controle de recepionalidade.

Todavia, a Lei nº 11.690/08 alterou, por exemplo, o artigo 156 do Código de Processo Penal, mantendo traços do sistema inquisitivo e ainda acrescentando o que é facultado ao juiz, de ofício. Nesse diapasão, depreende-se o retrocesso determinado pelo legislador que, ao invés de modificar a norma para se adequar aos novos parâmetros de garantias trazidos pela Constituição (BRASIL, 1988), manteve a gestão da prova nas mãos do magistrado, avigorando a atuação judiciária inquisitiva e imparcial.

Logo, o artigo 156 funda um sistema inquisitório, conforme aduz Aury Lopes Junior:

Nesse contexto, o art. 156 do CPP funda um sistema inquisitório, pois representa uma quebra, permitindo no inciso I que o juiz “de ofício”, ordene, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. (LOPES JUNIOR, 2014, p. 171).

Além disso, conforme elucida o referido autor, a nova redação do artigo em comento permitiu que, mesmo antes de iniciada a ação penal, o juiz determine a produção de provas de ofício, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida (LOPES JÚNIOR, 2014).

A despeito disso, infere-se a consagração do juiz-inquisidor, com poderes para, na fase de investigação preliminar, colher de ofício a prova que bem entender, para depois, no processo, decidir a partir de seus próprios atos. Decide primeiro, a partir da prova que ele constrói, e depois, no golpe de cena que se transforma o processo, formaliza essa decisão (LOPES JUNIOR, 2014, p. 171). Logo, a imparcialidade do julgador encontra-se completamente desfigurada nesse modelo legislativo atual, comprometendo a legitimidade dos julgamentos pelos Tribunais e acarretando desconfiância e insegurança nas pessoas da sociedade.

A imparcialidade do julgador, é importante dizer, trata-se da capacidade subjetiva do órgão jurisdicional, um dos pressupostos para a constituição de uma relação processual válida (CAPEZ, 2018, p. 64).

Destarte, de acordo com os ensinamentos de Aury Lopes Junior: “[...] não se pode pensar sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório, sob pena de incorrer em grave reducionismo.” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 170).

Noutro giro, importante registrar que o modelo acusatório, ora estudado, garante a imparcialidade do julgador, que é sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória (LOPES JUNIOR, 2014, p. 170).

Frisa-se, portanto, que a produção de prova *ex officio* rompe todo o sistema de garantias e a imparcialidade do julgador adotada pela Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), reerguendo traços inquisitivos, incompatíveis com o atual modelo do devido processo legal consagrado pelo sistema acusatório. Portanto, tal prática deve ser condenada por aqueles que prezam pela aplicação da Constituição (BRASIL, 1988) na forma sob a qual foi estruturada e não deixando que se dê interpretação diversa do que já se encontra claramente expresso em seu texto.

Apesar de todo o exposto ao longo do trabalho, é de se notar que, na prática, os magistrados tendem a adotar uma postura inquisitiva, acarretando jurisprudências inconstitucionais no que tange à iniciativa instrutória.

Vale destacar que, não obstante a alegação de que a prova de ofício não compromete a imparcialidade do magistrado, não se pode inferir neutralidade de julgador já comprometido com o processo a ponto de buscar provas como um investigador, independente de restar claro ou não sua intenção de beneficiar uma das partes. Todavia, ainda existem os que julgam de acordo com o devido processo legal.

Em suma, verifica-se a necessidade de afastamento do juiz no que concerne à iniciativa instrutória. O magistrado, garantidor de liberdades, não deve se contaminar invocando para si a produção de provas, sob o argumento de busca pela verdade real. Tal atitude prejudica, de sobremaneira, a imparcialidade do julgador.

A premissa de necessidade de busca pela verdade real não deve ser compreendida como justificativa para atos atentatórios à Constituição (BRASIL, 1988).

Registra-se que o sistema inquisitório cria a verdade real como algo inalcançável e mitológico, utilizando do acusado como um mero objeto de investigação dentro da verdade de um crime. No entanto, a verdade absoluta é sempre intolerante. O mito de que o processo busca a verdade real se encontra superado. A busca que se deve estabelecer seria pelo julgamento justo ao acusado (LOPES JUNIOR, 2014, p. 112)

Ademais, não se pode olvidar, que o princípio da presunção de inocência encontra-se ameaçado quando o juiz determina a produção de prova que não foi mencionada pelo Ministério Público, pois, por consequência, deverá agora o acusado se incumbir de provar seu estado de inocência, que restou comprometido por atitude ativista do juiz, que deveria, de acordo com o sistema acusatório, apenas julgar as informações e provas que são produzidas pelas partes.

Neste diapasão, insta esclarecer que a produção de prova de ofício pelo magistrado contraria o verdadeiro sistema acusatório, no qual o magistrado mantém uma posição de afastamento e assume uma posição de espectador, sem iniciativa probatória. Forma, assim, sua convicção por meio dos elementos probatórios trazidos ao processo pelas partes, e não dos quais ele foi atrás (LOPES JUNIOR, 2014, p. 362).

De acordo com o entendimento de Guilherme de Souza Nucci, o advento de um sistema acusatório puro, afastando-se completamente dos resquícios do trato inquisitivo, depende da edição de lei, pois somente os princípios constitucionais não são suficientes para comandar a instrução do feito, desde a ocorrência do crime até o trânsito em julgado da decisão condenatória (NUCCI, 2013, p. 41).

Sendo necessária ou não a edição de lei para estabelecer o sistema acusatório puro, é certo que, indubitavelmente, os preceitos constitucionais devem ser cumpridos por todos, principalmente por aqueles que detêm o poder de decidir sobre a vida alheia, não se podendo escusar do dever de cumprir o sistema acusatório que, queira ou não, encontra-se estipulado na Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) como garantia da democracia perante o processo penal brasileiro.

6 CONCLUSÃO

Diante do exposto, no presente artigo demonstram-se as garantias estabelecidas pela Constituição de 1988 e as práticas que a contrariam, salientando-se o modelo histórico vivenciado atualmente e os que anteriores acarretaram o sistema acusatório.

A definição do sistema processual penal acusatório se encontra diretamente ligado à gestão da prova. O sistema acusatório é marcado pela instrução probatória conferida às partes, afastando a postura ativa do magistrado nesse ponto, com o intuito de manter sua necessária imparcialidade. A análise do sistema processual penal acusatório auxilia a traçar o objetivo principal do estudo, sendo que diante dos princípios que norteiam a iniciativa instrutória do processo penal brasileiro, ressalta-se a relevância de se fazer cumprir tais princípios para a efetividade da justiça e fiscalização da atividade jurisdicional.

O princípio da presunção de inocência recebe destaque, pois além de existir divergência de entendimento jurisprudencial acerca de qual seria seu limite de aplicação, seu estudo compreende a lógica em que se estrutura o processo penal brasileiro.

A produção da prova no processo penal brasileiro que permite a atuação de ofício pelo magistrado não está de acordo com a Constituição de 1988. Por isso, necessário o estudo com maior cautela a partir da iniciativa instrutória do juiz no processo penal, levando-se à conclusão que os poderes instrutórios conferidos nas mãos do magistrado são uma característica que afrontam a estrutura do sistema processual acusatório e comprometem a garantia dos princípios constitucionais, gerando a figura de um juiz inquisidor.

Desse modo foram abordados os argumentos favoráveis à produção de prova de ofício pelo magistrado e a imparcialidade do julgador quando vai atrás de provas para realçar sua fundamentação acerca de determinado caso.

Foram explanados argumentos de autores que vão de encontro à produção de prova de ofício, argumentando no sentido de ser inconstitucional tal medida e ferir o sistema processual acusatório, além de esfacelar as garantias e princípios estabelecidos pela Constituição de 1988.

Demonstraram-se as mudanças legislativas que contribuiriam para que o sistema chegasse ao ponto em que se encontra. Constatou-se a adoção do sistema processual acusatório de forma implícita pela Constituição.

Ao final, se evidenciou o comprometimento da imparcialidade do julgador quando extrapola os seus limites de atuação.

O artigo 156 e outros do Código de Processo penal, que permitem a produção de provas de ofício pelo magistrado, devem ser considerados inconstitucionais, com o objetivo de frear injustiças e disparidades geradas pelo ordenamento infraconstitucional, assegurando ao acusado um processo democrático, sem resquícios de intolerâncias.

Assim, é evidente que, para garantir o cumprimento da Constituição de 1988 e das garantias estipuladas em conformidade com o Estado Democrático de Direito, não deve o juiz avocar para si a produção da prova e se tornar um juiz inquisidor, sob pena de condenar toda a sociedade ao retrocesso.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais [...]. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, ano 126, n. 191-A, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/DOUconstituicao88.pdf. Acesso em: 2 maio 2021.
- BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*: seção 1, Rio de Janeiro, p. 187, 31 dez. 1940.
- BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*: seção 1, Rio de Janeiro, p. 19699, 13 out. 1941.
- BRASIL. Lei nº 11.690, de 09 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, p. 5, 10 jun. 2008.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- FERNANDES, Antonio Scaranse. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Niterói: Impetus, 2011. 1 v.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MAGNO, Levy Emanuel. *Curso de processo penal didático*. São Paulo: Atlas, 2013.
- MARCÃO, Renato. *Curso de processo penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

17

CAPÍTULO

DA INSEGURANÇA PROCESSUAL DA DECISÃO DE IMPRONÚNCIA

GUILHERME TEIXEIRA MASCARENHAS DINIZ¹

TALITHA PEDRAS FIGUEIREDO CAMPOS DE CARVALHO SOUZA²

ADRIANO DA SILVA RIBEIRO³

RESUMO

O presente trabalho busca abordar o procedimento especial do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida e conexos, previstos no Código de Processo Penal. Trata-se de um procedimento bifásico, em que, ao final da primeira fase, o juiz poderá decidir de quatro maneiras distintas, podendo pronunciar, impronunciar, absolver sumariamente ou desclassificar a conduta. Far-se-á uma análise da decisão de impronúncia, perquirindo-a em conjunto com os princípios da presunção de inocência, do *in dubio pro reo*, da razoável duração do processo, do *ne bis in idem*, bem como em conformidade com a segurança jurídica, com o combate à inquisição judicial e ao estado de incerteza.

Palavras-chave: decisão de impronúncia; presunção de inocência; tribunal do júri; *in dubio pro reo*; igualdade processual.

ABSTRACT

The present work seeks to address the special procedure of the Jury Tribunal for the judgment of intentional crimes against life and related crimes, provided for in the Code of Criminal Procedure. It is a biphasic procedure, in which at the end of the first phase, the judge will be able to decide in four different ways, being able to pronounce, unspeak, briefly absolve or declassify the conduct. An analysis of the dismissal decision will be made, investigating it together with the principles of the presumption of innocence, in dubio pro reo, the reasonable duration of the process, the ne bis in idem, as well as in accordance with security, with the fight against the judicial inquisition and the state of uncertainty.

Keywords: *impronunciation; presumption of innocence; jury court; in dubio pro reo; procedural equality.*

1 Graduado em Direito pela Universidade Fumec. Advogado. E-mail: guilhermediniz_22@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9916777959168697>

2 Mestranda em Direito Público pela Universidade Fumec- Belo Horizonte/MG, pós-graduada em Direito Processual pela PUC Minas. Servidora efetiva e assessora no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. E-mail: talithapedras@yahoo.com.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6655847762998857>

3 Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA (2019). Mestre em Direito da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade FUMEC (2020). Editor Assistente e Responsável Técnico na Revista Meritum do PPGD/FUMEC. Associado, Coordenador Adjunto, Editor Chefe dos Periódicos e Diretor de Relações Institucionais do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Assessor Judiciário do TJMG. Professor Universitário. E-mail: adrianoribeiro@yahoo.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2662848014950489>. Publons: AAM-4092-2020. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-6658-3179>.

Como citar o presente artigo científico:

DINIZ, Guilherme Teixeira Mascarenhas; SOUZA, Talitha Pedras Figueiredo Campos de Carvalho; RIBEIRO, Adriano da Silva. Da insegurança processual da decisão de impronúncia. In: CAMARGOS, Laís Alves; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). Direito Processual Constitucional e sua Perspectiva Democrática. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2021, p. 282-299

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto a análise da decisão de impronúncia à luz dos princípios basilares do direito processual penal e das garantias e direitos fundamentais consagrados na Constituição de 1988 (CR/88), tais como presunção de inocência; razoável duração do processo; *in dubio pro reo*; *ne bis in idem*; segurança jurídica da coisa julgada; igualdade processual e paridade de armas (BRASIL, 1988).

A decisão objeto de estudo é proferida no procedimento do Tribunal do Júri, um procedimento bifásico. A primeira fase, denominada juízo da acusação, sumário da culpa, ou *judicium accusationis*; e a segunda fase, chamada de juízo da causa, ou *judicium causae*, quando serão julgados os crimes dolosos contra a vida e conexos.

A decisão de impronúncia se junta às decisões de desclassificação, absolvição sumária e pronúncia para compor a primeira fase. Ao fim desta, não estando o juiz convencido da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou participação, decide por impronunciar o réu. A impronúncia é uma decisão interlocutória mista terminativa, visto que não julga o mérito, tampouco faz coisa julgada material, tornando-a passível de mutação posterior em caso do oferecimento de nova denúncia ou queixa substitutiva, amparadas pelo advento de novas provas enquanto não precluir a pretensão punitiva do Estado.

Assim, o estado de incerteza que o acusado vivencia ao ser impronunciado decorre da possibilidade, ou não, do oferecimento de nova denúncia ou queixa substitutiva acerca do mesmo fato, enquanto não extinta a punibilidade pela prescrição em abstrato do crime. Essa situação se traduz em desarrazoada dilação probatória conferida ao Estado que se mostrou incompetente para obter elementos suficientes para a formação de culpa do acusado, bem como na ausência de previsão expressa na lei que garante ao acusado o direito de constituir provas durante o mesmo período para comprovar sua inocência, mostrando-se um flagrante desrespeito à presunção de inocência e ao *in dubio pro reo*.

Deste modo, utilizando-se o método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, com suporte em livros, teses e artigos, busca-se demonstrar que a impronúncia é herança de um processo penal punitivista, influenciado pela sistemática processual inquisitorial, resquício do contexto histórico em que foram editados os Códigos Penal (CP) e Processual Penal (CPP), fazendo com que a impronúncia esteja em desacordo com o novo processo penal de garantias constitucionais, dentro da Teoria do Processo Constitucional Democrático.

2 DO TRIBUNAL DO JÚRI NO BRASIL E SEU PROCEDIMENTO

A instituição do tribunal do júri está prevista na Constituição de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXVIII e alíneas, estando inserida no rol de direitos e garantias fundamentais (BRASIL, 1988), que apresenta os seguintes princípios: a plenitude de defesa; o sigilo das votações; a soberania dos veredictos, bem como a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida que, conforme determina o art. 74, §1º, CPP (BRASIL, 1941), estão elencados nos artigos 121, §§ 1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados.

Ademais, o procedimento do Tribunal do Júri abrange outros delitos, desde que conexos com um crime doloso contra a vida. O referido procedimento, em sua primeira fase é presidido por um juiz singular que poderá proferir uma das quatro decisões possíveis, quais sejam, pronúncia, impronúncia, absolvição sumária ou desclassificação. Caso a decisão seja de pronúncia, passa-se para a fase subsequente, quando o julgamento será pelo plenário do Júri, composto por vinte e cinco cidadãos, os jurados, dos quais sete são sorteados para formar o conselho de sentença. A segunda fase também será presidida por um juiz singular, o qual proferirá a sentença. Todavia, esta será exarada com fundamento nos quesitos respondidos pelos sete jurados.

O procedimento especial do Tribunal do Júri está disciplinado nos arts. 406 e 497 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), sendo o responsável pelo julgamento dos crimes dolosos contra a vida, tentados, consumados e conexos. O referido procedimento é dividido em duas fases: instrução preliminar ou sumário de culpa (*iudicium accusationis*) e julgamento de plenário (*iudicium causae*), razão pela qual é classificado como bifásico ou escalonado.

A primeira fase, em que ocorre o juízo de formação de culpa e que tem por objeto a fixação/delimitação da *res in iudicium deducta*, é conduzida pelo juiz sumariamente (BONFIM, 2009, p. 5). Nessa fase é conferido ao Estado o direito de impor ao acusado o julgamento colegiado perante seus pares em plenário.

A instrução preliminar está compreendida entre o recebimento da peça acusatória até a decisão de pronúncia irrecorrível, cabendo ao juiz sumariante, no que se refere à inicial acusatória, recebê-la ou rejeitá-la, nos termos do art. 395 CPP (BRASIL, 1941).

Importante aclarar que, no tocante à queixa-crime, será possível o oferecimento da mencionada peça acusatória nos casos de ação penal privada subsidiária da pública, em que, por inércia do Ministério Público, é assegurado ao ofendido ou seu representante legal o direito de peticionar no lugar do *parquet*. Tal direito está alocado no rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição de 1988, especificamente no art. 5º, inciso LIX (BRASIL, 1988) e no Código de Processo Penal, em seu artigo 81, no parágrafo único, traz importante regra de competência por conexão ou continência (BRASIL, 1941).

Após o recebimento da denúncia ou queixa pelo juiz togado, este deverá citar o réu para, obrigatoriamente, apresentar defesa escrita em dez dias, sendo que, na ausência desta, deverá o juiz nomear defensor para fazê-lo, sob pena de nulidade dos atos seguintes. Este será o momento para a defesa arrolar testemunhas juntada de provas e documentos, arguir toda matéria preliminar pertinente; sendo também, momento oportuno para formular eventuais exceções de incompetência e suspeição. Após a defesa escrita, deverá ser concedida vista ao Ministério Público e, em seguida, realizar-se-á a audiência una – novidade introduzida com Lei n. 11.689/2008 (BRASIL, 2008) –, com a oitiva do ofendido se o crime for tentado, testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, peritos, realização de acareações, interrogatório e debates orais (BRASIL, 1941).

A decisão do Juiz sumariante pode se traduzir em quatro possibilidades: pronúncia, em que o feito será enviado a plenário; desclassificação, se o delito não for de competência do júri; absolvição sumária, se provada a inexistência do fato, negativa de autoria ou de participação ou quando juiz entender pelo não cometimento de infração penal e, por último, decisão de impro-

núncia, quando o juiz não se convencer da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria e participação.

Por ter como objeto o estudo e demonstração da insegurança jurídica causada pela decisão de impronúncia, o presente artigo irá se ater até o fim do sumário de culpa, ou seja, a primeira fase do procedimento dos crimes dolosos contra a vida.

2.1 PRONÚNCIA

A pronúncia é uma decisão mista interlocutória não terminativa, visto que não julga o mérito, não condena nem absolve, encerrando a primeira fase do procedimento, sumário de culpa, e não o julgamento. Trata-se de decisão combatida por meio de recurso em sentido estrito e está prevista no art. 413 do CPP (BRASIL, 1941).

Há, na pronúncia, mero juízo de admissibilidade, vigorando erroneamente o *in dubio pro societate* (princípio contrário à tutela prevista na CR/88 e ao sistema acusatório), por meio do qual, sem valorar o mérito, o magistrado deverá acolher ou refutar a acusação, entendendo o juiz sumariante pela existência do crime e por estarem presentes indícios suficientes de autoria ou participação, devendo, de forma fundamentada, pronunciar o acusado, sendo também possível que seja proferida decisão de pronúncia em sede de juízo de retratação em recurso em sentido estrito interposto contra decisão desclassificatória, ou por decisão de tribunal em sede de apelação contra decisões de impronúncia e absolvição sumária.

Conforme afirma Renato Brasileiro de Lima, na pronúncia: "Julga-se admissível o *ius accusationis*. Restringe-se à verificação da presença do *fumus boni iuris*, admitindo todas as acusações que tenham ao menos probabilidade de procedência" (LIMA, 2018, p. 1377).

2.2 DESCLASSIFICAÇÃO

Preceitua o art. 419 do CPP (BRASIL, 1941) que, quando o magistrado entender ser o crime diverso do capitulado na peça acusatória, não estando entre os elencados no art. 74, §1º do CPP (BRASIL, 1941), terá que remeter os autos ao juiz competente para julgamento da matéria. O juiz sumariante deverá se ater a apontar a inexistência do cometimento de crime doloso contra a vida, ficando a cargo do juiz singular ao qual o feito foi remetido dar a correta classificação.

A decisão de desclassificação pode operar tanto para crime menos grave, como, por exemplo, ser o entendimento de que o crime de homicídio ocorreu em sua forma culposa, como para delito mais grave, em caso de eventual roubo com resultado morte, conforme previsto no art. 157, §3º, II, CP (BRASIL, 1940). A decisão de desclassificação pode ocorrer na primeira fase, ou até mesmo em plenário, se o acusado for pronunciado e os jurados entenderem que não se trata de crime doloso contra a vida. Assim, destaca-se o disposto no art. 419 do CPP, que trata da decisão de desclassificação na primeira fase do procedimento dos crimes dolosos contra a vida.

A decisão de desclassificação pode ser rotulada como imprópria, quando o delito desclassificado ainda é de competência do tribunal do júri, como na hipótese em que o acusado foi denunciado por infanticídio e pronunciado por homicídio.

Por outro lado, denomina-se própria quando a desclassificação ocorre para delito cuja competência não é do tribunal do júri, ou seja, quando o réu é denunciado por homicídio doloso, porém agiu de maneira culposa, o que faz com que o juiz decline o feito para o magistrado competente para o julgamento.

O recurso pertinente para opor-se à decisão de desclassificação é o recurso em sentido estrito, previsto no art. 581, II, CPP, sendo, portanto, um julgamento de incompetência do juízo e cabível juízo de retratação, conforme estabelece o art. 589, *caput*, CPP (BRASIL, 1941).

No tocante aos crimes conexos, não caberá ao juiz sumariante o julgamento dos feitos se absolver sumariamente, impronunciar ou desclassificar o delito de sua competência, devendo remeter os autos ao juízo competente para julgar a matéria.

Por fim, indispensável apontar que a desclassificação própria ocorrida em plenário, ou seja, na segunda fase do procedimento – a qual não será abordada no presente trabalho pelos motivos já elencados, mas apenas a título de esclarecimento, já que discorrido sobre a decisão de desclassificação –, no tocante à prescrição, como informa a súmula nº 191 do Superior Tribunal de Justiça, tem-se que a pronúncia permanece como marco interruptivo do prazo prescricional, apesar do Conselho de Sentença entender por desclassificar o delito em julgamento: “A pronúncia é causa interruptiva da prescrição, ainda que o Tribunal do Júri venha a desclassificar o crime.” (BRASIL, 1997).

Ademais, importante salientar ainda que, caso exista a desclassificação na segunda fase do procedimento do Tribunal do Júri, se o acusado estiver sendo julgado por crime doloso contra a vida e por crime comum conexo, havendo absolvição em relação ao primeiro, caberá aos jurados apreciar a responsabilidade do acusado em relação ao outro, uma vez que, ao julgarem o mérito da infração de competência do júri, entenderam-se competentes para a análise das demais. Em caso de desclassificação do crime doloso contra a vida, porém, o crime conexo de natureza diversa será julgado pelo juiz-presidente, conforme dispõe o art. 492, §2º, CPP (BRASIL, 1941).

2.3 ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA

Prevista no art. 415 e seus incisos do CPP, preceitua que o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando: “I- provada a inexistência do fato; II- provado não ser o acusado autor ou partícipe do delito; III- o fato não constituir infração penal e IV- presente alguma causa de exclusão do crime ou isenção da pena” (BRASIL, 1941). A hipótese prevista no inciso IV do referido dispositivo se aplica ao caso de inimputabilidade descrito no *caput* do art. 26 Código Penal tão somente se for a única tese defensiva.

A absolvição sumária, portanto, é uma decisão que analisa o mérito, por meio da qual o juiz singular julga improcedente o pedido da acusação contido na denúncia, se presentes as causas elencadas no parágrafo anterior, absolvendo antecipadamente o acusado e, consequentemente, mitigando a soberania do veredicto do júri, visto que o julgamento ali se encerra. Tal decisão é combatida pelo recurso de apelação.

Necessário apontar as mudanças ocorridas com a reforma processual advinda da Lei n. 11.689/2008 (BRASIL, 2008), quais sejam: extinção do recurso *ex officio* da sentença absolutória e ampliação de sua incidência, além das causas excludentes de ilicitude e culpabilidade que

foram acrescentadas às hipóteses dos incisos I, II e III, e revogação do inciso VI do art. 581 do CPP (BRASIL, 1941), que previa como cabível a interposição de recurso em sentido estrito contra a absolvição sumária (BRASILEIRO, 2018, p. 1372).

O recurso de ofício, herança do direito português aqui recepcionado, visava controlar o poder dos juízes de tal maneira que o supramencionado recurso deveria ser reconhecido pelo monarca, através dos ouvidores da corte (RANGEL, 2018, p. 669; TOURINHO FILHO, 2001, p. 323-324).

Este reexame necessário, denominação mais adequada do que recurso de ofício, já que juiz não tem o poder de recorrer, é antagônico ao sistema acusatório e fere o princípio da inércia de jurisdição, sendo sua supressão, ainda que em partes e embora tardia, correta. Ademais, frisa-se que o duplo grau obrigatório ainda está previsto no art. 574, II, do CPP).

Voltando ao art. 415 do CPP (BRASIL, 1941), com a redação dada pela Lei n. 11.689/2008 (BRASIL, 2008), merece destaque o texto do inciso II qual seja: "provado não ser ele autor ou partícipe do fato". Assim, importante frisar a diferença com a decisão de impronúncia, já que a absolvição sumária exige pleno convencimento, verdadeiro juízo de certeza da não autoria delituosa por parte do acusado, enquanto a impronúncia é pertinente quando não há indícios suficientes de autoria ou participação (LIMA, 2018, p. 1374).

A decisão absolutória difere da impronúncia em sua natureza jurídica, pois aquela, além de encerrar a fase sumária do procedimento dos crimes dolosos contra a vida, faz coisa julgada formal e material, visto que o juiz togado adentra o mérito. Ademais, aqui se encontra verdadeiramente a aplicação do *ne bis in idem*, visto que, operando-se o trânsito em julgado da decisão que absolve o acusado, este não poderá ir para o banco dos réus em virtude da mesma impugnação, ainda que surjam novas provas sobre o mesmo fato.

A absolvição sumária em relação aos crimes conexos impõe ao magistrado da primeira fase procedimental o dever de se circunscrever à jurisdição do crime doloso contra a vida, não devendo fazer qualquer juízo de valor acerca do crime conexo, que é, conseqüentemente, incompetente para julgar. Deve, o juiz, portanto, após trânsito em julgado da decisão que absolve sumariamente o acusado, remeter os autos da infração conexa ao juízo competente.

2.4 IMPRONÚNCIA

A decisão de impronúncia se encontra prevista no art. 414 do CPP e dispõe que, o juiz sumariante deverá impronunciar o acusado caso não se convença da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou participação no delito; repousando principalmente em seu parágrafo único desarrazoada previsão legal, um dos pilares deste estudo (BRASIL, 1941).

Em breve análise, a nova redação do art. 414 CPP (BRASIL, 1941), advinda da reforma processual introduzida pela Lei n. 11.689/2008 (BRASIL, 2008), corrigiu, revogando, o que equivocadamente determinava art. 409 do CPP (BRASILEIRO, 2018, p. 1362).

Com arrimo no supramencionado artigo e pretérita lei acima descrita, havia a figura da impronúncia absolutória, visto que, à época, se houvesse prova da não existência do fato, da participação, da autoria e da tipicidade, era incabível a figura da absolvição sumária, devendo o

acusado ser impronunciado nestes casos, já que a absolvição sumária só era cabível nas hipóteses de excludentes de ilicitude e culpabilidade (BRASILEIRO, 2018, p. 1363).

A impronúncia não julga o mérito – questão afeta ao plenário –, sendo decisão de natureza interlocutória mista terminativa, portanto não há de se falar em improcedência ou procedência do pedido ministerial. Ademais, impronunciado o acusado, não há réu. O indivíduo somente retornaria à condição de réu se admitida nova denúncia ou queixa por parte do juiz sumariante.

Por meio da impronúncia, entende o juiz ser inadmissível a pretensão acusatória do Ministério Público, gerando mera coisa julgada formal; sendo possível futura apreciação do *meritum causae*, caso surjam novas provas nos termos do art. 414, parágrafo único do CPP (BRASIL, 1941). A decisão de impronúncia possui natureza interlocutória, por não julgar o mérito, leia-se a culpa ou não do acusado; mista, porque coloca fim a uma fase do procedimento; e terminativa, por extinguir o processo sem que o feito seja levado à segunda fase do procedimento.

A decisão de impronúncia, prevista no art. 414, CPP (BRASIL, 1941), em seu parágrafo único encampa a cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, admite a mutação da decisão de impronúncia, com o surgimento de novas provas desde que mantidos os pressupostos fáticos originários, sendo possível, assim, a repositura da ação (BRASILEIRO, 2018, p. 1363).

No tocante às novas provas, conforme entendimento de Renato Brasileiro de Lima e Luiz Flavio Gomes, são substancialmente novas àquelas que inexistentes ou ocultas até então ou as formalmente novas as pré-existentes que mudam seu conteúdo (BRASILEIRO, 2018, p. 1363; GOMES, 2011).

Em relação aos crimes conexos, pouco difere a impronúncia das demais decisões possíveis no sumário de culpa do tribunal do júri, devendo o juiz se abster da análise do delito conexo e, precluindo a decisão de impronúncia, os autos deverão ser remetidos ao juízo competente para apreciação.

O recurso cabível contra decisão de impronúncia, após a Lei nº 11.689/08 (BRASIL, 2008) passou a ser o de apelação, sendo que, anteriormente, a decisão era combatida por meio de recurso em sentido estrito: “Art. 416 do CPP. Contra a sentença de impronúncia ou de absolvição sumária caberá apelação.” (BRASIL, 1941).

A rigor, ao menos para a classificação de atos judiciais, não se pode incluir a decisão de impronúncia entre as sentenças propriamente ditas. Tratar-se-ia, ao contrário, de decisão interlocutória mista, porque encerra o processo, sem, porém, julgar a pretensão punitiva, ou seja, sem implicar a condenação ou a absolvição do acusado.

No entanto, como a classificação dos atos processuais observa a teoria dos recursos, isto é, a identificação dos recursos cabíveis, deve-se incluir a decisão de impronúncia entre as sentenças, unicamente em atenção à opção legislativa art. 416 CPP, cujos termos indicam que “contra a sentença de impronúncia e de absolvição sumária caberá apelação” (BRASIL, 1941). E, como se sabe, não há apelação contra decisões interlocutórias (PACELLI, 2012, p. 720).

Por último, insta menção à bifurcação em que se encontra o impronunciado, vez que poderá recorrer da decisão em busca de um fim para seu suplício buscando a efetiva justiça, mesmo que possa se expor à eventual reforma no sentido de seu pronunciamento e seguinte prosseguimento ao plenário.

Sobre o tema, Távora e Fábio Roque Araújo prelecionam que “o próprio réu pode ter interesse em recorrer da impronúncia, com o objetivo de obter de imediato a absolvição sumária, sagrando-se inocente” (TÁVORA; ARAUJO, 2010, p. 512).

A impronúncia, portanto, é um dos desfechos possíveis na primeira fase do Tribunal do Júri e submete o acusado ao incerto, uma vez que não conclui efetivamente o julgamento.

2.5 DESPRONÚNCIA

De forma breve, mas necessária de esclarecimento, despronúncia é a decisão do juiz – em sede de juízo de retratação, quando interposto recurso em sentido estrito –, que resulta na impronúncia do réu. Também consiste na decisão do tribunal – na hipótese de julgamento de recurso em sentido estrito interposto contra decisão de pronúncia –, que afasta a competência do tribunal do júri, impronunciando, absolvendo sumariamente ou desclassificando a conduta do acusado, caso entenda não ter sido praticado crime doloso contra a vida (BRASILEIRO, 2018, p. 1364).

3 A INSEGURANÇA JURIDICA DA IMPRONÚNCIA

Enfim, chega-se ao tema objeto da presente pesquisa, qual seja, a insegurança que sofre o acusado ao ter proferida em seu caso uma decisão de impronúncia.

Ora, a decisão de impronúncia é, ou deveria ser, estranha ao processo penal de garantias constitucionais, já que se trata de verdadeira premiação à incompetência da polícia judiciária e do Ministério Público que, ao não ser exitoso em amparar suas acusações em fatos e provas, é agraciado com uma dilação probatória inexistente em qualquer seara do ordenamento jurídico vigente, sendo que, no caso do órgão acusador, mesmo diante de inexistência de indícios suficientes de autoria e/ou materialidade, ainda assim se arvorou a oferecer uma denúncia que não se ampara no princípio da obrigatoriedade.

No tocante aos crimes do procedimento especial do Júri, especificamente quanto à impronúncia, tal benesse poderá significar em até vinte anos de espera, visto que, na prática, apenas a extinção da punibilidade pela prescrição dará fim a este suplício.

Diante da decisão de impronúncia, a acusação fica em uma posição favorável, ao contrário do suposto autor, da vítima, seus familiares e testemunhas, os quais buscam apenas a jurisdição efetiva, célere e justa para dar fim a um episódio certamente traumático ou um novo começo em suas vidas.

Ademais, estão sujeitos também todos aqueles servidores que, por anos, irão manusear ou simplesmente se deparar dentre tantos, com mais um volume de processo que certamente encontrará o refúgio empoeirado de alguma prateleira, se juntando a tantos outros que por diversas razões materializam aos olhos dos que não cegos, a falência estatal.

Neste sentido, Nestor Távora e Fábio Roque Araújo advertem que:

A decisão de impronúncia reconhece a falência procedimental, por absoluta ausência de êxito na primeira fase do júri. Isso porque não foi levantado lastro probatório suficiente que viabilizasse a pronúncia, e por não se ter chegado a um juízo de certeza necessário justificador da absolvição sumária (TÁVORA; ARAUJO, 2010, p. 512).

A extinção da punibilidade, remédio *in casu* para o absurdo, rege-se pela prescrição em abstrato do crime, sendo nos crimes de homicídio simples e qualificado – grande maioria – de vinte anos., nos termos dos artigos 107 e 109, ambos do Código Penal (BRASIL, 1940).

Não causa estranheza que tal desajuste legislativo tenha se mantido em vigor após a reforma de 2008, visto que, para alguns legisladores e estudiosos garantistas, o procedimento é um fim em si, pouco valorando os princípios e garantias que regem e norteiam um direito mais efetivo, justo e progressista.

Motivo de alegria para os criminosos de carreira que, vez ou outra, autores ou não dos delitos são agraciados com a impronúncia, se entristecem os inocentes que vivem em estado de incerteza, com a pecha discriminatória de estar envolvido em tal circunstância e que não encontram um fim para sua história.

O instituto da impronúncia fere diretamente os princípios que a seguir serão estudados, como razoável duração do processo, igualdade processual, *ne bis in idem*, *in dubio pro reo*, dignidade da pessoa humana e presunção de inocência.

Em uma realidade caótica jurisdicional, em que há verdadeiro sucateamento da polícia judiciária, demanda exponencial do Judiciário, beira o absurdo achar que irão surgir novas provas que embasarão novas denúncias/queixas sobre o mesmo fato.

Paulo Rangel (2010) milita pela inconstitucionalidade do instituto processual da impronúncia. Aduz que:

[...] no Estado Democrático de Direito, não se pode admitir que se coloque o indivíduo no banco dos réus, não se encontre o menor indício de que ele praticou o fato e, mesmo assim, fique sentado, agora, no banco do reserva, aguardando ou novas provas ou a extinção da punibilidade. (RANGEL, 2010, p. 644).

Nesse sentido, complementa o mesmo autor, ser o processo penal um moderno instrumento de garantia e não de punição (RANGEL, 2010, p. 644).

Por fim, Paulo Rangel conclui que “entendemos que a decisão de impronúncia é inconstitucional e não deve ser mais proferida, e se for proferida, quando surgirem novas provas de inocência do acusado deve ser usada revisão criminal para absolvê-lo” (RANGEL, 2010, p. 527). Portanto, a Impronúncia e seus aspectos devem ser repensados, visando a maior observância dos princípios e garantias constitucionais.

3.1 A IMPRONÚNCIA E A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

O princípio da razoável duração do processo é limítrofe à efetiva prestação da tutela jurisdicional do Estado, que cabe balancear a forma como o cidadão é submetido à jurisdição, que há de ser suficiente para apreciação e elucidação a contento dos fatos, contudo, necessariamente, deve socorrer em tempo hábil os que dela necessitam, devendo a lei não apenas prever prazos para prática de atos procedimentais, como também sanções e efeitos decorrentes de sua inobservância.

Uma definição do que seria tempo razoável sempre carregará certa dose de relatividade, já que cada um percebe o tempo à sua maneira, cada caso possui suas peculiaridades, sendo missão ingrata e interminável a busca por objetivar o subjetivo.

A subjetividade do que seria tempo razoável é objeto de análise há séculos, inclusive por Einstein em sua Teoria da Relatividade, como bem cita Aury Lopes Jr: “[...] opera-se uma ruptura completa dessa racionalidade, com o tempo sendo visto como algo relativo, variável conforme a posição e o deslocamento do observador, pois ao lado do tempo objetivo está o tempo subjetivo” (LOPES JUNIOR, 2016, p. 73).

O princípio, por caminhar junto com o devido processo legal, se encontrava de forma implícita no ordenamento pátrio, todavia, seria inserido, de fato, com o Decreto Legislativo n. 226/1991 (BRASIL, 1991), que recepciona tardiamente o texto legal do Pacto de São José da Costa Rica (NICOLITT, 2014, p. 36). Cabe destacar o que preceitua a CR/88 em seu art. 5º, §2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (BRASIL, 1988).

Posteriormente, o princípio da razoável duração do processo foi reafirmado, ganhando contornos de garantia constitucional ao ser acrescido pela Emenda Constitucional n. 45 no art. 5º, LXXVIII da CR/88 (BRASIL, 1988), que, apesar de seu reiterado descumprimento, ganhou mais força na tutela pela defesa da adequada prestação jurisdicional e preceitua que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988).

André Nicolitt, em sua obra “A duração razoável do Processo” cita Miguel Reale Jr. acerca do tema: “Miguel Reale Jr. adverte que não há nada pior que a injustiça célere, que é a pior forma de denegação da justiça. Por outro lado, o excesso de tempo na prestação jurisdicional traduz-se em verdadeira sonegação de justiça” (REALE JUNIOR apud NICOLITT, 2014, p. 29).

Ademais, a razoável duração do processo aparece em diferentes documentos normativos. No Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, em seu artigo 14, §3º: “[...] §3º Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] 3- A ser julgada **sem dilações indevidas**” (BRASIL, 1992a, grifo nosso). A mencionada garantia também é abarcada na Convenção Americana de Direitos Humanos, segundo a qual:

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser **julgada em prazo razoável** ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (BRASIL, 1992b).

A razoável duração do processo vem como norte na relação jurisdição-jurisdicionado, assegurando a razão de ser do devido processo, qual seja, o direito à prestação efetiva da justiça. Em se tratando da seara penal, se mostra mais temeroso o desrespeito a esse princípio, tornando imperioso ao operador do direito buscar o adequado equilíbrio da demanda judicial para com as leis e a realidade penosa dos órgãos do judiciário.

O lapso temporal desarrazoado sem a definição do feito gera consequências gravíssimas, seja por falta de estrutura, ineficácia legal ou até condescendência de servidores, não fosse, não sealaria em prescrição, preclusão, decadência e sanções para os que se escoram na litigância de má-fé. Há, por exemplo, a criminalização da prática por integrantes do serventualismo público quando o fazem para satisfazer interesse ou sentimento pessoal no art. 319 CP, bem como o disposto nos artigos 799 e 801 do CPP.

No tocante ao direito penal, a não observância desse preceito fragiliza a *persecutio criminis*, vez que o tempo pode levar consigo elementos imprescindíveis de provas e lembranças acerca do testemunho do fato ali investigado, enfraquecendo a lisura de todo o procedimento, dando maior margem à condenação de um inocente ou a absolvição do culpado por razões estranhas àquelas constantes nos autos.

É direito do cidadão ter conhecimento, na medida do possível, da duração do processo em que está envolvido. A própria legislação, é bem verdade, não se furta disso. Por inúmeras vezes, é estabelecido o dever funcional de observância dos representantes da jurisdição, seja na prolação de sentenças, na conclusão de um inquérito policial ou até mesmo na duração de um procedimento, inclusive no procedimento dos crimes dolosos contra a vida, que deverá terminar a primeira fase em noventa dias: "Art. 412 O procedimento será concluído no prazo máximo de 90 (noventa) dias" (BRASIL, 1941).

Repousa neste exemplo o outro lado da moeda, uma vez que o prazo razoável do processo descrito em lei também pode ser entendido como menor do que o necessário, em razão da complexidade do caso.

Nos casos do procedimento do júri, conclusão de inquéritos e sentenças, a dilação de prazo – uma exceção que se tornou a regra no âmbito dos órgãos públicos que, por muitas vezes, se encontram com estrutura precária e falta de servidores, secretarias tomadas por montanhas de processos, delegacias em situação de penúria, nas quais os policiais sequer recebem seu salário ou possuem ferramentas adequadas para a investigação isenta e precisa – se tornou inseparável da prática forense.

O direito penal não pode se furtar da tutela das garantias mais nobres do ser humano, a liberdade e a dignidade da pessoa humana, uma vez que o simples envolvimento em procedimento penal, por si só, gera constrangimento. O estado de incerteza, por conseguinte, viola a presunção de inocência, levando à estigmatização de quem sequer consegue provar sua ausência de culpa. O prolongamento do estado de incerteza se traduz em angústia, danos irreversíveis e imposição de pena ao acusado que, de fato, não fora condenado até o momento por nada.

A limitação temporal do *ius puniendi* é alicerce do Estado Democrático de Direito, é ancora do ímpeto arbitrário estatal, sendo corolário incontestado do princípio da legalidade. Urge, portanto, equacionar a celeridade com a obediência às garantias fundamentais. A imposição de limites é indissociável da organização comportamental de uma sociedade funcional, seja na

educação, no convívio social, no desenvolvimento saudável de uma civilização, sendo o processo e seus aspectos meras ferramentas formalizadoras do direito material, não devendo jamais se sobrepor aos princípios e garantias fundamentais.

3.2 A IMPRONÚNCIA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Historicamente, o princípio da presunção de inocência surgiu durante o Iluminismo europeu como ferramenta para combater o sistema inquisitorial vigente à época, em um contexto de revolta contra o absolutismo e ausência de quaisquer garantias ao acusado, fazendo com que a população ficasse à mercê da arbitrariedade dos que detinham o poder. (RANGEL, 2010, p. 25). Após a Revolução Francesa, surge na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu art. 9º: “Todo o homem é considerado inocente, até ao momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei” (DECLARAÇÃO..., 1789).

O debate acerca da presunção de inocência está em voga diante da instabilidade do Supremo Tribunal Federal em se decidir acerca da legalidade ou não da prisão em segunda instância. O Judiciário, que era, há pouco, considerado uma das únicas instituições sólidas da nação, vê sua credibilidade se esvaír junto com as crises infantis egocêntricas de alguns de seus membros que, simplesmente, não mais conseguem controlar os seus ímpetos legislativos transitórios, levando ao ralo sua respeitabilidade e a custosa e rara segurança jurídica, da qual devia ser sua maior guardiã.

Em que pesem mudanças no corpo de ministros no decurso do tempo, há quem “parece” agir por conveniência, mostrando alarmante distanciamento com a realidade, com os jurisdicionados e com a estabilidade jurídica, mesmo se tratando, provavelmente, do princípio maior do direito penal.

O princípio da presunção de inocência está acautelado no art. 5º, LVII da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), segundo o qual ninguém é culpado até que se prove o contrário com o trânsito em julgado da decisão condenatória. O referido princípio é violado pela decisão de impronúncia, a qual não condena nem absolve o acusado, não dá fim ao processo, e simplesmente deixa em “*stand by*” todos os envolvidos, apesar de todo o aparato estatal já dedicado ao julgamento do feito.

É princípio pacificador social, que leva a população a confiar e não temer a justiça, como bem afirma Aury Lopes Jr:

Se é verdade que os cidadãos estão ameaçados pelos delitos, também estão pelas penas arbitrárias, fazendo com que a presunção de inocência não seja apenas uma garantia de liberdade e verdade, senão também uma garantia de segurança (ou de defesa social), enquanto segurança oferecida pelo Estado de Direito e que se expressa na confiança dos cidadãos na Justiça. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 236 apud BONI; CHAVES JUNIOR, 2013, p. 7).

Com a presunção de inocência, garante-se que ao acusador cabe o dever de provar o alegado, e assegura ao acusado a desnecessidade de fazer prova de sua inocência, preceito basilar da verdadeira justiça, vez que o Estado detém o aparato para investigar, angariar provas e formar a culpa do acusado perante o juízo.

Restando incerteza, ausência probatória, deve-se observar o princípio em conjunto com o *in dubio pro reo*, não se falando jamais, neste caso, no *in dubio pro societates*. O último é vestígio de um processo penal inquisitório em que se buscava, por meios transversos, sempre a condenação, e não a justiça propriamente dita.

3.2.1 PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO

O princípio do *in dubio pro reo*, também conhecido como *favor rei*, é uma das mais importantes seguranças conferidas pelo Estado Democrático de Direito ao ordenamento jurídico, e decorre da máxima principiológica que se presume inocente aquele que não condenado por decisão transitada em julgado.

O *favor rei*, diante do binômio – direito de acusar e direito a se defender –, visa proteger o bem maior, a liberdade e, simultaneamente, limitar o poderio persecutório do Estado. O princípio impõe dever ao juízo, diante da insuficiência de lastro probatório que suporte acusação, decidir favoravelmente ao réu.

Este princípio surge também quando o juiz, ao observar prescrição ou nulidade, a declare em benefício do acusado, estando presente em vários dispositivos do Código de Processo Penal, tais como o já mencionado art. 386, VI, CPP, que apregoa o dever de o juiz absolver o réu caso não exista prova suficiente para a condenação, e também o art. 615 CPP.

Em suma, repousa nesse princípio o sopesar do Juízo, vez que estando diante de provas, permanecendo a dúvida, deverá absolver o acusado, somando-se à máxima do direito de que é melhor o risco de um culpado em liberdade do que um inocente atrás das grades.

3.2.2 A IMPRONÚNCIA E SEUS EFEITOS

Como já demonstrado, a impronúncia submete o acusado ao estado de dúvida, incerteza sobre sua condição, além de perpetuar a angústia, uma vez que não o condena nem o absolve, não resolvendo o processo.

Todavia, há desdobramentos da decisão de impronúncia na seara civil, vez que a decisão possui caráter procedimental, não fazendo coisa julgada material. Sendo assim, não há que se falar da decisão de impronúncia como título executivo judicial (RANGEL, 2010, p. 650), não obstante a incerteza quanto à autoria ou inexistência de provas, surge para a vítima o direito de reivindicar no juízo cível reparo aos danos sofridos, ou seja, ainda que o impronunciado seja inocente, poderá ter que lidar com outra demanda judicial.

3.2.3 A IMPRONÚNCIA E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE PROCESSUAL

Como já mencionado, a decisão de impronúncia tem natureza de decisão interlocutória mista terminativa, que, apesar de ser proclamada por sentença, não possui condão de fazer coisa julgada material, tão somente coisa julgada formal, passível de modificação posterior, caso prova estranha aos autos surja como arrimo de nova denúncia ou queixa-crime, ou seja, confere à acusação nova oportunidade para, desta vez, ser competente e conseguir provar o que alega.

Todavia, não há previsão explícita acerca da possibilidade de o acusado, durante o melancólico período em que está submetido ao estado de incerteza, provar sua inocência, caso sobrevenham provas que lhe garantam absolvição sobre o que lhe é imputado.

A Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), no *caput* do art. 5º, assegura a igualdade sem distinção entre todos perante a lei, certamente abrangendo a isonomia processual (TUCCI, 2011, p. 69), já que a paridade de armas é coluna vertebral da plenitude e da ampla defesa. Ainda que existam legítimas desigualdades, como prazos processuais diversos em casos específicos para Fazenda Pública, Defensoria Pública, dentre outros, a legislação acerca da decisão de impronúncia é claramente omissa, vez que sequer possibilita ao acusado perquirir provas e se livrar das amarras impostas pelo estado de insegurança.

A problemática é pouco debatida na doutrina, que aponta como solução desdobramentos como o uso analógico da Revisão Criminal. Como defende Paulo Rangel, em que pese a revisão criminal servir para combater decisão que fez coisa julgada material.

A primeira, que defendemos, no próprio processo penal, aplicando-se a analogia, a ação de revisão criminal. Se a ação revisional tem como escopo reparar um erro judiciário, reconstruindo e resgatando a dignidade da pessoa humana que foi vítima da instauração de um processo penal injusto, não há porque não permitir que se utilize dessa ação para desfazer a coisa julgada que informa a decisão de impronúncia, pois naquele processo o juiz nada mais pode fazer, tanto que, surgindo novas provas, deve ser reaberto novo processo contra o réu. (RANGEL, 2010, p. 645).

Consoante explica Paulo Rangel, apesar de entender a razão de ser da Revisão criminal, o uso da analogia seria pertinente à luz dos princípios constitucionais, pois “do contrário, iremos consagrar uma injustiça e só admitiremos novas provas de culpabilidade do réu, autorizando assim, reabertura do processo de pretensão acusatória e não de pretensão liberária” (RANGEL, 2010, p. 645).

Veja-se o disposto no art. 621 do CPP, em seu inciso III:

Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

[..]

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena. (BRASIL, 1941).

In casu, não se fala na possibilidade de impor a absolvição sumária como solução para a problemática, vez que esta só opera em casos de certeza plena do juízo quanto à inexistência da infração penal, prova inconteste de que o acusado não foi autor ou partícipe, ou o fato não constituir delito. A impronúncia tem como cerne a dúvida quanto à materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou participação pelo acusado.

Outra solução seria a aplicação do disposto art. 386, inciso VII do CPP, que encampa, ao contrário da decisão de impronúncia, verdadeira proteção ao princípio da presunção de inocência, acarretando a possibilidade de equilíbrio processual, senão veja-se: “Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça [...] VII – não existir prova suficiente para a condenação.” (BRASIL, 1941).

Vale reflexão sobre o desarranjo na legislação criminal. A absurda possibilidade de um autor de latrocínio – previsto no 157, §3º, II do CP (BRASIL, 1940), cuja pena é de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos e multa, crime mais reprovável que um homicídio simples art. 121 CP (BRASIL, 1940) com pena de 6 (seis) a 20 (vinte) anos, já que a motivação na morte de alguém está no ganho patrimonial –, gozar da observância do *in dubio pro reo* e da presunção de inocência enquanto o acusado, julgado por procedimento especial dos crimes dolosos contra a vida, se vê tolhido desta premissa elementar do direito.

Portanto, a isonomia processual funciona como contrapeso garantidor da lisura procedimental, buscando equilibrar a relação naturalmente desequilibrada entre a máquina estatal – *ius puniendi* – e o acusado – *ius libertatis* –, dando a ambos, na medida do razoável, iguais chances de obter êxito em suas pretensões, sendo inconcebível e inconstitucional, a dilação probatória única e exclusiva da acusação, leia-se estado de incerteza gerado pela decisão de impronúncia.

4 A IMPRONÚNCIA E O PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*

O princípio do *ne bis in idem* consiste na vedação ao Estado de processar e julgar o acusado duas vezes pelo mesmo fato, sendo a condenação ou absolvição anterior fato impeditivo à nova apreciação judicial nos mesmos termos do processo findo.

Mais uma contribuição do iluminismo, que visava combater o poder extremado concedido ao Estado Absolutista e buscava dar um fim ao processo, evitando a perseguição *ad eternum* e a reabertura conveniente de casos já concluídos (BONI; CHAVES JÚNIOR, 2013, p. 10).

O princípio se encontra no seio da coisa julgada, garantindo a segurança jurídica, e aparece no outrora mencionado Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos das Organizações Unidas que, em seu art. 14, número 7, determina: “Ninguém poderá ser processado ou punido por delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e com os procedimentos penais de cada país” (BRASIL, 1992a).

É também mencionado na Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, em seu art. 8, número 4, alocado como garantia fundamental que preceitua: “4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos” (BRASIL, 1992b).

A impronúncia prevista no art. 414 CPP (BRASIL, 1941) permite novo julgamento acerca do mesmo fato, permitindo, assim, até a extinção da punibilidade, oferecimento de denúncia ou queixa, desrespeitando frontalmente o princípio do *ne bis in idem* e, como consequência, inobservando a vedação da revisão *pro societate*, agraciando o acusador inapto com oportunidade de refazer seu trabalho.

5 CONCLUSÃO

Ao término do presente estudo, conclui-se que a decisão de impronúncia, presente na primeira fase do Procedimento do Tribunal do Júri, colide com os princípios e garantias elencados na Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), que orientam o legislador na edição da matéria Penal e Processual Penal.

Em um sistema acusatório, não se pode fechar os olhos para a latente discrepância legal que a decisão inflige aos impronunciados, renegando a estes uma prestação jurisdicional efetiva e democrática.

Assim, a decisão de impronúncia afronta o direito à razoável duração do processo, porquanto imoderado colocar o acusado no banco de reservas durante tamanho tempo sem decidir o mérito do processo.

A decisão é antagônica ao que determinam os princípios da presunção de inocência e *in dubio pro reo*, garantias que surgiram a grande custo nos últimos séculos, consagradas em diversos diplomas e constituições ao redor do mundo.

A impronúncia mantém vivo lastro da inquisição jurídica, abre margem para novo constrangimento ilegal ao levar no banco dos réus aquele que antes não obteve sequer resposta quanto à sua inocência ou culpa, dando maior relevância à condenação a qualquer custo, em detrimento de um processo isonômico, justo e legalista.

Afere-se que a omissão legislativa quanto à problemática jamais deve prejudicar o acusado, vislumbrando-se ser a absolvição do procedimento comum, o caminho mais breve, sensato e lúcido à solução do debate.

REFERÊNCIAS

BONFIM, Edilson Mougén. *O novo procedimento do Júri*. São Paulo: Saraiva 2009.

BONI, Jacson Oiliam; CHAVES JÚNIOR, Airto. A Inconstitucionalidade da Decisão de Impronúncia Diante da Nova Imputação pelo Mesmo Fato. *Revista Eletrônica de Iniciação Científica*, Itajaí, v. 4, n. 4, p. 496-512, 2013. Disponível em: <https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/956/Arquivo%2028.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. *Diário Oficial da União*, Brasília, 7 jul. 1992a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 nov. 1992b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 11.689, de 09 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 jun. 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 191. *Diário de Justiça*, Brasília, 1 ago. 1997. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2010_14_capSumula191.pdf. Acesso em: 29 abr. 2021.

CAPEZ, Fernando. *Processo Penal Simplificado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão. [S.l.:s.n.], 1789. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em: 29 abr. 2021.

GOMES, Luiz Flávio. *Qual a importância da prova nova na impronúncia?* [S.l.]: Jusbrasil, 2011. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121926448/qual-a-importancia-da-prova-nova-na-impronuncia>. Acesso em: 29 abr. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Salvador: Juspodvm, 2018.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NICOLITT, André. *A duração razoável do Processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RANGEL, PAULO. *Direito Processual Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TÁVORA, Nestor; ARAÚJO, Fábio Roque. *CPP Para Concursos*. Salvador: Jus Podivm, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2011.

18

CAPÍTULO

A (IN)EFICÁCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

NAYARA COELHO PORTELA¹

MATHEUS DE ARAÚJO ALVES²

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS³

RESUMO

O presente trabalho visa explicar o surgimento da Audiência de Custódia, como se deu sua inclusão no ordenamento jurídico brasileiro bem como as razões para tal, além de sua efetiva aplicação. Verificou-se que em vários casos a Audiência de Custódia não tem sido eficaz no que tange à verificação de violência policial, desrespeito aos direitos humanos ou mesmo flagrante forjado. Em mais da metade dos casos que passam por essa "triagem judicial" os acautelados tem sua prisão em flagrante convertida em preventiva e em outros casos, decretada, mediante decisão não fundamentada do Juiz que preside o ato, dificultando em muito o trabalho da defesa, bem como desrespeitando preceitos constitucionais.

Palavras-chave: audiência de custódia; ineficácia; prisões; medidas cautelares; decisões fundamentadas.

ABSTRACT

The present work aims to explain the emergence of the Custody Hearing, how it was included in the Brazilian legal system as well as the reasons for it, in addition to its effective application. It was found that in several cases the Custody Hearing has not been effective with regard to the verification of police violence, disrespect for human rights or even flagrant forged. In more than half of the cases that go through this "judicial screening", the guardians have their arrest in flagrante delicto converted into preventive and in other cases, decreed, through an unfounded decision of the Judge who presides over the act, making the defense's work very difficult, as well as disrespecting constitutional precepts.

Keywords: custody hearing; ineffectiveness; prisons; precautionary measures; reasoned decisions.

1 Bacharel em Direito pela Universidade FUMEC.

2 Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa – Portugal. Mestre em Direito Público pela Universidade FUMEC. Pós-graduado em Ciências Penais pelo IEC-PUC Minas e em Direito Público pela Anhanguera-UNIDERP. Advogado. Professor de Direito Penal e Direito Constitucional. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1138059025314332>. E-mail: matheus.aalves@hotmail.com

3 Coordenador e Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Estudos Culturais (PPGMCult), ambos da Universidade FUMEC. Editor da Revista Meritum. Pós-Doutor em Direito pela UNISINOS e pela Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela PUC Minas. Assessor Judiciário no TJMG. Coordenador do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Orcid id: <https://orcid.org/0000-0002-7198-4567>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2720114652322968>. E-mail: sergiohzhf@fumec.br. Site: www.imdp.com.br e www.zandona.pro.br.

Como citar o presente artigo científico:

PORTELA, Nayara Coelho; ALVES, Matheus de Araújo; FREITAS, Sérgio Henrique Zandona. A (in)eficácia da audiência de custódia e a necessidade de fundamentação das decisões judiciais. In: CAMARGOS, Laís Alves; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henrique Zandona (coord.). Direito Processual Constitucional e sua Perspectiva Democrática. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2021, p. 300-314

1 INTRODUÇÃO

Ao falar em prisão no Brasil, imediatamente remete-se ao pensamento da superlotação que ocorre nos principais presídios, de encarceramentos arbitrários, desnecessários, não fundamentados e em massa.

Não obstante tratados internacionais subscritos pelo Brasil há mais de vinte anos, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) - ambos subscritos em 1992 -, que já previam a realização de Audiência de Custódia, esta somente foi implementada de fato pelo Poder Judiciário em 2015 (MELO, 2016).

Com o julgamento da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº 347, em 09 de setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal determinou aos juízes e tribunais de todo o país que adequassem sua estrutura para início da realização das audiências de custódia em noventa (90) dias. Assim, através do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), especialmente com sua Resolução 213, foram estabelecidas as diretrizes para o cumprimento da determinação dos mencionados pactos internacionais de apresentar o preso em flagrante ou por mandado judicial imediatamente ao juiz para que fossem verificadas as circunstâncias e necessidade de sua segregação.

Dessa forma, o intuito da Audiência de Custódia é exatamente evitar o cárcere desnecessário, quebrando a cultura da massificação, bem como garantir a tutela dos direitos humanos verificando se houve, no ato da prisão, qualquer violência contra o custodiado.

Contudo, ainda não é possível verificar máxima eficácia nessa primeira apresentação ao magistrado uma vez que nem sempre as decisões judiciais pela permanência ou início do cárcere são fundamentadas ou mesmo a entrevista com o custodiado aborda os temas essenciais ao esclarecimento dos fatos para apurar uma possível violência policial.

2 PRISÕES CAUTELARES E MEDIDAS CAUTELARES

A prisão cautelar como gênero, possui três diferentes espécies: a prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva. Esta não tem intuito de punir antecipadamente, mas de restringir a liberdade do indivíduo temporariamente, a fim de se verificar mais elementos que deem ensejo à soltura ou permanência do cárcere. Nesse sentido Eugênio Pacelli afirma que: “[...] toda e qualquer prisão deverá se pautar pela necessidade ou pela indispensabilidade da providência, a ser aferida em decisão fundamentada pelo juiz ou pelo tribunal, segundo determinada e relevante finalidade ” (PACELLI, 2016, p. 499).

Como se vê, a prisão não pode se dar por arbitrariedade policial (quando em flagrante) ou do magistrado. Há de se ter embasamento para que a mesma ocorra, perdure ou se finde. Na ausência de pressupostos que determinem o aprisionamento do agente, podem ser aplicadas medidas cautelares diversas da prisão, tema que será abordado adiante.

2.1 PRISÃO EM FLAGRANTE

A prisão em flagrante encontra-se prevista na Constituição da República Federativa do Brasil, no inciso LXI do artigo 5º:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (BRASIL, 1988).

Para Fernando Capez, a prisão em flagrante é: “[...] medida restritiva da liberdade, de natureza cautelar e processual, consistente na prisão, independente de ordem escrita do juiz competente, de quem é surpreendido cometendo, ou logo após ter cometido, um crime ou uma contravenção” (CAPEZ, 2017, p. 320).

No mesmo sentido, Aury Lopes Jr. completa: “A prisão em flagrante está justificada nos casos excepcionais, de necessidade e urgência, indicados taxativamente no artigo 302 do CPP e consitui uma forma de medida pré-cautelar pessoas que se distingue da verdadeira medida cautelar pela sua absoluta precariedade” (LOPES JR., 2016, p. 617).

Com respaldo nos artigos 301 a 310 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), essa modalidade de prisão não exige determinação judicial e se aplica àqueles que são surpreendidos cometendo um delito ou logo após cometê-lo. Conforme Capez, as modalidades do flagrante são muitas, quais sejam: próprio, impróprio, presumido, compulsório, facultativo, preparado ou provocado, esperado, prorrogado ou retardado e forjado (CAPEZ, 2017).

Então, uma vez capturado o agente, este será conduzido perante autoridade policial, que lavrará o auto de prisão em flagrante, narrando toda a situação criminosa, e este documento deverá ser levado a conhecimento do juiz no prazo de 24 horas conforme determina o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), a Resolução 213/15 do CNJ, e pactos internacionais cujo Brasil é signatário.

Daí em diante, o magistrado tomará a decisão de relaxar a prisão, caso esta seja ilegal, ou irá convertê-la em preventiva, se cumpridos os requisitos do artigos 312 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) e não se mostrarem suficientes e cabíveis as medidas cautelares previstas nos arts. 319 e 320 deste mesmo diploma legal.

2.2 PRISÃO TEMPORÁRIA

De acordo com Guilherme de Souza Nucci, prisão temporária é “uma modalidade de prisão cautelar, cuja finalidade é assegurar uma eficaz investigação policial, quando se tratar de apuração de infração penal de natureza grave” (NUCCI, 2016, p. 542).

Ainda, leciona Eugênio Pacelli que:

[...] a prisão temporária somente poderá ser decretada se e desde que presentes também os requisitos tipicamente cautelares (indícios de autoria e prova da materialidade), seja imprescindível para as investigações policiais e se trate dos crimes expressamente arrolados no inciso III do art. 1º; para outros, ali não mencionados, a única prisão cautelar possível seria a preventiva, nunca a temporária (PACELLI, 2017, p. 559).

Conforme se vê, a prisão temporária, regulamentada pela Lei nº 7.960/89 (BRASIL, 1989) dá-se em casos específicos, mormente aqueles trazidos no artigo 1º do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941):

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes [...] (BRASIL, 1941).

Seu prazo é de cinco (05) dias, extensíveis por mais cinco (05), em casos justificados e ocorre por requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, neste último caso sendo necessária, antes da decretação, oitiva do *parquet*.

Caso seja ultrapassado o prazo, o indivíduo deve ser solto *incontinenti*, salvo se sua prisão já houver sido convertida em preventiva.

2.3 PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é uma modalidade de prisão regulamentada pelos arts. 311 a 316 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), que Fernando Capez conceitua como sendo: “Prisão processual de natureza cautelar decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores” (CAPEZ, 2017, p. 337).

No mesmo sentido, Eugênio Pacelli aduz que: “[...] a prisão preventiva revela a sua cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade da fase de investigação e do processo” (PACELLI, 2017, p. 562).

Com isso, verifica-se que, por ser possível a decretação da prisão preventiva em qualquer momento da investigação ou do processo penal, há de ter limites e justificativa para tanto, observando as possibilidades inscritas nos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941):

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

[...]

Art. 313 Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia (BRASIL, 1941).

Ainda, é importante ressaltar que não se dispensa a fundamentação da decisão que a decretar, haja vista a necessidade de todas as decisões judiciais serem motivadas.

2.4 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

Em determinadas situações, é possível que o indivíduo não sofra com o cárcere, nos casos em que não é preso em flagrante. Antes da Lei nº 12.403/11 (BRASIL, 2011), a dinâmica adotada pelo Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) para a prisão era diversa, de modo que primeiro se analisava a possibilidade da decretação da prisão e, caso não se amoldasse aos ditames, seria o indivíduo livre. A partir da publicação e vigência da mencionada lei, a liberdade virou regra e prisão exceção, de modo que preferencialmente se verifica a viabilidade da liberdade e, só no caso de ser impossível, aplica-se isolada ou cumulativamente medidas cautelares diversas da prisão ou mesmo direciona o sujeito ao cárcere

As medidas cautelares diversas da prisão, previstas nos arts. 319⁴ e 320⁵ do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) são aplicáveis aos casos em que o magistrado entende não ser necessário restringir o direito de ir e vir e aplica outra medida suficiente.

A medida a ser aplicada dependerá das características pessoais de cada indivíduo, bem como o motivo e circunstâncias do crime. Ainda, será observada se tais medidas bastam para que a investigação ou instrução criminal corra normalmente, sem interferências do investigado ou acusado.

No mesmo norte, cumpre destacar os arts. 22 e 23 da Lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha – que trata sobre violência doméstica contra a mulher. As medidas do art. 22⁶ a serem impostas ao agressor podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativas entre si, bem como cumula-

4 Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares (BRASIL, 1941).

5 Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas (BRASIL, 1941).

6 Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 ;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

VI - comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; e

VII - acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§ 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

§ 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). (BRASIL, 2006).

-las às medidas dispostas no art. 319 do CPP (BRASIL, 1941). Dentre elas estão: suspensão da posse de arma, afastamento do lar e proibição de contato com a ofendida. Percebe-se que, se agregadas as medidas dos dois dispositivos legais acima citados, o magistrado pretende não só dar livre e isento prosseguimento à investigação ou instrução criminal, bem como proteger a vítima de ameaças e retaliações do agressor. Já o art. 23⁷ da Lei Maria da Penha diz respeito às medidas protetivas impostas à ofendida, que pretende garantir seus direitos de maneira cautelar, minimizando sua situação de risco.

3 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Ao ser custodiado, a prisão do indivíduo deve chegar sem demora ao conhecimento do juiz competente e o prazo está previsto no art. 306 § 1º do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941):

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública [...] (BRASIL, 1941).

Este dispositivo legal, com redação dada pela Lei nº 12.403/11 (BRASIL, 2011), trouxe agilidade à análise das prisões cautelares, vez que antes não havia período máximo estabelecido para que o juiz tivesse contato com os casos daqueles que não possuem condenação penal ou mesmo um processo contra si.

O período de 24 horas, agora imposto legalmente, se não cumprido, é passível de relaxamento de prisão, haja vista ilegalidade de se manter alguém encarcerado cautelarmente em período superior a este sem contato com o juiz.

Ressalta-se ainda que, por não passar o auto de prisão em flagrante ou mandado de prisão pelos crivos do contraditório e ampla defesa, não havia discussão acerca de sua veracidade, no primeiro caso, ou necessidade, no segundo caso. Analisar um documento friamente, sem ouvir as partes envolvidas, ainda mais quando o que corre risco é a liberdade de locomoção de alguém, é temerário. Esvai-se, quase automaticamente, a presunção de inocência do acautelado, haja vista a fé pública de policiais.

E neste ponto o Código de Processo Penal falha ao abranger uma determinação aquém daquela prevista em pacto promulgado pelo Brasil em 1992, qual seja, o Pacto de São José da Costa Rica.

7 Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos.

V - determinar a matrícula dos dependentes da ofendida em instituição de educação básica mais próxima do seu domicílio, ou a transferência deles para essa instituição, independentemente da existência de vaga. (BRASIL, 2006).

O art. 7º.5^{<?>} do mencionado Tratado dispõe que o preso deve ser levado à presença do juiz, não bastando somente o envio de cópia dos autos da prisão em flagrante.

Pelo status supralegal que possui, o Pacto deveria paralisar os efeitos que qualquer regra infraconstitucional que fosse contrária a ele. A supralegalidade dos pactos internacionais foi analisada e reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus 95967-9/MS e em diversos outros⁸, como é possível verificar:

DIREITO PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. ALTERAÇÃO DE ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF.

CONCESSÃO DA ORDEM. 1. A matéria em julgamento neste habeas corpus envolve a temática da (in)admissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro no período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no direito nacional. 2. Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992.

A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. 3. Na atualidade a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art. 5º, §2º, da Carta Magna, expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no caput do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, conseqüentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. 4. Habeas corpus concedido. (BRASIL, 2008).

Por seu status que garante ao Pacto de São José da Costa Rica superioridade à legislação ordinária, quando aplicado somente a regra contida no art. 306 do CPP, sem a condução do preso ao magistrado para a Audiência de Custódia, uma norma hierarquicamente superior está sendo violada.

Assim como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, promulgado em 1992 pelo Brasil, em seu artigo 9, item 3º, também prevê a apresentação do preso ao juiz competente em prazo razoável.

8 HC 90450/MG, HC 94695/RS, HC 91361/SP, HC 94.695/RS.

9 3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

De acordo com Alexandre Artúcio:

O Estado ao ratificar um tratado se obriga a respeitar, fazer respeitar e garantir os direitos reconhecidos pelo texto a toda pessoa sujeita à sua jurisdição; a adaptar sua legislação interna ao estabelecido no tratado; a assegurar que suas autoridades não tomem medidas ou ações que vão contra o disposto no tratado e colocar à disposição de toda pessoa que se sinta violada em seus direitos, recursos jurídicos efetivos para corrigir a situação (ARTÚCIO, 1996, p. 21).

Com a 233ª Sessão Extraordinária, o Conselho Nacional de Justiça editou, então, a resolução nº 213/2015 que estabeleceu um prazo para todos os tribunais nacionais cumprirem a norma supralegal e instauraram procedimentos para que fosse realizada Audiência de Custódia nos casos de prisão provisória (BRASIL, 2015).

Destaca-se que já no seu art. 1º a Resolução já traz, quase literalmente, a mesma regra do Pacto de São José da Costa Rica, acima mencionada:

Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão. (BRASIL, 2015b).

Vê-se, de pronto, o reconhecimento da importância da apresentação do custodiado ao juiz competente, antes ignorado pelo CPP.

Para Guilherme de Souza Nucci, a Audiência de Custódia é aquela:

[...] realizada, após a prisão em flagrante do agente, no prazo máximo de 24 horas, para que o juiz, pessoalmente, avalie a sua legalidade e promova as medidas cabíveis (manter a prisão, relaxar o flagrante ou conceder liberdade provisória). Não há, ainda, lei estabelecendo a sua existência e qual o seu procedimento (NUCCI, 2016, p. 1118).

Nesse sentido, ensina Caio Paiva:

O conceito de custódia se relaciona com o ato de guardar, de proteger. A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão [...] (PAIVA, 2015).

Como se vê, é presente o contraditório nesse tipo de audiência, essencial para esclarecer possíveis pontos controvertidos e dúvidas que o juiz possa ter, não esclarecidos no auto de prisão de flagrante. Além disso, é possível a autodefesa por meio do depoimento pessoal do custodiado, defesa técnica exercida pela Defensoria Pública ou Advogado constituído bem como análise das circunstâncias anteriores à prisão.

Pacelli ainda complementa que a audiência destina-se tão somente ao exame da necessidade de se manter a custódia prisional, o que significa que o magistrado deve conduzir a entrevista sob tal e exclusiva perspectiva (PACELLI, 2017, p. 555).

Ao ser ouvido o custodiado, este poderá relatar possíveis agressões sofridas pelos policiais no momento de sua captura, sejam físicas ou morais, como se deu o crime, se foi implantada alguma prova, etc. Este é o momento de explicações do preso.

Defesa e Acusação poderão, então, fazer perguntas ao custodiado e às testemunhas dos fatos, sejam elas civis ou policiais, tudo para a melhor compreensão da situação tratada e decisão judicial sobre manutenção ou não do cárcere.

Aury Lopes Jr. e Caio Paiva enumeram vantagens, que podem ser interpretadas também como finalidades, da Audiência de Custódia, quais sejam: adequar o processo penal brasileiro a tratados internacionais; diminuir encarceramento em massa já que há contato direto do indivíduo com o juiz e não só é enviado o auto de prisão em flagrante à autoridade; prevenção de tortura policial, protegendo assim a incolumidade física e psíquica do acautelado e, por fim evitar prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias (LOPES JR.; PAIVA, 2014).

Finalmente, a decisão do juiz pode ser de relaxar eventual prisão ilegal (art. 310, I, do Código de Processo Penal), conceder liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 310, III, do Código de Processo Penal), substituir a prisão em flagrante por medidas cautelares diversas (arts. 310, II, parte final e 319 do Código de Processo Penal), converter a prisão em flagrante em prisão preventiva (art. 310, II, parte inicial), considerar o cabimento da mediação penal, evitando a judicialização do conflito, corroborando para a instituição de práticas restaurativas e, por fim, outros encaminhamentos de natureza assistencial.

3.1 ESTATÍSTICAS

Conforme dados estatísticos/mapa de implementação do CNJ¹⁰, foram realizadas, até junho de 2017, última data de análise do Conselho, 258.485 Audiências de Custódia em todo o país, em que 115.497 (44,68%) resultaram em liberdade do indivíduo, 142.988 (55,32%) em prisão preventiva, 12.665 (4,90%) houve alegação de violência no ato da prisão e em 27.669 (10,70%) houve encaminhamento social/assistencial.

Especialmente em Minas Gerais, no período: 17/07/2015 a 30/06/2017 foram realizadas 19.031 Audiências de Custódia em que 52,24% dos casos resultaram em liberdade provisória.

Analisando friamente estes dados, num primeiro momento pode-se pensar no quanto a Audiência de Custódia pode ter melhorado a situação do indivíduo preso em Minas Gerais que não mais aguarda *ad eternum* para um contato com o juiz, bem como tem sido aplicado o princípio da Presunção de Inocência já que a liberdade provisória domina as estatísticas.

Contudo, há de ser analisado bem além dos números, mas se as audiências produzem os resultados esperados, tema que abordado no tópico 3.

4 DA NECESSIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A Constituição da República de 1988, após Emenda Constitucional no 45 de 2004, passou a constar em seu art. 93, inc. IX, que toda decisão judicial deve ser fundamentada, sob pena de nulidade¹¹. Ou seja, o Juiz deve apresentar argumentos de fato e de direito que o levaram a certo convencimento. Igualmente traz o Código de Processo Civil de 2015 no art. 371¹² quando autoriza ao juiz a livre apreciação da prova constante nos autos, de forma que em cada decisão sua deverá constar os motivos pelos quais o faz (BRASIL, 2015a).

Tal tema se mostra tão importante que mereceu destaque em outro capítulo do CPC, numa sessão específica para elementos e efeitos da Sentença. O art. 489, inc. II¹³, traz como parte indispensável desse tipo de decisão a fundamentação, que trará a luz as razões nas quais se pautou o Magistrado, e o § 1º ainda regulamenta:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (BRASIL, 2015a).

Tais preceitos legais visam evitar arbitrariedade do julgador e permitir revisão da decisão por meio de recursos, sejam aqueles em que o próprio juiz pode exercer seu juízo de retratação ou nos casos em que instância superior decide pela reforma ou não do julgado.

É tão importante a justificativa do magistrado para deliberar, que há recurso específico para combater decisões que possuam omissão, contradição, obscuridade ou erro material: os Embargos de Declaração, previstos no Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), em seu artigo

11 Art. 93, inciso IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (BRASIL, 1988).

12 Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento (BRASIL, 2015a).

13 Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; [...] (BRASIL, 2015a).

1.022¹⁴ e no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), no artigo 620, caput¹⁵, sendo que este último em casos mais restritos.

Destaca-se o zelo do legislador ao prever em Leis Federais uma peça recursal que não exige preparo e pretende levar o próprio magistrado à reanálise de sua decisão. Isso tudo para evitar que ao longo do processo seja alegado cerceamento de defesa por não estarem esclarecidos os motivos judiciais naquele ato.

Schmitz diz que fundamentar uma decisão envolve “explicar o porquê e o porquê não” bem como exaltar as razões que levaram o vencido a ocupar tal posição na demanda, assim também demonstrando a carência de razões do vencido (SCHMITZ, 2015, p. 183).

Neste ponto, em referência a tema acima já tratado, durante as Audiências de Custódia a decisão que decreta a prisão preventiva ou converte o flagrante naquela deve explicitar exatamente as causas, os pretextos que culminaram nesta decisão.

É direito do custodiado saber, nos pormenores, porquê foi preso e assim permanece, bem como é necessário à defesa técnica a elucidação desta questão para agir na fase policial e judicial.

Não basta que o juiz se limite a dizer que o agente se enquadra nas hipóteses dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941). Mesmo no art. 313 em que a análise da prisão é objetiva, em contraste ao art. 312 que explora a subjetividade do juiz, há necessidade de explicação judicial para tomar qualquer medida, não sendo mera faculdade discricionária do magistrado.

Inobstante, conforme se observam nas decisões judiciais no anexo deste trabalho, o que se verifica são fundamentações genéricas, breves, sem maiores especificidades do caso concreto, não cumprindo, assim, a proposta da audiência de custódia.

4.1 PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

Norteador do processo penal, o Princípio do Livre Convencimento Motivado ganha destaque ao se falar em fundamentação de decisões.

Insculpido no art. 155¹⁶ do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), a norma traduz a liberdade do magistrado em apreciar a prova apresentada sob o crivo do contraditório judicial, não podendo se limitar à análise da investigação policial por meio do inquérito policial, uma vez que este é conduzido unilateralmente, não podendo a defesa técnica intervir em sua condução. Ademais, no inquérito não se produzem provas, mas podem ser encontrados indícios de um suposto crime.

14 Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III - corrigir erro material (BRASIL, 2015a).

15 Art. 620. Os embargos de declaração serão deduzidos em requerimento de que constem os pontos em que o acórdão é ambíguo, obscuro, contraditório ou omissivo (BRASIL, 1941).

16 Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (BRASIL, 1941).

Tão importante tal princípio que também outro código de leis trata do tema: o Código de Processo Civil em seu art. 371¹⁷.

Uma vez não havendo hierarquia de provas, o juiz as estuda e, por seu convencimento diante delas, profere uma decisão. A busca da verdade real, que seria saber como os fatos ocorreram e não o que as partes contam sobre ele, faz com que o magistrado explore toda a informação trazida ao processo ou, no caso de ainda não existir ação judicial, ouvir atentamente a tudo que lhe é contado pelo acautelado, testemunhas, acusação e defesa.

Desse modo, percebe-se que o convencimento judicial se inicia desde a apresentação do preso, ressaltando ainda mais o papel da Audiência de Custódia na formação da opinião do julgador.

5 CONCLUSÃO

Com essa pesquisa foi possível perceber que, em atenção aos Pactos Internacionais que o Brasil é signatário, bem como à reforma no Código de Processo Penal em 2007 que adicionou o parágrafo primeiro ao art. 306, a Audiência de Custódia é um avanço no ordenamento jurídico brasileiro, determinando que o preso tenha contato com o magistrado sem demora após sua prisão, podendo prestar suas declarações e aquele, apurar ilegalidades e tortura no ato da prisão, por meio da oitiva dos envolvidos.

Não obstante, o mencionado ato muitas vezes não cumpre sua finalidade, tendo como consequência prisões arbitrárias e ilegais, sem análise pormenorizada da situação que levou ao cárcere.

No mesmo sentido, observou-se que as decisões judiciais, embora tenham determinação constitucional e infraconstitucional para que sejam fundamentadas, muitas vezes não obedecem a tais comandos, o que leva à perpetuação da ilegalidade e cerceamento de defesa num futuro processo penal, já que a defesa técnica não sabe o que motivou o juiz a optar pela prisão quando podia aplicar medidas diversas.

Conforme dados do CNJ de 2017, foi possível ver que em mais da metade dos casos, a Audiência de Custódia teve como resultado a prisão preventiva, o que levanta o questionamento a respeito da efetividade da apresentação dos presos cautelares ao juiz.

A resposta para essa questão, pelo trabalho aqui apresentado, se mostra negativa, demonstrando assim a ineficácia da Audiência de Custódia. Um ato judicial que deveria servir como filtro e cessação para arbitrariedades e ilegalidades tem sido usado como perpetuação de injustiças e abusos, agora não mais por policiais, mas pelo Poder Judiciário, que descumpra sua função típica: administrar a justiça na sociedade.

17 Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento (BRASIL, 2015a).

REFERÊNCIAS

- ARTÚCIO, Alejandro. Universalidad, indivisibilidad, y interdependencia de los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos civiles y políticos: Breves nociones de los mecanismos de supervisión a nivel universal y regional. In: SEMINÁRIO SOBRE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Comisión Internacional de juristas. Bogotá. 1996.
- BRASIL. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 8 maio 2021.
- BRASIL. *Decreto-Lei No 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. 1941 . Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 25 mar. 2021 .
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução no 213 CNJ*. 2015b. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 8 maio 2021.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 8 maio 2021.
- BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília: 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 8 maio 2021.
- BRASIL. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Brasília: 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 8 maio 2021.
- BRASIL. *Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989*. Dispõe sobre a prisão temporária. Brasília: 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm. Acesso em: 8 maio 2021.
- BRASIL. *Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2016*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília: 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 8 maio 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *HC 95967-9*. Relator(a): Min. Ellen Gracie, Julgado em: 11 nov. 2008. Brasília: 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=565687>. Acesso em: 23 abr. 2021.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LOPES JR, Aury; PAIVA, Caio. *Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal*. 21 ago. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lobes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>. Acesso em: 8 maio 2021.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MELO, Raphael. *Audiência de Custódia no Processo Penal*. Belo Horizonte: D' Plácido, 2016.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro*. Florianópolis: Empório do direito, 2015.
- PAIVA, Caio. Na Série "Audiência de Custódia": conceito, previsão normativa e finalidades. In: JUSTIFICANDO: mentes inquietas pensam Direito. 2015. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/>. Acesso em: 8 maio 2021.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.



UNIVERSIDADE
FUMEC