

As Pessoas com Deficiência e o Ministério Público Brasileiro

Hugo Nigro MAZZILLI*

- **RESUMO:** A defesa das pessoas com deficiência funda-se no princípio geral da igualdade, de maneira que a lei procura assegurar-lhes uma correspondente compensação jurídica. Nessa área, a atuação judicial ou extrajudicial do Ministério Público brasileiro é protetiva, destinada a assegurar os direitos e a dignidade das pessoas com deficiência.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Pessoa com deficiência. O papel do Ministério Público Brasileiro.
- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 O enfrentamento da matéria no Brasil. 2 O princípio da igualdade. 3 O início do envolvimento do Ministério Público. 4 O papel do Ministério Público. 5 A especialização no Ministério Público. Conclusão. Referências

Introdução

O problema dos que ostentam alguma condição deficitária tem raízes mais profundas que as próprias limitações físicas ou mentais em si mesmas, porque as pessoas são discriminadas pela sociedade não apenas e tão somente pelas causas orgânicas da deficiência. São socialmente marginalizadas pessoas em razão da idade, da altura, da cor da pele, do sexo, da aparência, fragilidade ou corpulência física, da etnia, da procedência, da orientação sexual, da religião ou da ausência dela, das opiniões, das doenças e por causa de inúmeros outros preconceitos. A própria idade, quando muito tenra, ou também quando já provecta, também traz ou pode trazer limitações físicas e psíquicas reais e bastante significativas. Assim, o enfrentamento da questão da deficiência das pessoas de muito ultrapassa os limites apenas físicos ou mentais: na verdade a questão diz respeito a todo tipo de pessoas que são socialmente marginalizadas e que passam a sofrer algum tipo de limita-

* Professor Emérito da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo.

ção, restrição ou discriminação, seja por que motivo for, fisiológico ou não. E o problema vai até mesmo mais além, pois não diz respeito só às pessoas que *estão* nessas condições, mas sim a *todas as pessoas*, mesmo que atualmente aí não estejam, pois todos nós ou já estivemos em condição deficitária (quando na infância), ou poderemos nela vir a estar (quando na velhice, ou na doença, ou por acidentes ou eventos os mais diversos).

Embora a existência de pessoas que ostentem alguma forma de deficiência seja tão antiga como a própria humanidade, seus problemas não deixam, entretanto, de só ter merecido apenas mais recentemente a melhor conscientização social.¹

Pode-se dizer que essa conscientização teve incremento especial a partir da atenção que à matéria foi conferida pela Organização das Nações Unidas (ONU) no pós-guerra de 39-45. Verdade é que a primeira atenção mais direta da ONU a respeito do assunto se direcionava à reabilitação de pessoas que a própria guerra tornara deficientes — não só os militares como as vítimas civis. Desta maneira, em 1946 a Assembleia Geral da ONU adotou resolução que abriu caminho para um programa de consultoria em diversas áreas do bem-estar social, incluindo a reabilitação das pessoas com deficiência. Somente em 1971 é que a mesma Assembleia Geral aprovou a Declaração dos Direitos das Pessoas com Retardo Mental, e em 1975 editou a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes. A partir daí, a preocupação internacional com a questão passou a ser cada vez mais intensa.

O campo das deficiências, porém, supera em muito aquelas apenas decorrentes dos conflitos bélicos, que foram as que motivaram os primeiros passos da ONU ao abordar a questão. Tem ele a natureza mais variada possível, começando com as deficiências inatas e passando por subnutrição, subdesenvolvimento, acidentes ecológicos, acidentes de trânsito, acidentes do trabalho, acidentes domésticos, crimes, uso indevido de drogas, falta de política pré-natal, de educação, de saúde ou de previdência adequadas etc. Todos esses fatores têm causado ou pelo menos contribuído para o surgimento, agravamento ou para a não superação de limitações mentais, sensoriais, orgânicas etc. dos seres humanos. O enorme alcance do problema só pode

¹ Cf., a propósito, Otto Marques da Silva, *A Epopeia Ignorada — a pessoa deficiente na história do mundo de ontem e de hoje*, p. 21, São Paulo, Centro São Camilo de Desenvolvimento em Administração da Saúde, Cedas, 1987.

ser bem estimado se considerarmos que, segundo dados apresentados em fevereiro de 2018 pela Organização Mundial da Saúde das Nações Unidas, estima-se que 15 por cento das pessoas do mundo têm dificuldades funcionais muito significativas, sendo que esse contingente ainda está aumentando em razão do envelhecimento da população e da piora das condições crônicas de saúde, superando facilmente um bilhão de pessoas!...²

1 O enfrentamento da matéria no Brasil

No Brasil, embora já houvesse diversas leis infraconstitucionais que estabeleciam algumas formas de proteção às pessoas com deficiência em geral (incapazes, cegos, surdos-mudos, paraplégicos, vítimas de acidentes do trabalho, da talidomida, da hanseníase etc.), foi apenas sob a vigência da Carta de 69 que a Emenda Constitucional n. 12, de 17 de outubro de 1978, assegurou às pessoas com deficiência a melhoria de sua condição social e econômica, especialmente mediante: *a)* educação especial e gratuita; *b)* assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do País; *c)* proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários; *d)* possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.

Em nível de legislação constituinte originária, foi apenas a partir da Constituição de 1988 que o enfrentamento da matéria tomou efetivo impulso e mereceu atenção mais diferenciada. A Constituição de 88 foi nossa primeira Lei Maior que se preocupou diretamente com a pessoa com deficiência, no tocante ao trabalho (arts. 7º, XXXI; 37, VIII), à saúde (art. 23, II), à proteção e integração social (art. 24, XIV), ao acesso a emprego público (art. 37, VIII), à aposentadoria (art. 40, § 4º-A), à preferência no pagamento de precatórios (art. 100, § 2º, e ADCT, art. 102), à previdência e assistência sociais (arts. 201, § 1º, I, e 203, IV e V), à educação (art. 208, III), aos programas de prevenção e atendimento especializado (art. 227, § 1º, II), à acessibilidade (arts. 227, § 2º, e 244).

A partir de então, na esfera infraconstitucional, a Lei n. 7.853/89 disciplinou a proteção das pessoas com deficiência com vista à sua integração social, bem como instituindo medidas judiciais protetivas, inclusive por meio de iniciativa do Ministério Público, até mesmo com enfoque de defesa de direi-

² Cf. dados disponíveis em <https://www.who.int/news-room/facts-in-pictures/detail/disabilities>, acesso em 26-05-2020.

tos transindividuais; o Estatuto dos Servidores Públicos da União regulamentou o art. 37, VIII, da Constituição (cotas e critérios de admissão nos cargos e empregos públicos); a Lei n. 8.213/91 assegurou, em favor dos beneficiários reabilitados ou pessoas com deficiência, desde que habilitadas, de 2 a 5% das vagas para trabalho nas empresas com mais de 100 empregados; a Lei n. 8.742/93, com as alterações das Leis ns. 12.435/11, 12.470/11 e 13.146/15, assegurou benefício de prestação continuada em favor da pessoa com deficiência que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção e não tê-la provida pela família; a Lei n. 8.899/94 dispôs sobre o acesso da pessoa com deficiência ao sistema de transporte coletivo interestadual; a Lei n. 10.048/00 assegurou atendimento prioritário às pessoas com deficiência física, entre outras, bem como impôs requisitos de acessibilidade em seu favor; a Lei n. 10.098/00 trouxe mais algumas regras e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, em relação aos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, às edificações, aos transportes e aos sistemas e meios de comunicação; a Lei n. 10.216/01 dispôs sobre a proteção e os direitos das pessoas com transtornos mentais; a Lei n. 10.226/01 alterou o Código Eleitoral (Lei n. 4.737/65), determinando a expedição de instruções sobre a escolha dos locais de votação de mais fácil acesso para o eleitor com deficiência física; o Dec. n. 3.956/01 promulgou a Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de discriminação à pessoa com deficiência; a Lei n. 10.436/02 garantiu a inclusão da Língua Brasileira de Sinais — Libras nos parâmetros curriculares de ensino, na forma da legislação vigente; o Dec. n. 4.228/02 instituiu o programa nacional de ações afirmativas, que visa à observância, pelos órgãos da Administração Pública federal, de requisito que garanta a realização de metas percentuais de participação de pessoas com deficiência, entre outras, no preenchimento de cargos públicos; a Lei n. 10.845/04 instituiu o programa de complementação ao atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência; a Lei n. 11.126/05 dispôs sobre o direito de quem tenha deficiência visual de ingressar e permanecer em ambientes de uso coletivo acompanhado de cão-guia; a Lei n. 11.133/05 instituiu o Dia Nacional de Luta da Pessoa Portadora de Deficiência, a ser celebrado em 21 de setembro; a Lei n. 12.008/09 concedeu prioridade na tramitação aos procedimentos administrativos em que figure como parte ou interessada pessoa com deficiência física ou mental; o Dec. n. 6.949/09 promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; a Lei n. 12.190/10 concedeu indenização por danos morais às pessoas com deficiência física decorrente do

uso da talidomida, regulamentada pelo Dec. n. 7.235/10; a LC n. 142/13 e o Dec. n. 8.145/13 regulamentaram § 1º do art. 201 da Constituição, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência; a Lei n. 12.764/12 e o Dec. n. 8.368/14 consideraram como pessoa com deficiência a que tenha transtorno de espectro autista; a Lei n. 13.146/15 instituiu a Lei de Inclusão (Estatuto da Pessoa com Deficiência), etc.

Nesse íterim, têm sobrevivendo também cada vez mais medidas protetivas às pessoas com deficiência, em razão de sucessivos processos judiciais, no tocante à acessibilidade ao metrô e a edifícios públicos, à participação em concursos, ao preenchimento de cargos e empregos públicos ou privados etc.

Enfim, as leis, os governantes, os tribunais, o Ministério Público, a Ordem dos Advogados do Brasil, e, sobretudo, a própria sociedade passaram a dedicar mais justa atenção às pessoas que, pelas mais diversas razões, têm alguma limitação temporária ou definitiva em suas capacidades ou potencialidades físicas, mentais ou de qualquer natureza, as quais não raro ainda provocam discriminação ou preconceitos, que concorrem para ampliar sua injusta marginalização.

2 O princípio da igualdade

A necessidade de conferir proteção mais especial para a pessoa com deficiência funda-se, em última análise, no princípio da igualdade. Contudo, como bem acentuou Anacleto de Oliveira Faria, “faz-se mister esclarecer o conceito de igualdade, para que sua aplicação possa cada vez se tornar mais efetiva, impedindo-se não só as distorções como as falsas reivindicações em nome do referido princípio.”³

Na proteção às pessoas que portam alguma deficiência de qualquer natureza, o objetivo da lei consiste em procurar compensar de forma adequada a pessoa que sofre algum tipo de limitação física ou psíquica, conferindo-lhe a maior proteção jurídica correspondente. Assim, como exemplo, o verdadeiro princípio de isonomia consistiria em conceder mais tempo, num concurso, a um candidato que tenha problema motor, justamente para igualá-lo aos demais candidatos no que diz respeito à oportunidade de acesso ao cargo cujo preenchimento dependesse dos conhecimentos e não da velocidade de execução da prova escrita. Ao revés, em que pese a atual constitucionali-

³ *Do princípio da igualdade jurídica*, p. 268, ed. Rev. dos Tribunais, 1973.

zação da matéria (CF, art. 230, § 2º), irrazoável nos parecem dispositivos legais que, ainda que sob bem-intencionada inspiração, procuram proteger as pessoas com deficiência em área onde sua limitação não inspira cuidados. É o caso da isenção de tarifa em transportes coletivos a idosos, quando a deficiência destes pode não ser econômica. Mais sentido, evidentemente, seria a isenção de tarifa aos economicamente necessitados... nisto, sim, consistiria a verdadeira e correta aplicação do princípio da igualdade.

Com propriedade, observou Celso Antônio Bandeira de Mello que cumpre, pois, verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador escolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada.⁴

O verdadeiro sentido da isonomia, constitucionalmente assegurada, consiste, pois, em tratar diferentemente os desiguais, na medida em que se busque compensar juridicamente a desigualdade, igualando-os em oportunidades. Nesse sentido, recorramos a um novo exemplo, atinente agora ao comparecimento a juízo: a especial proteção que a lei confere à pessoa com deficiência inspira-se em sistema semelhante, como já o fazia em relação ao incapaz ou ao ausente. Para assegurar a igualdade constitucionalmente prevista, e que por óbvio também vale para todos estes, a lei lhes confere maior proteção para obter um equilíbrio processual não meramente aritmético, mas fundado na razoável igualdade entre as possibilidades de exercício de ação e defesa.⁵ Com o fito de compensar a deficiência fática que sofrem os incapazes (que, justamente em vista da incapacidade, não podem dispor de seus interesses) e que também ostentam os ausentes (que, justamente pela ausência, não podem melhor defender seus interesses), a lei assegura medidas protetivas em seu favor, visando a suprir essa deficiência fática que os impede de pessoalmente assumir a defesa de seus próprios interesses. Assim, no tocante ao incapaz, além de ser representado ou assistido por pais, tutores ou curadores, é ele assistido pelo Ministério Público (CPC, art. 178, II); no tocante ao ausente, é ele substituído processualmente por um curador especial (CPC, art. 671, I). Semelhantemente, no que diz respeito à pessoa com deficiência, poderá ela ser assistida por seus apoiadores (CC, art. 1.783-A, in-

⁴ *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 28, ed. Rev. dos Tribunais, 1978.

⁵ Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 185, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1968.

introduzido pela Lei n. 13.146/15); da parte do Ministério Público, ele também lhe prestará assistência, seja ao intervir nas ações em que se discutam interesses relacionados com a deficiência (Lei n. 7.853/89, art. 5º), seja ao opinar em juízo sobre a prática de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante à pessoa com deficiência que esteja em divergência com um dos apoiadores (CC, art. 1.783-A, § 6º).

A intervenção do Ministério Público em juízo não deve limitar-se à presença de interesses de incapazes, ausentes, acidentados do trabalho, silvícolas etc., e sim deve estender-se para alcançar todo tipo de pessoas que sofram alguma forma acentuada de discriminação ou de limitação física, mental ou social, ou seja, deve cobrir não apenas as hipóteses clássicas já mencionadas, mas todas as pessoas que ostentem alguma forma grave de restrição física, mental ou social, que as possam inferiorizar de qualquer maneira na sua vida pessoal ou social. Reitere-se que a intervenção do Ministério Público em juízo deve sempre ocorrer nas ações em que se discutam interesses relacionados com a deficiência (Lei n. 7.853/89, art. 5º), ou quando em juízo se contraste uma decisão apoiada, tomada na forma do art. 1.783-A do Código Civil, norma esta introduzida pela Lei n. 13.146/15.

Como aqui tem sido dito, tem sido, pois, o escopo da lei procurar compensar a situação de quem sofra alguma limitação considerável, de qualquer natureza, ao conferir-lhe maior proteção jurídica, sem jamais perder de vista, porém, a advertência de que não se pode deformar a compensação jurídica sob falsa invocação do princípio da igualdade.

Mesmo quando a maior proteção jurídica é esperada porque justa, não raro surgem resistências indevidas. Tomemos como exemplo um acórdão do Supremo Tribunal Federal, que afirmou inexistir discriminação quando se eliminou do concurso um candidato com cegueira bilateral, porque isso geraria impossibilidade de desempenho pleno da função de juiz federal.⁶ Ora, o acórdão por certo não teria sido proferido se os juízes tivessem considerado que é muito diferente a situação de quem conseguiu tornar-se habilitado para exercer os ofícios do Direito já quando tinha a deficiência, e a daquele juiz que, tendo visão normal, supervenientemente, se torne cego bilateral. Enquanto este último será aposentado por invalidez, já o primeiro fez seu curso jurídico iluminado pela luz interna de sua força e sua vontade, que, não raro, é a

⁶ RE n. 100.001-DF, j. 29/3/84.

bastante para ver muito além dos limites estreitos de quem não lhe reconhece aptidão para levar vida operosa e produtiva na sociedade.

Em minha carreira, cheguei a conhecer um Promotor de Justiça estadual que, com falta de ambos os membros superiores, longe de inválido, exercia com zelo as atribuições de seu cargo; cheguei a conhecer um então Procurador do Trabalho, hoje Desembargador Federal, com cegueira bilateral, que, apesar de discriminado em anterior concurso de ingresso à Magistratura (as pessoas que o reprovaram enxergavam menos do que ele!), não só depois prestou concurso e ingressou no Ministério Público da União sem depender de quotas e sem dever favor algum aos demais candidatos, como ainda, mercê de sua maturidade e cultura jurídica invulgares, tornou-se líder entre seus próprios colegas de visão normal... Como este *último* exercia suas funções se não enxergava? Da mesma maneira que o faz um juiz, que tem olhos sadios, o qual, para ler e entender algo em língua estrangeira, deve valer-se de um intérprete ou tradutor. Assim também é o papel do ledor, ou seja, um intermediário, compromissado e autorizado legalmente a tanto.

3 O início do envolvimento do Ministério Público

Numa época em que o Ministério Público brasileiro ainda não se dedicava à defesa das pessoas com deficiência, entre 1987 e 1988 elaborei os estudos que embasaram em São Paulo a criação do primeiro órgão do Ministério Público encarregado dessa função.⁷

Com efeito, em fins do ano anterior, recebi um pedido do então Procurador-Geral de Justiça Cláudio Ferraz Alvarenga, de quem fui assessor, para estudar se o Ministério Público teria algo a fazer em prol das pessoas com deficiência. Depois de estudos preliminares, abri um protocolado no *parquet* paulista para documentar o exame da questão (Pt. n. 4.773/88-PGJ, de 17-02-1988). Constatei que até então o Ministério Público não se envolvia como instituição para suplementar a defesa de pessoas paraplégicas, cegas, surdas, obesas, discriminadas, porque essas pessoas não eram *incapazes* nos termos da lei civil, dos quais o Ministério Público já cuidava na época (o anterior CPC

⁷ V. meu artigo *O deficiente e o Ministério Público*, pub. no jornal *O Estado de S. Paulo*, ed. de 13-03-1988, p. 55; na *RT*, 629:64, ed. março 1988; em *JTACSP*, 108:6 (mar./abr. 1988); na revista *Justitia* do Ministério Público de São Paulo, 141:55 (1º trim. 1988); cf., ainda, reportagem a respeito, publicada no jornal *O Estado de S. Paulo*, ed. 03-06-1988, p. 11.

de 1973, art. 82, I). Entretanto, embora não incapazes para a prática dos atos da vida civil, essas pessoas sofriam enormes limitações de acessibilidade a locais, ao trabalho, enfim, ao gozo e ao exercício dos direitos em geral. Com o auxílio de então estagiárias do Ministério Público paulista (Cláudia Eda, Ana Luísa Lourenço Rodrigues, Elaine Rangel do Nascimento e Ana Maria de Augusto Isihi), que a meu pedido fizeram um completo levantamento da legislação federal, estadual e municipal existente a respeito das pessoas com deficiência, no aludido Protocolado n. 4.773/88-PGJ invoquei a base constitucional do princípio da igualdade e sustentei que, para compensar a deficiência fática que sofrem algumas pessoas, necessitam uma complementação protetiva com escopo de suprir ou ao menos atenuar essas limitações que não raro as impedem de assumir por si mesmas a defesa ou o exercício de direitos fundamentais; concluí sustentando a tese de que, para tanto, o Ministério Público está inteiramente destinado e capacitado a agir em seu benefício. Com base nesse protocolado, o Procurador-Geral de Justiça de São Paulo criou imediatamente o primeiro órgão de Coordenação de Proteção às Pessoas com Deficiência — órgão esse que corresponderia, hoje, a um dos atuais Centros de Apoio Operacional, e que foi o começo do envolvimento institucional do Ministério Público com a defesa da pessoa com deficiência.

Daí para diante, com o advento da Constituição de 1988 e da legislação ordinária subsequente que vinculou o Ministério Público mais propriamente à defesa da pessoa com deficiência, essa atuação passou a ser natural e generalizada.

4 O papel do Ministério Público

Afora alguns conhecidos instrumentos que o Ministério Público já exercitava na defesa de hipossuficientes, na luta, até no campo penal, contra todas as formas de discriminação, a evolução legislativa e jurisprudencial descortinou novas frentes de trabalho da instituição no tocante à defesa da pessoa com deficiência.

É verdade que, nessa defesa, nem tudo depende apenas do Ministério Público, ou seja, das investigações que faz ou das atuações judiciais que lhe cabem. Com efeito, grande parte, ou melhor, a maior parte das medidas necessárias depende de mudanças comportamentais da própria sociedade, aliadas a uma política governamental fundada em sólidos investimentos que compreendam planejamento, prevenção, reabilitação e proteção à pessoa com deficiência, a par da repressão às violações a seus direitos. Não raro, até mesmo alterações legislativas se impõem, recursos materiais são

indispensáveis, e, sobretudo, não se dispensa severa fiscalização do efetivo cumprimento das normas tuitivas.

Contudo, antes mesmo de advirem todas as mudanças estruturais e legislativas que são necessárias, mesmo à vista das leis e condições atuais, desde já pode entrar e certamente entra o papel do Ministério Público no que diz respeito à efetiva aplicação e à respectiva fiscalização das normas tuitivas referentes às pessoas com deficiência, tanto no campo das providências judiciais como extrajudiciais.

O Ministério Público já tem tradição na defesa das pessoas atingidas por alguma forma de hipossuficiência: é o que semelhantemente já vinha fazendo ao atuar protetivamente aos incapazes, aos silvícolas, aos acidentados do trabalho, aos consumidores etc.

Assim, perfeitamente adequado tenha sido ele destinado, de forma institucional, ao zelo pela eficácia de normas constitucionais e ordinárias de defesa da pessoa com deficiência, o que tem compatibilidade com sua destinação institucional (CF, art. 127, *caput*, na defesa dos interesses sociais); além disso, é o que dispõem a respeito, entre outras, a Lei n. 7.853/89, arts. 3º e 5º, e a Lei n. 13.146/15, arts. 7º, parágrafo único, 26, 79, §§ 1º e 3º, 80, 87, 88, § 3º etc.

O Ministério Público deve fazer mais que apenas *intervir* em ações que versem interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos, ou individuais indisponíveis relacionados à proteção das pessoas com deficiência. Além de também *propor* as ações necessárias (Lei n. 7.853/89, art. 3º), deverá também *intervir* em qualquer ação em que seja parte uma pessoa nessas condições, sujeita a limitação física ou mental, posto não se trate de incapaz para os fins do Código Civil, *desde que o objeto dessa ação esteja relacionado com dita deficiência* (CPC, art. 178, I, e art. 5º da Lei n. 7.853/89).

A ressalva final é importante, porque bem dá a medida da intervenção ministerial. Assim, para exemplificar, o Ministério Público não oficiará em qualquer ação proposta por pessoa com deficiência, ou contra ela, se não estiver em discussão problema relacionado com essa especial condição da pessoa. Apenas se a deficiência gerar incapacidade para os fins da lei civil, é que a intervenção do Ministério Público *sempre* estará sempre presente: sendo a parte incapaz, o Ministério Público intervirá no feito, pouco importa esteja ou não o objeto da ação relacionado com dita incapacidade (CPC, art. 178, II). Mas, não havendo incapacidade civil, a presença de interesse de pessoa com deficiência só justificará a atuação do Ministério Público no feito se o objeto da ação estiver relacionado com a deficiência (Lei n. 7.853/89, art. 5º).

Na linha do que foi exposto, tomemos alguns exemplos ilustrativos: em ação individual em que uma pessoa com deficiência questione sua reprovação no exame de saúde para acesso em cargo público, estará em causa sua deficiência; assim, a intervenção do Ministério Público no feito será necessária; com mais razão estará o Ministério Público presente nas ações civis públicas ou coletivas que versarem a defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, relacionados com a deficiência das pessoas.⁸

Nesse sentido, num dos casos pioneiros a propósito da matéria, entendeu o Tribunal de Justiça paulista, de forma acertada, que, no caso das pessoas com deficiência física, a só qualidade da parte não é suficiente para ensejar a intervenção do Ministério Público no processo em que haja interesse de pessoa com deficiência. Assim, uma pessoa capaz, ainda que sofrendo de limitação física, ao cobrar uma cambial não necessitará, em tese, dessa intervenção; contudo, quando essa mesma pessoa se ponha a litigar sobre matéria que diga respeito à sua condição, e, mais ainda, sobre matéria que interesse a toda a categoria de pessoas com deficiência — como a eliminação das barreiras arquitetônicas para seu acesso ao transporte público — existirá interesse público, evidenciado pela qualidade da parte e pela natureza da lide, a ensejar a intervenção ministerial, até porque a solução daquela lide normalmente não dirá respeito apenas ao interesse de um único indivíduo, mas de toda a sociedade. “Afim, a proteção das formas acentuadas de hipossuficiência interessa a toda a coletividade. À sociedade convém intensamente que menores, incapazes, acidentados e deficientes físicos sejam defendidos, mesmo porque todos nós poderemos um dia encontrar-nos nessas situações”.⁹

Nessa atuação, é, pois, protetivo o ofício ministerial,¹⁰ o que inclui não só a *intervenção* do Ministério Público em ações individuais ou coletivas em que esteja em jogo a questão da deficiência das pessoas, como também inclui seu poder de *iniciativa* direta, como autor, para ajuizar as ações civis públicas correspondentes.

⁸ Lei n. 7.853/89, arts. 3º e 5º. Nesse sentido, v. REsp n. 74.235-RS, j. 6-08-96, v.u., 5ª T. STJ, rel. Min. José Dantas, *DJU*, 26-08-96, p. 29.708.

⁹ Cf. MS n. 130.937-2/7-TJSP (ref. ao proc. cível n. 835/87, da 2ª Vara dos Feitos da Fazenda do Estado do foro central); MS n. 107.639-1-TJSP (7ª Câ. Cív. do TJSP, v. u., j. 17-0 8-88, Rel. Des. Rebouças de Carvalho).

¹⁰ Sobre a atuação protetiva do Ministério Público em razão da qualidade da parte, v. meu *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 31ª ed., Cap. 4, Saraiva, 2019.

Além do campo de atuação judicial, ao Ministério Público ainda cabe o amplo campo extrajudicial, quando, por meio do inquérito civil e dos procedimentos a seu cargo, investiga lesões a interesses que lhe caiba defender. Entre outras providências, poderá instaurar inquérito civil e outros procedimentos a seu cargo (CF, art. 129, III e VI); fiscalizar o efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (CF, art. 129, II); exercer a fiscalização dos estabelecimentos que abriguem idosos, menores, incapazes ou pessoas com deficiência (Lei n. 8.625/93, art. 25, VI); realizar audiências públicas; expedir recomendações; requisitar inquéritos policiais etc. E, se necessário, com base em suas investigações, deverá ajuizar as ações judiciais pertinentes, tanto na esfera civil como penal.

Na forma do art. 129, II, da Constituição, o Ministério Público deve zelar para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública observem os direitos e os princípios constitucionais de proteção às pessoas com deficiência, como o acesso a edifícios públicos, ou privados mas destinados a uso público, ou o preenchimento de empregos públicos. Para tanto, o Ministério Público está dotado de toda a gama de atuação judicial ativa ou interventiva, ou de atuação extrajudicial correspondente. Mais especificamente na esfera civil, podem ser lembradas, entre outras, as medidas judiciais relacionadas com educação, saúde, transportes, edificações, bem como com a área ocupacional, previdenciária ou de recursos humanos atinentes à matéria.¹¹ Para tanto, o Ministério Público dispõe de vários instrumentos, como o inquérito civil, os compromissos de ajustamento de conduta, as audiências públicas, a expedição de recomendações, a requisição de informações, ou de instauração de inquérito policial, o ajuizamento de ação civil pública ou de ação penal pública.

E qual é o papel do Ministério Público quando atue em razão da deficiência das pessoas?

Embora a resposta a essa questão já tenha sido antecipada pouco antes, convém ainda desenvolver a matéria, porque costuma causar mais polêmica a intervenção ministerial em razão da qualidade de uma das partes (como já ocorria sob a vigência do antigo art. 82, III, do anterior CPC de 1973). Quando o Ministério Público intervém num feito em razão de um interesse públi-

¹¹ Cf. art. 2º da Lei n. 7.853/89.

co ou social que decorra objetivamente da natureza da lide, está descomprometido com a proteção a uma das partes. Assim, numa ação de nulidade de casamento, não está presente nos autos para necessariamente suplementar a defesa de qualquer dos cônjuges, e sim para fiscalizar a correta solução atinente ao estado das pessoas. Contudo, quando intervém no feito em razão de um interesse público ou social configurado em vista das próprias condições especiais de alguma pessoa (incapaz, pessoa com deficiência física ou mental etc.), está lá para zelar para que o interesse público ou social não seja objeto de disposição indevida ou não seja negligenciado pelas partes, seus procuradores, ou até mesmo pelo juiz.

Isso não quer dizer que o Ministério Público deva, necessariamente, sempre dar razão à parte incapaz ou com deficiência, ainda que ela não a tenha. Quer, porém, dizer que, se o interesse dessa parte — em razão de cuja existência se justificou a intervenção da instituição —, se esse interesse estiver apoiado na lei e na prova, o Ministério Público será responsável de zelar por ele, pois a razão da intervenção do Ministério Público diante de um interesse público evidenciado pela qualidade de uma das partes está precisamente naquela hipossuficiência, que recomenda o zelo da instituição para que aquele interesse legítimo não sucumba, quando tenha direito o hipossuficiente.

A natureza jurídica da atuação interventiva do Ministério Público em prol da pessoa com deficiência é, pois, inteiramente uma forma peculiar de assistência.

É, pois, perfeitamente compatível que o Ministério Público, seja em seu papel ativo, seja em seu papel interventivo, se encaminhe para a atuação protetiva das pessoas que ostentem alguma forma de grave deficiência, seja intelectual, motora, sensorial, funcional, orgânica, de personalidade, social, ou meramente decorrente de fatores outros, como a idade avançada. A tanto o legitimam, na esfera ativa, os art. 3º e 5º da Lei n. 7.853/89, com a redação que ao primeiro deu a Lei n. 13.146/15, e o art. 178, I e II, do CPC, os quais, em correspondência ao art. 127 *caput* da CF, cometem ao Ministério Público a atuação em prol do zelo da prevalência do interesse social, ou do interesse individual se indisponível.

Na esfera da propositura da ação civil pública, além das já tradicionais iniciativas que já detinha nessa área, como ocorre na interdição (CPC, arts. 747, IV, e 748) e noutras medidas de proteção a incapazes,¹² — a Lei n. 7.853/89 (arts. 3º-7º) e a Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) conferiram ao Mi-

¹² Cf. meu *Manual do Promotor de Justiça*, Saraiva, 2ª ed., p. 202 e s., 1990.

nistério Público legitimidade para a defesa de quaisquer interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, ou individuais indisponíveis, em favor de pessoas com deficiência. Ora, dentro da interpretação mais larga que se preconiza, a pessoa com deficiência também merece proteção individual ou coletiva até mesmo enquanto consumidora efetiva ou potencial nos termos do Código de Defesa do Consumidor, como no tocante à propaganda enganosa, ao direito a reserva de lugares especiais atinentes à sua condição, à aquisição de veículos adaptados, ao acesso ao ensino adequado etc.

5 A especialização no Ministério Público

Para que o Ministério Público possa desempenhar papel mais efetivo na defesa das pessoas com deficiência no sentido mais amplo que esta expressão possa alcançar, de todo necessário me parece que se criem Promotorias especializadas para o desempenho dessa atuação, como já se tem feito em outras áreas, como no meio ambiente, no consumidor e em tantos outros ramos de atuação funcional.

Coerentemente com o que de há muito tenho sustentando, para respeitar o princípio do promotor natural, que é a existência de um órgão do Ministério Público dotado previamente de atribuições legais para exercer a respectiva atuação,¹³ devem-se criar cargos para o exercício adequado das funções institucionais atinentes à defesa das pessoas com deficiência.

Conclusão

Em razão do princípio da igualdade, as pessoas com deficiência em nada perdem de sua dignidade enquanto pessoas; deve-se-lhes reconhecer e assegurar o direito de atingir todas as potencialidades que não sejam incompatíveis com sua limitação. Assim, cuidar dos problemas de discriminação nos empregos públicos e privados, de integração social, de atendimento educacional e de saúde, de prevenção e de atendimento especializado, de facilitação de acesso aos bens e serviços coletivos, de eliminação de preconceitos, de supressão de obstáculos arquitetônicos, de adaptação de logradouros, edifícios, veículos, transportes etc. — tudo isso e muito mais são providências imprescindíveis para alcançarmos uma sociedade mais justa, que defenda adequadamente seus membros mais fracos, entre os quais um dia estive-

¹³ Cf. meu *Regime jurídico do Ministério Público*, Saraiva, 9ª ed., p. 152, 2018.

mos todos nós, e entre os quais, a qualquer momento, poderá ainda voltar a estar qualquer um de nós, condição esta a que nós só não voltaremos se a morte nos colher antes disso.

É indispensável que toda a sociedade se conscientize e se preocupe com as pessoas que estejam desfavorecidas por condições, passageiras ou não, que lhes imponham limitações acentuadas em sua capacidade de cuidar de si mesmas. Numa sociedade democrática, que vise ao efetivo respeito aos seus mais sérios valores, a defesa de todos os indivíduos deve ser feita em sua plenitude, por força da dignidade ínsita à pessoa humana, em busca de igualdade, justiça social e bem-estar, o que independe de estarem as pessoas em condições deficitárias, por condições passageiras ou não.

Não se trata de um ato de caridade que o Estado ou as pessoas em geral devem em relação a alguns dos membros da sociedade, atingidos por limitações permanentes ou passageiras, que lhes impedem ou dificultam o exercício de suas potencialidades. A pessoa com deficiência — qualquer que seja ela, motora, sensorial ou intelectual — essa pessoa é inteira, no que diz respeito à dignidade e direitos.

O Ministério Público, ao lado de outros órgãos do Estado e da sociedade, está destinado a somar seus esforços na defesa das pessoas com deficiência. Com a instituição de Promotorias especializadas, cada Ministério Público poderá aprimorar-se na luta em prol de uma sociedade mais justa, agora com o especial zelo daquelas pessoas desfavorecidas por algum tipo de limitação física, psíquica ou meramente social.

MAZZILLI, H. N., People with disabilities and the Brazilian Public Ministry. *Justitia*, São Paulo, v. 213/214/215/216, p. 168-183, Jan./Dec. 2019-2020.

- **ABSTRACT:** The defense of persons with disabilities is based upon the principle according to which all human beings are equal in dignity and rights, so the law seeks to ensure a corresponding legal compensation for them. The judicial or extrajudicial role of the Brazilian Ministério Público is protective, aiming at ensuring the rights and the dignity of persons with disabilities.
- **KEYWORDS:** Persons with disabilities. The role of the Brazilian Ministério Público.

Referências

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1968.

FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do princípio da igualdade jurídica*, p. 268, ed. Rev. dos Tribunais, 1973.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 31ª ed., Saraiva, 2019.

_____, *Regime jurídico do Ministério Público*, Saraiva, 9ª ed., 2018.

_____, *Manual do Promotor de Justiça*, Saraiva, 2ª ed., 1990.

_____, *O deficiente e o Ministério Público, O Estado de S. Paulo*, ed. de 13-03-1988, p. 55.

_____, *O deficiente e o Ministério Público*, RT, 629:64.

_____, *O deficiente e o Ministério Público*, JTACSP, 108:6.

_____, *O deficiente e o Ministério Público*, Justitia, 141/55.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, ed. Rev. dos Tribunais, 1978.

SILVA, Otto Marques da. *A Epopeia Ignorada — a pessoa deficiente na história do mundo de ontem e de hoje*, São Paulo, Centro São Camilo de Desenvolvimento em Administração da Saúde, Cedas, 1987.

Breve Análise Crítica do Acordo de não Persecução Cível. Natureza Jurídica e Requisitos de Validade

José Carlos de Oliveira SAMPAIO*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Denominação e conceito. 2 Pressupostos subjetivos. 3 Pressupostos objetivos. 4 Necessidade de jurisdição. 5 Inexistência de direito público subjetivo do infrator. Conclusão. Referências.
- **RESUMO:** Análise dos requisitos de constituição e de validade do acordo de não persecução cível.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Acordo. Não persecução. Cível. Improbidade administrativa. Reparação. Ação.

Introdução

Recentemente, numa tentativa de aperfeiçoar a legislação processual, veio a lume a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que alterou a redação conferida ao §1º, do artigo 17 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa – doravante identificada como LIA), conferindo-lhe a seguinte redação: ***“As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei”***.

Contudo, em razão do veto presidencial ao artigo 17-A da LIA, e que dispunha sobre o procedimento processual a ser adotado nestes casos, aparentemente criou-se um vazio, uma zona cinzenta no que diz respeito aos requisitos de constituição e de validade do denominado acordo de não persecução cível.

O veto presidencial derivou de uma suposta ofensa ao princípio da isonomia, já que apenas ao Ministério Público era conferida a legitimidade para firmar o acordo de não persecução cível, enquanto a legitimidade para propor a ação cível por ato de improbidade administrativa é plural, alcançando também a pessoa jurídica interessada (art. 17, *caput*, da LIA).

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

No entanto, a exclusividade que se visava conferir ao Ministério Público para conduzir o denominado Acordo de não Persecução Cível derivava da constatação de que *“A tutela “pré-processual” ou “extra-judicial” conheceu extenso desenvolvimento na experiência brasileira. Promovida principalmente pelo Ministério Público, e mais recentemente pela Defensoria Pública, o uso de instrumentos administrativos como inquéritos civis (uma exclusividade do MP), compromissos de ajustamento de conduta e recomendações”*. Igualmente, é de autoria do *Parquet* a esmagadora maioria das ações civis públicas ajuizadas¹.

Outro fator que deve ter conduzido o propósito do legislador foi o de que a análise dos casos desenvolvida pelo Ministério Público é predominantemente técnica, e de que o conteúdo político envolvido é eminentemente social, e não partidário.

Ressalte-se, todavia que a lacuna deixada pelo veto presidencial poderá vir a ser preenchida por ato normativo do Conselho Nacional do Ministério Público, visando à adoção de procedimento uniforme a ser adotado no âmbito administrativo, nas hipóteses de celebração de acordo de não persecução cível; sob o mesmo fundamento do permissivo legal que aplicável em relação ao Conselho Nacional de Justiça (item 4, abaixo).

Contudo, no presente estudo pretende-se analisar, de forma breve, e, portanto, não exauriente, a natureza jurídica, a legitimidade e os requisitos de validade do referido instituto.

1 Denominação e conceito

Quanto ao primeiro aspecto, muito embora o §1º do artigo 17 da LIA faça menção ao substantivo masculino **“acordo”** para identificar o ato a ser realizado; consoante já observava José dos Santos Carvalho Filho ao discorrer sobre a natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta, *“a figura não se compadece com os negócios jurídicos bilaterais de natureza contratual, razão porque entendemos que não se configura propriamente como acordo”*².

Por certo. *Transação* é o contrato pelo qual, mediante concessões mútuas, os interessados previnem ou terminam um litígio, eliminando a incerteza de uma relação jurídica³.

¹ Sociedade Brasileira de Direito Público, 2ª Edição da série “JUSTIÇA PESQUISA” Relatório Analítico Propositivo, Página 6.

² Ação Civil Pública, Freitas Bastos Editora, Página 137, 1995.

³ Orlando Gomes, Contratos, Página 440, 21ª Edição, Editora Forense.

Assim, seria no mínimo contraditório que um negócio jurídico cuja validade pressupõe a licitude do seu objeto (art. 104, II, do CC) tivesse por conteúdo uma convergência de interesses acerca de uma infração, de um ato ilegal, e, portanto, violador da probidade administrativa, passível de ensejar enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e/ou atentado contra os princípios da Administração Pública; como se fosse autorizado aos seus atores fazerem concessões mútuas.

Seria no mínimo contraditório permitir que de alguma forma o infrator se beneficiasse da sua própria torpeza. A moralidade veda que entes públicos autorizados a propor a não persecução cível tenham qualquer complacência para com o infrator, em razão da natureza indisponível do direito violado.

Por conseguinte, juridicamente afigura-se mais adequado denominar o instrumento mediante o qual os interessados estabelecem a forma de composição adequada a sanar ofensa à probidade administrativa, mediante a previsão de obrigações de fazer e/ou de não fazer, a suspensão ou interdição de direitos, ou, ainda, a forma de composição dos danos e de reparação dos prejuízos causados ao patrimônio público e social, simplesmente de **Termo**.

2 Pressupostos subjetivos

Após o veto presidencial, parece não haver espaço para qualquer discussão no sentido de que, sob o aspecto subjetivo, qualquer pessoa jurídica interessada (art. 17, *caput*), isto é, todos os entes públicos que compõem a Administração Direta e Indireta mencionados no artigo 1º da LIA estão legitimados a propor e a conduzir as tratativas visando à não persecução cível.

Porém, as consequências de caráter eminentemente subjetivas (*perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário*) somente podem ser satisfeitas pela pessoa do infrator, o autor do fato típico. Quanto às sanções de cunho patrimonial, embora o responsável principal continue sendo o infrator (*perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, pagamento de multa civil*), admite-se que terceira pessoa se responsabilize pelo pagamento integral ou parcial da dívida, desde que o faça em nome infrator, contando com a ciência e com a anuência dele (art. 283 do CC); pois, embora haja previsão constitucional no sentido de que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, admite-se que “a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens” possa “ser, nos termos da lei, estendidas

aos sucessores e contra eles executadas” (art. 5º, XLV, da FC). Ou seja, autoriza-se a assunção da dívida por terceiro; até porque, tal desiderato poderia ser alcançado pelo infrator, fora dos autos, firmando documento de confissão de dívida.

3 Pressupostos objetivos

Todavia, sob o enfoque objetivo, embora alguns doutrinadores afirmem que no “acordo” de não persecução cível o investigado não fica obrigado a confessar a prática da infração; tal entendimento não resiste à confrontação com o sistema legal vigente, *data venia*.

Na hipótese, conforme restará demonstrado, a natureza do direito violado aliada aos efeitos jurídicos das obrigações passíveis de assunção pelo investigado subordinam o conteúdo da sua declaração de aquiescência, e impõem a confissão.

Inicialmente, cumpre consignar que a probidade administrativa compõe o patrimônio social do Estado, na medida em que por “*patrimônio social*” dever-se-á entender, dentro do próprio contexto sistemático da Constituição, *o conjunto de bens jurídicos assim denominados em face dos valores adotados pelo texto constitucional*.

A *moralidade administrativa* integra o patrimônio social e, ao mesmo tempo, constitui valor tão importante para a sociedade, que passou a constar expressamente do texto constitucional e não mais, apenas, implicitamente. Consta, dentre outros artigos, no de n. 5, LXXIII, no 37, e no § 4º do mesmo artigo, aponta-se a *improbidade administrativa*, o mesmo acontecendo no art. 85, inciso V”⁴.

Por sua vez, o enquadramento da moralidade administrativa no título que trata dos direitos e garantias fundamentais é significativo, já que eles traduzem situações jurídicas que, no nível do direito positivo (da norma), designam aquelas prerrogativas e instituições necessárias à garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas⁵, e revelam o propósito de, através da soberania popular, estabelecer limites aos poderes do Estado so-

⁴ Lúcia Valle Figueiredo. Ação Civil Pública – Gizamento Constitucional, Revista Eletrônica de Direito do Estado, Volume 07

⁵ José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo, Revista dos Tribunais, página 159, 5ª edição.

bre as pessoas, uma vez que “*O constitucionalismo, como movimento de limitação dos poderes estatais, está intrinsecamente ligado ao surgimento dos direitos fundamentais*”⁶.

Alcançados que são pelo conceito de direitos humanos de primeira geração ou dimensão (direitos civis e políticos), os direitos políticos são expressão do princípio da liberdade, cuja limitação interfere no direito de votar e de ser votado, desempenhar funções públicas, e, além disso, produzem reflexos diretos no direito de cidadania. Devido à sua natureza de direitos fundamentais, são indisponíveis, irrenunciáveis, bem como invioláveis; o que importa afirmar que as normas infraconstitucionais e os atos das autoridades constituídas pelo Estado não podem desrespeitá-los, devendo observar a estrita legalidade quando necessário lhes impor limites, sob pena de o abuso ser passível de responsabilização nos âmbitos criminal, civil e administrativo.

Pois bem. Da violação do dever de probidade decorrem consequências gravíssimas, conforme se extrai da leitura do artigo 37, inciso IV, todos da Constituição Federal (*Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível*) e do artigo 12 da LIA.

Por sua vez, a suspensão ou interdição de direitos possui a natureza jurídica de **pena**, haja vista que a Constituição Federal assim as reconhece (art. 5º, XLVI, “e”, da CF)⁷.

Quando tal pena de suspensão de direitos alcança o exercício dos denominados direitos políticos, que constituem condição de elegibilidade (art. 14, §3º, II, da CF) e condicionam o exercício da função pública, sua aplicação deve derivar da prática de um fato obrigatoriamente grave, pois o próprio constituinte fez questão de restringir, de limitar o poder do Estado, consignando expressamente que “*É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: (...) V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º*” (grifamos).

⁶ João Trindade Cavalcante Filho. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade_Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf.

⁷ XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: (...) e suspensão ou interdição de direitos.

Sendo assim, da mesma forma que para o reconhecimento da prática de um ilícito penal – *que também pode dar ensejo à sanção de suspensão dos direitos políticos e à perda da função pública* (art. 47, I, e art. 92, I, ambos do CP) – se exige a existência lei anterior que o defina e que comine a respectiva pena (art. 5º, XXXIX, da CF); no que tange à prática de um fato ilícito revelador da ofensa à probidade administrativa, há de se exigir a existência não somente da tipicidade, mas também de uma relação de proporcionalidade, derivada da gravidade da conduta ou das circunstâncias em que ela é praticada, de tal modo que justifique a imposição das penas de perda da função pública e/ou suspensão dos direitos políticos.

Uma vez que a Constituição Federal é clara no sentido de que a imposição destas penas *só se dará nos casos de improbidade administrativa*, a confissão da autoria da prática de uma infração que revele desonestidade no trato da coisa pública constitui condição *sine qua non* à celebração do Termo de não Persecução Cível; seja por questão de ordem constitucional, como decorrência da limitação imposta ao poder de coerção estatal sobre o indivíduo quando se visa limitar um direito político fundamental, seja por questão de natureza processual.

Não se concebe que se possa cogitar da imposição de sanções desta ordem, e, por isso, excepcionais, sem que se analise a existência de justa causa que sirva de sustentação ao ato do Estado.

A presença da justa causa se constata pela apreciação do “*fato ou o conjunto de fatos que justificam determinada situação jurídica, ora para excluir uma responsabilidade, ora para dar-lhe certo efeito jurídico*”⁸. Sem ela, na seara processual penal, “*A denúncia ou queixa será rejeitada*” (art. 395, IV, do CPP), sob pena do seu recebimento configurar **coação ilegal** (art. 648, I, do CPP).

Portanto, se há possibilidade de imposição de penas de uma mesma espécie (*perda da função pública e suspensão dos direitos políticos*), no âmbito penal e no âmbito civil (LIA), não há razão para deixar de exigir a existência de justa causa quando o investigado anui em celebrar um Termo de não Persecução Cível.

E qual seria esta justa causa? A mesma exigida para a não persecução no âmbito penal; qual seja: que o investigado tenha confessado formal e cir-

⁸ Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Justa causa para ação penal, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

cunstanacialmente a prática de infração (art. 28-A, do CPP); já que em ambas as hipóteses se está diante do Direito Sancionador; que não se restringe ao Direito Penal, pois também alcança o Direito Civil Sancionador⁹.

É importante ressaltar, todavia, que embora os direitos individuais e os direitos políticos sejam indisponíveis, admite-se a atuação estatal no sentido de limitar seus efeitos quando se faz presente um motivo que o justifique.

Assim, a não persecução pressupõe o arrependimento do investigado, cujo principal benefício deve ser a preservação da sua imagem perante a sociedade, evitando todo o constrangimento decorrente da exposição pública do fato no âmbito de um processo litigioso. Acrescente-se a isso, o interesse da sociedade na recuperação moral da pessoa do infrator, no resgate da sua cidadania de uma forma alternativa e plena, e que igualmente cumpra a tríplice função de retribuição-prevenção-ressocialização.

Por conseguinte, a justa causa impõe que haja a confissão por parte do investigado; pois, consoante estabelece a Constituição Federal não se admite a aplicação de pena – e a interdição temporária de direitos é pena – sem a prática de uma infração (art. 5º, XXXIX).

Outra circunstância que impõe a confissão da prática da conduta violadora do dever de probidade decorre do princípio da proporcionalidade.

Não será possível analisar se em determinada hipótese as sanções previstas no Termo de não Persecução Cível são adequadas e proporcionais à gravidade do fato praticado, caso não haja confissão, já que, por exemplo, em relação aos direitos políticos, a “*suspensão só se dará nos casos de*” improbidade administrativa (art. 15, V, da CF).

Conclui-se que o não reconhecimento da autoria do fato constitui circunstância impeditiva à incidência de uma sanção cuja gravidade, devido ao seu potencial de restringir direitos políticos, recomenda moderação.

Não se pode desconsiderar, igualmente, que o princípio da intranscendência ou da pessoalidade ou, ainda, da personalidade da pena, encontra campo de incidência no âmbito da improbidade administrativa, (art. 5º, XLV, da CF).

“Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido” (art. 5º, XLV, da CF).

⁹ STJ, Reclamação nº 591/SP.

Por isso, embora se admita que um terceiro assuma a responsabilidade pela reparação civil do dano provocado pela violação ao dever de probidade, a pessoalidade da sanção de suspensão dos direitos políticos e/ou de perda da função pública impede sua incidência sobre outrem que não o responsável direto pela prática da conduta ímproba.

Caso não se imponha a obrigatoriedade da confissão formal e circunstanciada da prática de infração violadora do dever de probidade, nada impedirá, mormente nos casos de exercício de cargo em comissão, que visando proteger política e criminalmente quem lhe nomeou, o agente público comissionado consinta em responsabilizar-se pelo fato de terceiro, sofrendo as sanções dele decorrentes, desde que não tenha que formalmente reconhecer sua autoria, como uma forma, de também ele, safar-se da responsabilidade criminal.

Sem confissão, não se discute não persecução, cível ou penal.

4 Necessidade de jurisdição

Também merece consideração a análise da questão acerca da existência de inafastabilidade da jurisdição na apreciação do Termo de não Persecução Cível, visando à sua homologação.

Não persecução não é sinônimo de ausência de judicialização. Ela apenas identifica a desnecessidade de se perseguir em juízo um pronunciamento judicial que defira a pretensão de imposição de uma sanção a alguém pela prática de uma infração, na medida em que a atividade de dirimir um conflito é substituída consensualmente por um ato de vontade das partes.

O início da persecução é concomitante ao da prática da conduta ofensiva ao dever de probidade, por identificar o momento em que surge para os legitimados à propositura da ação civil de improbidade administrativa, o direito ou o dever, conforme o caso, de perseguir a tutela do interesse público lesado.

Quando se estabelece que não haverá persecução no âmbito civil, o objeto em discussão não é a moralidade administrativa, mas sim o processo litigioso e suas consequências; de modo que a não persecução pode ser ajustada visando evitar a propositura da ação ou interrompê-la antes do trânsito em julgado da sentença.

Pois bem. A Lei nº 7.347/85 prevê que *“Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”* (art. 5º, §6º), sendo que, caso o Ministério Público figure como presidente do termo, exige-se sua prévia homologação pelo Conse-

lho Superior do Ministério Público (art. 784, IV, do CPC, e art. 112, parágrafo único, da Lei Complementar estadual nº 734, de 26 de novembro de 1993).

Todavia, é forçoso reconhecer que embora versem sobre direito indisponível, as lesões provocadas pela ofensa aos bens jurídicos aos quais se refere o artigo 1º, e incisos da Lei nº 7.347/75 são geralmente suficientemente reparadas mediante a assunção de obrigações de fazer, de não fazer, ou mediante a reparação pecuniária da lesão provocada.

Já quando se cogita da prática de conduta lesiva à probidade, além das sanções ordinariamente impostas nas hipóteses de lesão a direitos difusos genericamente considerados, há as de cunho eminente pessoal, passíveis de atingir direitos individuais e direitos políticos.

“Realmente. Se a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão a direito individual, infere-se que a lei não pode atribuir o julgamento de uma determinada causa a outras pessoas que não integrem o mesmo Poder, porquanto, se isso fosse possível, a referida causa estaria sendo excluída da apreciação do Poder Judiciário, cujos órgãos estão previstos implícita e explicitamente na Lei Maior”¹⁰. A sanção desmedida que atinja direitos individuais e direitos políticos é apta a provocar lesão.

Por isso, e mormente devido à proximidade entre o ilícito penal e o ilícito que atenta contra a probidade, não nos parece legal que o Ministério Público ou a pessoa jurídica interessada sejam juízes de si mesmos, uma vez que constituem órgãos do Estado, a quem obrigatoriamente não se impõe o dever de imparcialidade.

Embora em relação ao Ministério Público a possibilidade do reexame da matéria pelo Conselho Superior do Ministério Público pareça afastar o reconhecimento da parcialidade, não se pode esquecer que a atuação do referido órgão colegiado visa precipuamente fiscalizar a preservação do princípio da obrigatoriedade da tutela do interesse difuso, e não o resguardo dos interesses individuais do investigado. Já em relação aos demais legitimados, sequer há necessidade de reexame da matéria objeto do Termo; circunstância esta que põe em risco tanto preservação do interesse público e social – *derivado da previsão de obrigações que na prática só beneficiam o infrator* –, quanto os interesses dos investigados – *em razão de eventual perseguição política*.

¹⁰ Fernando da Costa Tourinho Filho. Processo Penal, Editora Saraiva, página 157, Volume 1, 9ª edição.

Ademais, a possibilidade de celebração do Termo de não Persecução Cível não retira do Ministério Público ou dos demais legitimados sua função primária, que é a de órgão acusador.

No sistema acusatório adotado pelo direito brasileiro, as funções de acusar, defender e julgar devem estar devidamente separadas. Sendo assim, a imposição de qualquer forma de restrição de direitos indisponíveis da pessoa, por constituir fato grave e excepcional, quando prevista por órgão cuja função primária é a de acusador, deve ser objeto reexame por órgão imparcial; que no caso ora em exame é o Poder Judiciário.

Se está diante de dois interesses igualmente caros à sociedade brasileira: de um lado, a probidade no trato da coisa pública; do outro, os direitos individuais das pessoas e os direitos políticos do cidadão.

Conclui-se que o reexame obrigatório de todo e qualquer Termo de não Persecução Cível pelo Poder Judiciário, para fins de homologação, constitui condição constitucional da sua eficácia, devido à necessidade de se averiguar se o interesse público primário (da coletividade como um todo) no que tange ao resguardo da probidade administrativa e à ressocialização moral do cidadão infrator encontra-se efetivamente preservado, mediante a análise da justa causa e da proporcionalidade das penas nele previstas, passíveis de atingir direitos individuais e direitos políticos.

Caso se apure descompasso, pode o magistrado determinar a emenda do Termo. Caso se apure abuso decorrente da inexistência de justa causa devido à consideração de inexistência do ato de improbidade ou a sua prescrição, poderá haver a prolação de sentença de rejeição da própria ação (art. 17, §8º, da LIA).

É a chancela judicial que transformará o mero **Termo** de não Persecução Cível em um **Título Executivo**; que na expressão de Pontes de Miranda “é título a que se permite, com ele, propor-se ação de execução¹¹.”

Em relação ao Termo de não Persecução Cível não se aplica a norma do §6º, do artigo 5º da Lei nº 7.347/85, que confere ao termo de ajustamento de conduta a qualidade de título executivo extrajudicial, pois enquanto as cominações que neste são previstas atingem apenas a esfera de direitos disponíveis do infrator, naquele há possibilidade da produção de reflexos jurídicos na esfera de direitos individuais e de direitos políticos do infrator; que são indisponíveis, embora limitáveis.

¹¹ Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo IX, 2ª edição, Editora Forense.

Em todo caso, no que toca aos Termos de não Persecução Cível celebrados pelo Ministério Público, também será obrigatória sua prévia homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público, visando não só afastar eventual ofensa ao princípio da obrigatoriedade da tutela do interesse público, mas também analisar a oportunidade e a idoneidade do ajustamento à necessidade de justa reparação do bem jurídico lesado, porquanto *“Para o Ministério Público brasileiro, existe antes o dever de agir do que o direito de ação”*. (...)

*“O dever de agir consiste em que, identificando a hipótese em que a lei lhe imponha uma atuação, o Ministério Público deverá, conforme o caso, propor a ação pública ou intervir no processo, não se admitindo não o faça salvo quando a própria lei lhe consinta essa opção, mas, nesse caso, a falta de atuação do Ministério Público deve submeter-se a um sistema adequado de controle”*¹².

Tal providência se mostra de todo adequada no âmbito interno do Ministério Público, inclusive para que se evitem futuras alegações de inadequação das medidas resolutivas previstas, sob a alegação benignidade demasiada concedida ao infrator, por exemplo; conforme ocorrido em alguns casos que envolvem a denominada Operação Lava-jato.

Há quem possa argumentar a inexistência de norma legal a impor a inafastabilidade da jurisdição. Contudo, trata-se de uma falsa impressão, já que *“O Direito Processual Civil, ramo do direito público, é regido por normas que se encontram na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. Existem também institutos processuais cujo âmbito de incidência e o procedimento para sua aplicação se encontram na própria constituição”*¹³.

É a Constituição Federal, no inciso I, do parágrafo 4º do seu artigo 103-B que prescreve competir ao Conselho Nacional de Justiça: *“zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências”*.

No dia 21 de maio de 2020 foi editada a Resolução Conjunta nº 6, do Conselho Nacional de Justiça, cujo inciso II, do parágrafo único do seu artigo 1º possui a seguinte redação:

¹² Hugo Nigro Mazzilli, O princípio da obrigatoriedade e o Ministério Público, Revista Eletrônica do CEAF. Porto Alegre - RS. Ministério Público do Estado do RS. Vol. 1, n. 1, out. 011/jan. 2012.

¹³ Nelson Nery Júnior, Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, Página 19, Editora Revista dos Tribunais.

Art. 1º **Instituir sistemática unificada para o envio, no âmbito do Poder Judiciário, de informações referentes a condenações por improbidade administrativa e a outras situações que impactem no gozo dos direitos políticos**, que serão objeto de compartilhamento entre o Conselho Nacional de Justiça – CNJ e o Tribunal Superior Eleitoral – TSE.

Parágrafo único. As informações referidas no caput são relativas a:

II – acordos de não persecução cível relativos à improbidade administrativa;

Tal norma é fruto da autonomia normativa do Poder Judiciário (art. 96, I, da CF), inclusive para criar normas primárias.

Quando do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12, que teve por objeto a discussão da conformação da Resolução nº 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça, que versava sobre o nepotismo, o Supremo Tribunal Federal, seguindo o voto condutor da lavra do Ministro Carlos Ayres Britto, deliberou que: “A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade”.

Restou reconhecida, portanto, a competência do Conselho Nacional de Justiça para editar normas de natureza administrativa com vistas à preservação dos princípios contidos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

Por conseguinte, ao se referir às **condenações por improbidade administrativa e a outras situações que impactem no gozo dos direitos políticos**, o Conselho Nacional de Justiça sinaliza no sentido de que tal qual as condenações, as ditas situações impactantes também devem derivar da atividade jurisdicional fundada em título judicial. Ou seja, no âmbito de uma **execução própria**; já que, como visto, a natureza indisponível dos direitos políticos determina que qualquer convenção quanto aos seus efeitos seja objeto de aferição da existência de justa causa pelo Poder Judiciário.

Não se coaduna com a autonomia constitucional do Poder Judiciário pretender transformá-lo em mero chancelador de Termos de não Persecução Cível, pois tais instrumentos deitam raízes no Direito Sancionador, e podem conter previsões que violem o interesse social, e penas violadoras de direitos individuais e de direitos políticos.

Além disso, a identidade de natureza das sanções passíveis de serem impostas em ambas as searas autoriza que se exija que todas as “**situações que impactem no gozo dos direitos políticos**” sejam submetidas ao crivo do Poder Judiciário, aplicando-se analogicamente o disposto no parágrafo 4º, do artigo 28-A do Código de Processo Penal, no sentido de que: “*Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade*”.

A segurança jurídica também impõe que o Termo de não Persecução Cível passe pelo crivo do Poder Judiciário, haja vista que naquelas hipóteses em que as sanções não produzirem reflexos nos direitos políticos do infrator não parece haver necessidade de se observar a Resolução Conjunta nº 6, pois seu artigo primeiro estabelece que a “*sistemática unificada para o envio, no âmbito do Poder Judiciário, de informações referentes a condenações por improbidade administrativa e a outras situações que impactem no gozo dos direitos políticos*”.

Sendo assim, cada colegitimado só terá ciência da atuação pré-processual ou extrajudicial desenvolvida pelo outro em relação a determinado caso, se houver registro da distribuição do feito em juízo. Com isso, evita-se a litispendência ou o reconhecimento da ausência de justa causa caso se reproduza em juízo uma questão que já foi objeto de não persecução.

Outra vantagem decorrente a judicialização é que, por força da natureza do direito em discussão, quando não figurar como proponente do Termo de não Persecução Cível, o Ministério Público deverá obrigatoriamente intervir no feito na qualidade de *custus legis* (art. 178, I, do CPC), auxiliando e fiscalizando para que haja a justa composição do ilícito.

5 Inexistência de direito público subjetivo do infrator

Por fim, quanto à sua natureza jurídica, o Termo de não Persecução Civil configura mero instrumento posto à disposição do Ministério Público e da pessoa jurídica interessada visando à tutela do interesse público e social, quando por meio dele se pode alcançar idêntico resultado daquele que decorreria do exercício do contraditório.

Trata-se de mera faculdade fundamentada na economia processual.

A pactuação, que pode ser parcial ou total, deve ser principalmente do interesse de quem tem o poder de propor a ação, quando, por exemplo, se percebe a possibilidade de abreviação do alcance do resultado advindo de uma sentença, a dificuldade ou a impossibilidade da obtenção de prova ro-

busta ou de se refazer o caminho do dinheiro desviado. Vale dizer: não se pode contemporizar com a ofensa à probidade e nem com as penas necessárias à reparação da ofensa ao direito social, pois quando o dano puder ser quantificado monetariamente, a reparação deverá obrigatoriamente ser integral (art. 12 da LIA).

Não se está diante de qualquer direito subjetivo do investigado, conforme reconhecido pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do MS 35.435. Depois de identificar os gêneros de acordos de leniência que podem ser celebrados por pessoas físicas ou jurídicas para a atenuação da responsabilidade administrativa ou judicial de atos econômicos, como (i) o Acordo de Leniência Antitruste (Lei 12.529/2011); (ii) o Acordo de Leniência Anticorrupção (Lei 12.843/2013); (iii) o Acordo de Leniência do MP, que não possui previsão legal expressa, mas surge de interpretação sistemática das funções constitucionais do Parquet; e (iv) o Acordo de Leniência do Sistema Financeiro Nacional (Lei 13.506/2017), a eles acrescentou o chamado **“acordo de não persecução cível”**, recentemente introduzido pela Lei 13.964/2019, para, ao final, concluir que ***“Em síntese, a tese então prevalecente foi a de que o procedimento de colaboração não materializava direito subjetivo à obtenção dos benefícios”***¹⁴.

Conclusão

Chega-se à conclusão de que por meio do Termo de não Persecução Cível, que é o instrumento mediante o qual um dos legitimados à propositura da ação civil de improbidade administrativa, vislumbrando que se pode alcançar, no todo ou em parte, idêntico resultado daquele que decorreria do exercício do contraditório, oferece à consideração do infrator o reconhecimento da prática de um fato lesivo à moralidade administrativa e uma forma de composição adequada, independentemente de um pronunciamento judicial para dirimi-lo, mas que o homologue, mediante a previsão de obrigações de fazer e/ou de não fazer, a suspensão ou interdição de direitos, ou, ainda, a forma de composição dos danos e de reparação dos prejuízos causados ao patrimônio público e social.

¹⁴ Notícias STF. Terça-feira, 26 de maio de 2020.

SAMPAIO, J. C. de O. A Brief Critical Analysis of The Civil Non-Persecution Agreement. Legal Nature and Validity Requirements. *Justitia*, São Paulo, v. 213/214/215/216, p. 184-198, Jan./Dec. 2019-2020.

- **ABSTRACT:** Analysis of the requirements of Constitution and validity regarding the civil non-persecution agreement.
- **KEYWORDS:** Agreement. Non-persecution. Civil. Administrative dishonesty. Repair. Action.

Referências

Sociedade Brasileira de Direito Público, 2ª Edição da série “JUSTIÇA PESQUISA” Relatório Analítico Propositivo, Página 6.

Ação Civil Pública, Freitas Bastos Editora, Página 137, 1995.

Orlando Gomes, Contratos, Página 440, 21ª Edição, Editora Forense.

Lúcia Valle Figueiredo. Ação Civil Pública – Gizamento Constitucional, Revista Eletrônica de Direito do Estado, Volume 07.

José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo, Revista dos Tribunais, página 159, 5ª edição.

João Trindade Cavalcante Filho. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaTvJustica/portaTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf.

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: (...) e) suspensão ou interdição de direitos.

Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Justa causa para ação penal, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

STJ, Reclamação nº 591/SP.

Fernando da Costa Tourinho Filho. Processo Penal, Editora Saraiva, página 157, Volume 1, 9ª edição.

Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo IX, 2ª edição, Editora Forense.

Hugo Nigro Mazzilli, O princípio da obrigatoriedade e o Ministério Público, Revista Eletrônica do CEAF. Porto Alegre - RS. Ministério Público do Estado do RS. Vol. 1, n. 1, out. 011/jan. 2012.

Nelson Nery Júnior, Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, Página 19, Editora Revista dos Tribunais.

Notícias STF. Terça-feira, 26 de maio de 2020.

Colaboração Premiada Coletiva¹

Sara Zero dos SANTOS*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Colaboração premiada. 2 Colaboração premiada no direito comparado. 3 Colaboração premiada no Brasil. 3.1 Colaboração premiada e nova lei de organização criminosa. 4 Do processo coletivo e a colaboração premiada coletiva. Conclusão. Referências.
- **RESUMO:** O presente artigo tem por finalidade realizar um estudo sobre a Colaboração Premiada Coletiva, meio de obtenção de provas que auxiliem na persecução penal coletiva. Diante da preocupação pela efetiva tutela penal dos interesses transindividuais está em construção o Direito Processual Penal Coletivo. Portanto, analisando a influência da colaboração premiada no direito comparado e traçando uma linha cronológica da evolução legislativa do Instituto da Colaboração Premiada no ordenamento jurídico pátrio, discute-se sob sua aplicação no âmbito coletivo.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Colaboração Premiada Coletiva. Direito Processual Penal Coletivo.

Introdução

A colaboração premiada é um instituto de natureza mista (processual e material), previsto em diversas leis do ordenamento jurídico brasileiro. Desde a década de 90 começou a aparecer em leis mais severas, como: a Lei de Crimes Hediondos, Lei do Tráfico de Drogas, Lei da Lavagem de Dinheiro, entre outras. Assim, nota-se que com o aumento da criminalidade violenta foi necessário o legislador prever outros meios de obtenção de prova que auxiliassem na persecução penal, de modo a identificar os autores dos crimes, dismantelar associações criminosas, resgatar vítimas e encontrar o produto do crime, para então, buscar a almejada a pacificação social.

A Lei n.º 12.850 de 2013 representou um marco para o instituto da colaboração premiada. Conhecida como a nova lei de organização criminosa,

* Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Anhanguera

¹ Trabalho elaborado sob a orientação do Prof. Dr. Rafael de Oliveira Costa.

em seu texto legal dispôs sobre a investigação criminal e os meios de obtenção da prova e tratou de regulamentar a colaboração premiada quanto à celebração do acordo, a legitimidade para a proposta e a necessária homologação judicial.

O Direito Processual Penal Coletivo está em crescimento, sendo o ramo do Direito que se preocupa em tecer normas processuais adequadas para a efetiva tutela penal dos direitos coletivos, tornando-se essencial para o combate aos crimes que afetam toda a coletividade. Neste sentido, torna-se necessário analisar a colaboração premiada também sob a ótica dos diretos transindividuais, sendo o objetivo deste trabalho construir uma linha histórica da colaboração premiada no Brasil e refletir sobre a colaboração premiada coletiva.

1 Colaboração premiada

O instituto da Colaboração Premiada, previsto em diversas leis do ordenamento jurídico pátrio, é também conhecido como “delação premiada”, “chamamento do corréu” ou “confissão premiada”.

Contudo, a terminologia Colaboração Premiada se refere a gênero, e a delação premiada é uma de suas espécies, conceitos estes que serão tratados no decorrer deste trabalho.

Para Lima (2018), a Colaboração premiada pode ser conceituada como:

Técnica especial de investigação por meio (meio extraordinário de obtenção de prova) da qual o coautor e/ou partícipe da infração penal além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal. (LIMA, 2018, p. 706)²

² LIMA, Roberto Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 6ª edição. Salvador. Juspodvim, 2018. Pág. 706.

O Supremo Tribunal de Justiça, no Julgamento do Habeas Corpus 69.998/RJ, em que o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca atuou como Relator, fixou o entendimento que “A Colaboração Premiada é uma técnica especial de investigação, meio de obtenção de prova advindo de um negócio jurídico processual personalíssimo, que gera obrigações e direitos entre as partes celebrantes (Ministério Público e colaborador)”. (STJ HC 69.998).³

Tal entendimento foi embasado no Julgamento do Habeas Corpus 127.483 Paraná, pela Suprema Corte, cujo Relator foi o Ministro Dias Toffoli, no qual fixou o entendimento de que

“ A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração”. (STF HC 127.483).⁴

Destarte, a Colaboração Premiada pode ser conceituada como um instrumento jurídico que auxilia na investigação penal, em que o colaborador, voluntariamente, oferece informações ao Estado em troca de uma benesse.

De outro modo, o simples depoimento do colaborador não se confunde com a colaboração premiada, pois ele se refere a um meio de prova, que se mostra hábil a formar o convencimento do julgador, enquanto a colaboração premiada é um meio de obtenção de prova, visto que, destina-se à aquisição destas.

³ BRASIL, **STJ HC 69.988** – RJ. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. DJe. 07/11/2016. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=15457160&tipo=51&nreg=20070221730_9&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20110622&formato=PDF&salvar=false>

⁴ BRASIL, **STF HC 127.483** PARANÁ. Relator Dias Toffoli. Data do julgamento: 27/08/2015. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>

Com relação a sua natureza jurídica, o STF no julgado supracitado a definiu como negócio jurídico processual, pois

“seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração”. (STF HC 127;483).⁵

A doutrina tem entendido que se trata de “negócio jurídico de natureza jurídica mista (processual e material), sendo que uma das suas finalidades essenciais é a de servir de técnica jurídica para obtenção de prova” (ALMEIDA e COSTA, 2018, p. 520)⁶, cujos reflexos repercutem diretamente na pretensão punitiva do Estado e igualmente funciona como meio de defesa do colaborador.

As espécies de colaboração premiada são quatro, previstas nos incisos I ao V do artigo 4º da lei n.º 12.850 de 2013, a saber: delação premiada, neste tipo, o agente, além de confessar seu envolvimento na prática delituosa, expõe as outras pessoas implicadas na infração penal; colaboração para libertação, hipótese em que o colaborador indica o local onde está mantida a vítima sequestrada; colaboração para recuperação e localização de ativos, neste tipo de colaboração, o agente fornece dados para a localização do produto ou proveito do delito; por fim, a colaboração preventiva, onde o colaborador presta informações relevantes aos órgãos estatais responsáveis pela persecução penal de modo a evitar um crime ou impedir a continuidade da conduta ilícita.

Os benefícios que podem ser concedidos ao colaborador, atualmente, são: redução da pena, fixação do regime inicial semiaberto ou aberto, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, progressão de regime, não oferecimento da denúncia e perdão judicial.

⁵ _____. STF HC 127.483 PARANÁ. Relator Dias Toffoli. Data do julgamento: 27/08/2015. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>

⁶ ALMEIDA, A.A. e COSTA, R.O. **Do Ministério Público como garantia de acesso à justiça e os novos horizontes da colaboração premiada coletiva**. ALMEIDA, CAMBI E MOREIRA (Orgs.) In: 30 anos da Constituição de 1988 e o Ministério Público, avanços, retrocessos e novos desafios. Belo Horizonte, D'Plácido, 2018. Pág.516.

2 Colaboração premiada no direito comparado

A colaboração premiada não é invenção brasileira, está presente no ordenamento jurídico de diversos países, como a Estados Unidos, Itália e Espanha. Surgiu diante da necessidade do Estado em combater o terrorismo e o crime organizado.

Na década de 60, as máfias atormentaram o sistema político e econômico dos Estados Unidos, tornando-se necessária uma intervenção efetiva do Estado. Deste modo, “com a finalidade de conter a expansão do crime organizado, adotou-se, nos Estados Unidos da América, o instituto, vulgarmente, denominado de *plea bargaining*, no qual o Ministério Público negocia com o acusado o acordo de colaboração”. (MEIRA et al, 2017, pág. 191).⁷

Com relação às modalidades de *plea bargaining* no direito estadunidense, apontam-se três: a sentença *bargaining*, em troca da declaração de culpabilidade do acusado é realizada a promessa de aplicação de uma pena determinada; *charge bargaining*, em troca da confissão do réu em relação a um ou mais crimes, o Ministério Público se compromete a abandonar determinada imputação que originalmente lhe foi feita ou acusa-lo de um crime menos grave; forma mista, há a aplicação de uma pena atenuada e diminuição de imputações em troca da confissão do acusado. (Congresso Nacional, CPMI JBS).⁸

Na Itália, na década de 70, houve um grande aumento do crime organizado, por causa da máfia e do terrorismo, em consequência, o Estado italiano concluiu que as provas tradicionais do processo penal não eram suficientes para o combate ao crime organizado. A confissão e declaração de depoimentos de testemunhas estavam em desuso, além do mais, as máfias possuem um pacto de silêncio. Nos anos 80 foram promulgadas leis em que surgiu a figura do réu colaborador, culminando com o Novo Código de Processo Penal Italiano, de 1989.

Um dos casos mais importantes relacionados à delação premiada na Itália, ganhou impulso a partir da colaboração de Tommaso Buscetta, ex-integrante da organização criminosa “Cosa Nostra” e a sua delação possibilitou o desmantelamento da organização.

⁷ MEIRA, José Boanerges et al. **A colaboração premiada e processo penal brasileiro: uma análise crítica**. VirtuaJus, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 176-211, 2º sem. 2017 – ISSN 1678-3425. Disponível em < <http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/16778>>

⁸ Congresso Nacional, CPMI JBS – **Relatório Parcial Colaboração Premiada**. Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/12/3relatorio-final-cpmi-jbs.pdf>>

Na década de 90, a Justiça italiana pôde prender e punir organização criminosa envolvendo partidos políticos e crimes de corrupção arraigados em todo o país, na Operação que se iniciou em Milão e que recebeu o nome de “Operação Mãos Limpas” (“Mani Pulite”).⁹ (TABAK et al, 2015, pág. 6).

No direito espanhol, o instituto da delação premiada surgiu primeiramente na Lei Orgânica nº 3, de 25 de maio, como uma forma de incentivar que os participantes do crime de terrorismo que colaborassem com a justiça (remissão parcial ou total da pena, de acordo com as circunstâncias). No novo Código Penal, o instituto foi mantido para o terrorismo e estendido para os delitos relacionados ao tráfico de drogas.

São dois os requisitos exigidos para a delação premiada, o abandono voluntário das atividades delitivas e a colaboração ativa para impedir a produção do delito ou para obter provas decisivas para a identificação ou captura de outros responsáveis ou impedir a atuação ou o desenvolvimento das organizações ou associações a que tenha pertencido ou colaborado. (Congresso Nacional, CPMI JBS).¹⁰

3 Colaboração premiada no Brasil

No Brasil, o instituto da Colaboração Premiada surgiu diante do reconhecimento da ineficácia dos métodos tradicionais de investigação, revelou-se então, a colaboração premiada, um meio eficaz para se obter informações relevantes para a persecução penal.

Na década de 90, época marcada pelo grande aumento da violência, do tráfico de drogas e da criminalidade em massa, foi necessário que o Estado editasse leis mais severas, a exemplo da Lei de Crimes Hediondos, passando a dispor sobre a figura do réu colaborador. (LIMA. 2018, pág. 710).¹¹

Brevemente, a seguir, será apresentada a evolução legislativa da colaboração premiada no ordenamento jurídico pátrio. A primeira Lei a ser mencionada é a de n.º 7.209 de 1984, que inclui o artigo 65 no Código Penal Bra-

⁹ TABAK, B. M. et. al. **A Colaboração Premiada Compensa?** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, agosto/2015 (Texto para Discussão nº 181). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos.

¹⁰ Congresso Nacional, CPMI JBS – **Relatório Parcial Colaboração Premiada**. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/12/3relatorio-final-cpmi-jbs.pdf>

¹¹ _____. Roberto Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 6ª edição. Salvador. Juspodvim, 2018. Pág. 706

sileiro. Nota-se que o instituto da colaboração premiada começou a aparecer no ordenamento jurídico sob o manto confissão espontânea¹², beneficiando o coautor que colabora com a persecução penal visando a redução da pena.

Em 1990 foi publicada a Lei n.º 8012, que dispõe sobre os crimes hediondos. Foi a primeira Lei que expressamente previu o instituto da colaboração premiada, que está disposto no parágrafo único do artigo oitavo¹³, assim, passou a beneficiar o participante, com a redução de um a dois terços da pena, que denunciar à autoridade acerca de sua quadrilha ou bando, de forma a possibilitar o seu desmantelamento.

Lima ensina que,

Aplica-se exclusivamente aos casos em que, praticados os delitos de que cuidam a referida lei, doravante por meio de associação criminosa, esta seja desmantelada em razão de denúncia feita por um de seus integrantes. Logo, demonstrando-se que não havia uma associação criminosa para o fim de praticar crimes hediondos ou equiparados, não se admite o reconhecimento da delação premiada. (LIMA, 2018, pág. 711)¹⁴

A supracitada Lei também cuidou de disciplinar a colaboração premiada no Código Penal, incluindo o §4º no artigo 159¹⁵, que tipifica o crime de extorsão mediante sequestro, deste modo, o colaborador que denunciar à

¹² _____. CP. Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

III. Ter o agente: d. confessado, espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime.

¹³ _____. Lei n.º 8012/90. Art. 8º. Parágrafo único: O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

¹⁴ _____. Roberto Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 6ª edição. Salvador. Juspodvim, 2018. Pág. 711.

¹⁵ _____. CP. Art. 159. § 4º - Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.

autoridade a quadrilha ou bando que cometeu o crime, contribuindo para a libertação do sequestrado, será contemplado com a redução da pena de um a dois terços.

Torna-se relevante trazer à baila o entendimento do STJ sobre a incidência obrigatória da benesse, quando as informações prestadas pelo agente forem eficazes, possibilitando ou facilitando a libertação da vítima.

CRIMINAL. HC. EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO. DOSIMETRIA. DELAÇÃO PREMIADA. INFORMAÇÕES EFICAZES. INCIDÊNCIA OBRIGATÓRIA. DESCONSIDERAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. A delação premiada prevista no art. 159, § 4º, do Código Penal é de incidência obrigatória quando os autos demonstram que as informações prestadas pelo agente foram eficazes, possibilitando ou facilitando a libertação da vítima. É viável o exame da dosimetria da pena por meio de habeas corpus, devido a eventual desacerto na consideração de circunstância ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu hipótese dos autos. Deve ser concedida a ordem para anular em parte o julgamento da apelação criminal nº 035980134890, a fim de que outro acórdão seja proferido, observando-se a incidência da delação premiada também em relação a ADRIANO ROGÉRIO DAMASCENO. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (STJ HC 26325).¹⁶

¹⁶ _____. STJ - HC: 26325 ES 2003/0000257-7, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 24/06/2003, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 25/08/2003 p. 337

Em 1995 foi publicada a Lei n.º 9.034 que tratou da utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, também possibilitando a redução da pena quando o colaborador levar à autoridade dados sobre a infração criminosa e a sua autoria. A referida lei hoje não está em vigor, pois foi revogada pela legislação atual que disciplina a organização criminosa.

Ainda em 1995, a Lei n.º 9.080/95 incluiu o §2º no artigo 25 da Lei nº 7.492 de 1986, conhecida como Lei dos crimes de colarinho branco; e o parágrafo único do artigo 16 da Lei nº 8.137 de 1990, que trata dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. Tais modificações passam a prever a colaboração premiada para crimes previstos nestas leis quando cometidos em quadrilha ou coautoria, e o coautor ou partícipe, através da confissão espontânea revelar para a autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa, terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

Em 1998, a Lei n.º 9.613, conhecida como Lei de Lavagem de Capitais, trouxe inovações sobre instituto da colaboração premiada, passando a prever além a redução da pena de um a dois terços, outras benesses, que serão tratadas a seguir.

A redação de 1998 previa a redução da pena de um a dois terços e a o regime inicial semiaberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos se, o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

A redação foi alterada em 2012, pela Lei 12.683, passando a vigorar o seguinte teor legal do parágrafo 5º, do artigo 1º da Lei 9.613 de 1998:

A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as

autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objetos do crime.

Lima (2018) afirma que

“aos olhos do colaborador, o benefício concedido pelo legislador não se afigura muito sedutor. Isso porque este só poderá obter como prêmio legal uma diminuição de sua pena de um a dois terços, a depender do grau de colaboração. Ou seja, levando-se em consideração que a traição geralmente é punida com uma ‘pena de morte’ pelos criminosos, não há estímulo algum à delação se o colaborador já sabe de antemão que provavelmente continuará cumprindo pena, quiçá no mesmo estabelecimento prisional que seus comparsas”. (Lima, 2018, p. 533).¹⁷

Portanto, a inovação trazida pela Lei de lavagem de capitais compreende três benefícios que podem ser concedidos ao colaborador: a diminuição da pena de um a dois terços e fixação do regime inicial aberto ou semia-aberto; substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; perdão judicial como causa extintiva da punibilidade.

Para ser beneficiado, basta que a colaboração produza um dos três efeitos previstos na lei: apuração das infrações penais; identificação dos demais coautores ou partícipes; localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

A lei de proteção às vítimas e testemunhas de crimes, de nº. 9.807 de 1999, divide-se em dois capítulos, sendo que o segundo é o que merece aten-

17 _____. Roberto Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 6ª edição. Salvador. Juspodvim, 2018. Pág. 533.

ção especial dado o assunto ser objeto de estudo deste trabalho. É relevante mencionar que a referida Lei se aplica a todos os crimes e “representou verdadeira democratização do instituto da colaboração premiada no ordenamento jurídico pátrio, possibilitando sua aplicação a qualquer delito” (LIMA, 2018, pág. 714).¹⁸

O relator do Projeto da referida Lei, Deputado Alberto Mourão, em seu voto para emissão do parecer, registrou a seguinte tese:

Outra questão a ser tratada no atual momento é a dos chamados criminosos colaboradores, com mecanismos que incentivem tal tipo de colaboração. Para tanto, há que se estender os tímidos mecanismos atualmente existentes, proporcionando-se a redução e até a isenção de cumprimento de pena conjugada com medidas de proteção frente a ameaças ou coações efetivas ou potenciais, que devem abranger o cumprimento de uma pena de segurança em relação aos demais detentos. Não é uma questão de simpatia, mas uma questão de necessidade da política criminal. Em assim sendo é de se conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao indiciado ou acusado que, sendo primário, dispõe-se a colaborar efetiva e voluntariamente com a polícia e com a justiça, daí resultando a identificação dos demais co-autores da ação criminosa, a localização das vítimas com a sua integridade física preservada e a recuperação total ou parcial do produto do crime. Esclarece que a extinção da

¹⁸ _____. Roberto Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 6ª edição. Salvador. Juspodvim, 2018. Pág. 714.

punibilidade, mediante o perdão judicial, já está prevista no Código Penal, art. 107, inciso IX, “nos casos previstos em lei”. Dentro do mesmo raciocínio, a redução da pena de um a dois terços já se encontra prevista para os colaboradores em relação a determinados crimes em disposições nas Leis nº 8.072, de 1990, 9.034, de 1995, 9.303, de 1996 e 9.269, de 1996 e em alguns projetos de lei em tramitação nesta Casa (Projeto de Lei nº 1.157, de 1995 e Projeto de Lei nº 3.600, de 1997). É importante ampliar o estabelecimento dessa redução, atualmente restrita aos demais delitos, aplicando-a aos colaboradores que irão ajudar nesse programa. (Diário da Câmara dos Deputados, pág. 137) ¹⁹

As vantagens ao colaborador, previstas nos artigos treze²⁰ e quatorze²¹, são: perdão judicial e redução da pena de um a dois terços,

¹⁹ _____. **Diário da Câmara dos Deputados**. Livro Nº. 69, de 21 de abril de 1999. Brasília – DF. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD21ABR1999.pdf#page=135>>

²⁰ _____. Lei n.º 8.907 de 1999. Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;

II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

²¹ _____. Lei n.º 8.907 de 1999. Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

Contudo, há de se observar as condições objetivas e subjetivas para que ao colaborador seja concedido o perdão judicial. As objetivas, previstas nos incisos I ao III do artigo treze, exigem que a colaboração tenha como resultado a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa, a localização da vítima com a sua integridade física preservada e a recuperação total ou parcial do produto do crime. Já as condições subjetivas estão previstas no parágrafo único do supracitado artigo, que o juiz levará em conta, para a concessão do perdão judicial, a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstância, gravidade da repercussão social e do fato criminoso.

Para Miguel (2000), trata-se de direito público subjetivo de liberdade do acusado. “A locução “pode” inserida no art. 13 não representa nenhuma faculdade ao Juiz. Satisfeitos os requisitos legais exigidos, o Juiz está obrigado a conceder o perdão, declarando a extinção da punibilidade.”²²

Com relação à redução da pena, será concedida desde que a colaboração possibilite a identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, a localização da vítima com vida e a recuperação total ou parcial do produto do crime

Em 2004, por meio do Decreto nº. 5.105 foi promulgada a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Transnacional, cuja finalidade é de promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional.

O artigo 26 da supracitada norma, apresenta medidas para intensificar a cooperação com as autoridades competentes para a aplicação da lei, prevenindo que cada Estado tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado de grupos criminosos organizados a fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas e a prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, suscetível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime. Deste modo, diante da postura do colaborador e das informações prestadas de forma substancial, cada Estado poderá considerar a possibilidade de reduzir a pena ou conceder a imunidade, assegurando a mesma proteção concedida às testemunhas, pois, nos termos do artigo 24 cada Estado deve adotar as medidas

²² MIGUEL, Alexandre. **Comentários à lei de proteção às vítimas, testemunhas e réus colaboradores**. Revista dos Tribunais | vol. 773/2000 | p. 425 - 443 | Mar / 2000 DTR\2000\785

necessárias apropriadas para assegurar uma proteção eficaz contra eventuais atos de represália ou de intimidação das testemunhas.

Em 2006, a Lei n.º 11.343, conhecida como lei do tráfico de drogas, em seu artigo 41 prevê a redução de um a dois terços da pena ao indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime.

3.1 Colaboração premiada e nova lei de organização criminosa

A Lei n.º 12.850 de 2013 representa um importante marco da colaboração premiada no ordenamento jurídico. Em que pese o instituto estivesse presente em diversas leis desde a década de 90, foi por meio da nova lei de organização criminosa que o instituto passou a ter um regramento mais específico.

Em seu artigo terceiro, inciso I, prevê que a colaboração premiada é um meio de obtenção de prova que pode ser utilizada em qualquer fase da persecução penal, assim entendida como a fase investigatória e a ação penal promovida pelo Ministério Público.

No artigo quarto, a legislação prevê que o juiz poderá a requerimento das partes, conceder o perdão judicial ou reduzir a pena privativa de liberdade em até dois terços ou substituí-la por restritiva de direitos, se a colaboração for efetiva e voluntária, e produzir um ou mais dos resultados que são apresentados nos incisos I ao V, ou seja, identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações praticadas pela organização criminosa; e por fim, a localização de eventual vítima com sua identidade física preservada.

Deste modo, à luz do artigo quarto da supradita lei, ainda que a colaboração do agente tenha apenas um dos resultados previstos, fará ele jus aos benefícios legais, contudo, deverá ser levado em consideração as circunstâncias subjetivas, ou seja, personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

Poderá ainda o Ministério Público deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efetiva colaboração. E sendo a colaboração posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

Considerando a relevância da colaboração, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, exigida a manifestação do Ministério Público, poderão requerer o benefício do perdão judicial, ainda que esse benefício não tenha sido previsto a proposta inicial.

Infere-se, portanto, que a legitimidade para a celebração do acordo da colaboração premiada poderá se dar de duas formas durante a persecução penal. A primeira, a acontecer durante o inquérito policial, ocorrerá entre o Delegado de Polícia, o investigado e o defensor, exigida a manifestação do Ministério Público; a segunda, já durante a ação penal, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

LIMA aponta que

“por mais que autoridade policial possa sugerir ao investigado a possibilidade do acordo de colaboração premiada, daí não se pode concluir que o Delegado de Polícia tenha legitimação ativa para firmar tais acordos com a simples manifestação do Ministério Público (...). Se é verdade que a autoridade policial tem interesse em obter informações relevantes acerca do funcionamento da organização, é inconcebível um acordo de colaboração premiada que seja celebrado sem a necessária interveniência do titular da ação penal pública. Quando a Constituição Federal outorga ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública, também confere a ele, com exclusividade, o juízo de visibilidade da persecução penal através da valoração jurídico-penal de o prêmio acordado com o investigado repercutir diretamente na pretensão punitiva do Estado, não se pode admitir a lavratura de um acordo de colaboração premiada sem a necessária e cogente

intervenção do Ministério Público como parte principal, e não por meio de simples manifestação. (LIMA, 2018, pág. 736) ²³

Convém trazer à discussão que o Procurador-Geral da República ajuizou ação direta de inconstitucionalidade (ADI 5508 – DF) em face dos parágrafos 2º e 6º do artigo 4º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, no tocante à legitimidade do delegado de polícia para conduzir e entabular acordos de colaboração premiada.

No seu voto, o então relator Ministro Marco Aurélio fixou a tese:

Em nenhum ponto o ato normativo em jogo afasta a participação do Ministério Público em acordo de colaboração premiada, ainda que ocorrido entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, não se podendo cogitar da afronta à titularidade da ação penal. Ao contrário, a legitimidade da autoridade policial para realizar as tratativas de colaboração premiada desburocratiza o instituto, sem importar ofensa a regras atinentes ao Estado Democrático de Direito, uma vez submetido o acordo à apreciação do Ministério Público e à homologação pelo Judiciário. Embora o Ministério Público seja o titular da ação penal de iniciativa pública, não o é do direito de punir. A delação premiada não retira do Órgão a exclusividade da ação penal. (STF ADI 5508). ²⁴

Assim, em 20 de junho de 2018, o Supremo por maioria, julgou improcedente o pedido assentado a inconstitucionalidade.

²³ _____. Roberto Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 6ª edição. Salvador. Juspodvim, 2018. Pág. 736.

²⁴ _____. STF. **ADI 5508** – DF. Relator Ministro Marco Aurélio. Data do Julgamento: 20/08/2018. Disponível em: <<https://juristas.com.br/wp-content/uploads/2018/06/ADI5508MMA.pdf>>

“O Tribunal entendeu que a lei não afastou a participação do Ministério Público dos acordos, ainda que celebrados entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor. Não haveria, nesse sentido, afronta à titularidade da ação penal, visto que, embora o Ministério Público seja o titular da ação penal pública, não o é do direito de punir”. (ALMEIDA e COSTA, 2018).²⁵

O juiz não deve presenciar ou participar das negociações, pois, assim está expresso no parágrafo sexto da referida lei. Contudo, conforme dispõe o parágrafo oitavo, o juiz poderá deixar de homologar a proposta, se entender que não preenche os requisitos legais ou, até mesmo adequá-la, ao caso concreto.

Antes da homologação do acordo pela autoridade judiciária competente, é possível que as partes se retratem da proposta, conforme dispõe o parágrafo dez do artigo quarto da mencionada lei, assim, as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor. Entende-se que, tanto o Ministério Público quanto o colaborador podem se retratar, contudo, somente pode acontecer até a homologação judicial.

4 Colaboração premiada coletiva

O interesse coletivo em sentido lato é gênero e suas espécies estão definidas no parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, assim classificados: Interesses difusos, são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; Interesses coletivos em sentido estrito, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; Interesses individuais homogêneos, os transindividuais de natureza di-

²⁵ ALMEIDA, A.A. e COSTA, R.O. **Do Ministério Público como garantia de acesso à justiça e os novos horizontes da colaboração premiada coletiva**. ALMEIDA, CAMBI E MOREIRA (Orgs.) In: 30 anos da Constituição de 1988 e o Ministério Público, avanços, retrocessos e novos desafios. Belo Horizonte, D'Plácido, 2018. Pg.520.

visível, de que seja titular grupo, categoria ou classe determinável decorrente de uma origem comum.

A adequada tutela dos interesses transindividuais não se pode dar com as mesmas normas processuais utilizadas para a tutela dos interesses individuais. Assim ensina Ada Pellegrini Grinover que (1984)

onde a tutela dos interesses difusos se torna mais relevante é no plano processual. Não somente porque é o processo, como instrumento de atuação de certas fórmulas constitucionais, que viabiliza a sua garantia, transformando o «direito declarado» em «direito assegurado»; mas ainda porque, tratando-se de interesses difusos, o próprio processo se apresenta em um novo enfoque, desafiando a argúcia e a criatividade do processualista.²⁶

No âmbito civil há um microsistema processual coletivo reconhecido pelo Supremo Tribunal de Justiça, porém, no aspecto penal ainda não há normas adequadas para tutelar estes interesses, apontando a necessidade da sistematização de um Código de Processo Penal Coletivo.

ALMEIDA e COSTA (2018)²⁷ destacam que a concepção de colaboração premiada coletiva abrange todas as situações que envolvem a colaboração premiada de bens jurídico-penal difuso, coletivo ou homogêneos. Assim, a colaboração premiada coletiva possui a finalidade de “potencializar a sua capacidade de promover o diálogo, o consenso a melhoria da atividade de persecução penal. (...) pela priorização da atuação preventiva, de modo a atuar programaticamente no combate à prática de novos delitos.” (ALMEIDA e COSTA, 218. Pág. 520).

²⁶ GRINOVER, A. P. (1984). Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, 79, 283-307. Recuperado de <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67016>>

²⁷ _____. **Do Ministério Público como garantia de acesso à justiça e os novos horizontes da colaboração premiada coletiva**. ALMEIDA, CAMBI E MOREIRA (Orgs.).In: 30 anos da Constituição de 1988 e o Ministério Público, avanços, retrocessos e novos desafios. Belo Horizonte, D’Plácido, 2018. Pg.520.

Apontam os autores que as medidas aplicáveis ao colaborador são inúmeras, deste modo, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, o prazo prescricional ficará suspenso, podendo suspender por 6 meses, com prorrogação por igual período, o prazo para oferecimento da denúncia; por requerimento das partes o juiz poderá conceder o perdão judicial; redução da pena privativa de liberdade em até dois terços ou substituição por restritiva de direitos, desde que, da colaboração seja efetiva e voluntária, ou seja, que produza os seguintes resultados: prevenção de infrações penais, recuperação total ou parcial do produto ou proveito do crime e a prévia composição do dano coletivo, salvo se comprovada a impossibilidade de fazê-lo e, por fim, a identificados dos demais coautores ou partícipes. (ALMEIDA e COSTA, 2018. Pág. 521).²⁸

Ressaltam os autores que, um aspecto relevante da colaboração premiada coletiva, está na impossibilidade de celebração do acordo pelo Delegado de Polícia.

Não obstante o STF, no julgamento da ADI 5508 tenha declarado a constitucionalidade do §6º do artigo 4º da Lei n.º 12.850 de 2013, quanto à legitimidade do Delegado de Polícia celebrar o acordo de colaboração premiada durante a investigação criminal, entende-se que a legitimidade do Delegado somente é constitucional quando da celebração do acordo de colaboração premiada no processo penal individual. Este entendimento está amparado na Constituição Federal, em seu artigo 127, onde está disposto que “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”.

Assim,

“ao contrário do que ocorre com as infrações que afetam os bens jurídicos individuais, no campo da tutela dos direitos coletivos a Constituição dispõe expressamente, em seu artigo 127, que incumbe ao Ministério Público a defesa

²⁸ _____. **Do Ministério Público como garantia de acesso à justiça e os novos horizontes da colaboração premiada coletiva.** ALMEIDA, CAMBI E MOREIRA (Orgs.)In: 30 anos da Constituição de 1988 e o Ministério Público, avanços, retrocessos e novos desafios. Belo Horizonte, D'Plácido, 2018. Pág.521

dos interesses transindividuais e indisponíveis. Desse modo, em que pese ser atribuição da Polícia Judiciária a investigação de delitos, o Ministério Público, enquanto garantia constitucional fundamental do acesso à justiça, detém legitimidade exclusiva para a celebração de colaboração premiada coletiva”. (ALMEIDA e COSTA, 2018. Pág. 522).

Com relação aos delitos que admitem a celebração do acordo, não há regulamentação expressa desta matéria, contudo, a Lei n.º 9.807 de 1999, ampliou a utilização da colaboração premiada para qualquer delito, destarte, a colaboração premiada coletiva poderá ser realizada para garantir a efetiva tutela dos interesses transindividuais em sentido amplo, ou seja, bens jurídico-penais de natureza individual homogênea, coletiva e difusa. (ALMEIDA e COSTA, 2018. Pág. 523).

Conclusão

A colaboração premiada se apresenta como um eficiente meio de obtenção de prova. Está prevista no ordenamento jurídico brasileiro em diversas leis. Porém, dois são os marcos essenciais para a sua utilização. Primeiramente, a Lei n. 9807 de 1999, que resultou em uma verdadeira democratização do instituto, podendo ser utilizada durante a persecução penal de qualquer delito e, em segundo, a Lei n. 12.850 de 2013, que ao definir o que é organização criminosa, trouxe a colaboração premiada como meio de obtenção de prova e regulamentou o instituto, por exemplo, quanto ao momento da celebração, que poderá ser realizado durante a fase de investigação, tanto quanto, durante a fase de ação penal.

No âmbito coletivo, ainda está em construção doutrinária normas processuais adequadas para a efetiva tutela penal dos interesses coletivos em sentido amplo, ou seja, individuais homogêneos, coletivos em sentido estrito e difusos. Portanto, torna-se necessário adaptar a colaboração premiada para a sua aplicação processual penal coletiva.

Conclui-se que, a colaboração premiada coletiva poderá ser utilizada para a persecução penal de qualquer delito que viole o interesse coletivo em sentido amplo e que, conforme o texto constitucional, o Ministério Público é legítimo para a celebração do acordo de colaboração premiada coletiva, pois

a ele incumbe a proteção dos direitos transindividuais, portanto, na colaboração premiada coletiva, não é de competência do Delegado de Polícia celebrar o acordo, como acontece no processo individual.

SANTOS, S.Z. dos, *Collective State's Evidence. Justitia*, São Paulo, v. 213/214/215/216, p. 199-221, Jan./Dec. 2019-2020.

- **ABSTRACT:** The purpose of this article is to promote a study on Collective Prize Collaboration, which is a means of obtaining evidence that assists in collective criminal prosecution. Faced with the concern for the effective criminal protection of trans-individual interests, the Collective Criminal Procedural Law is under construction. Therefore, we aim to discuss the applicability of plea bargain in the collective sphere on comparative law and to draw a chronological line on the legislative evolution of the plea bargain Institute in the country's legal order.
- **KEYWORDS:** Collective Prize Collaboration. Collective Criminal Procedural Law

Referências

ALMEIDA, A.A. e COSTA, R.O. Do Ministério Público como garantia de acesso à justiça e os novos horizontes da colaboração premiada coletiva. ALMEIDA, CAMBI E MOREIRA (Orgs.) In: 30 anos da Constituição de 1988 e o Ministério Público, avanços, retrocessos e novos desafios. Belo Horizonte, D'Plácido, 2018. Pág.516. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

_____, Congresso Nacional, CPMI JBS – Relatório Parcial Colaboração Premiada. Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/12/3relatorio-final-cpmi-jbs.pdf>>

_____, Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>

_____, Decreto nº 5.105, de 14 de junho de 2004.

Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Oriental do Uruguai para Permissão de Residência, Estudo e Trabalho a Nacionais Fronteiriços Brasileiros e Uruguaios, de 21 de agosto de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5105.htm>

_____. Diário da Câmara dos Deputados. Livro Nº. 69, de 21 de abril de 1999.

Brasília – DF. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD21ABR1999.pdf#page=135>>

_____, Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm>

_____, Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Lei dos Crimes hediondos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>

_____, Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. (Revogada). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm>

_____, Lei nº 9.080, de 19 de julho de 1995. Acrescenta dispositivos às Leis nºs 7.492, de 16 de junho de 1986, e 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9080.htm>

_____, Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm>

_____, Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm>

_____, Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm>

_____, Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Lei do tráfico de drogas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>

_____, Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>

_____, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; HC 127.483 PARANÁ. Relator Dias Toffoli. Data do julgamento: 27/08/2015. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>

_____. STF HC 127.483 PARANÁ. Relator Dias Toffoli. Data do julgamento: 27/08/2015. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>

Congresso Nacional, CPMI JBS – Relatório Parcial Colaboração Premiada. Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/12/3relatorio-final-cpmi-jbs.pdf>>

_____. STF. ADI 5508 – DF. Relator Ministro Marco Aurélio. Data do Julgamento: 20/08/2018. Disponível em: <<https://juristas.com.br/wp-content/uploads/2018/06/ADI5508MMA.pdf>>

_____, SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA; HC 69.988 – RJ. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. DJe. 07/11/2016. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=15457160&tipo=51&nreg=200702217309&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20110622&formato=PDF&salvar=false>>

_____. STJ - HC: 26325 ES 2003/0000257-7, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 24/06/2003, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 25/08/2003 p. 337 RT vol. 819 p. 553). Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7418913/habeas-corpus-hc-26325-es-2003-0000257-7-stj?ref=serp>>

GRINOVER, A. P. (1984). Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 79, 283-307. Recuperado de <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67016>>

TABAK, B. M. et. al. A Colaboração Premiada Compensa? Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, agosto/2015 (Texto para Discussão nº 181). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>

LIMA, Roberto Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. 6ª edição. Salvador. Juspodvim, 2018. Pág. 706.

MEIRA, José Boanerges et al. A colaboração premiada e processo penal brasileiro: uma análise crítica. VirtuaJus, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 176-211, 2º sem. 2017 – ISSN 1678-3425. Disponível em

<<http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/16778>>

MIGUEL, Alexandre. Comentários à lei de proteção às vítimas, testemunhas e réus colaboradores. Revista dos Tribunais | vol. 773/2000 | p. 425 - 443 | Mar / 2000 DTR\2000\785

O Compromisso de Dinamização da Prova Civil

Cássio Benvenuti de CASTRO*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 A prova como posição jurídica de concretização argumentativa. 2 O ônus da prova na perspectiva do novo processo civil. 3 A dinamização do ônus dinâmico da prova. 4 Os conceitos compromissados com os pressupostos metodológicos do processo civil. 4.1 O modelo compartilhado de prova. 4.2 O adensamento da tipificação das provas. 4.2.1 A ata notarial. 4.2.2 A prova técnica simplificada (“expert witness” ou “consulenza testimoniale”). 4.2.3 A prova emprestada. 4.3 A prova atípica e a confusão referenciada. 4.3.1 A inspeção ou constatação efetuada por oficial de justiça. 4.3.2 O comportamento da parte como prova. 4.2.3 O frenesí da rede social como alterego de uma civilização imediatista. Conclusão. Referências
- **RESUMO:** O novo Código de Processo Civil reflete os ditames constitucionais. Assim, a prova enquanto atividade e como meio técnico que tem por escopo a aproximação à verdade, deve estar aparelhada por técnicas abertas e móveis para atender as necessidades do direito. Isso não se resolve, apenas, na exegese de meios de provas, inclusive, porque são atípicos. Ocorre que todo o procedimento probatório – da standardização ao ônus – deve circular como um todo em diuturna construção. Nessa linha, preserva-se o fundamento da constituição (a pessoa), através de um processo justo.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Processo. Prova. Técnica. Standard.

Introdução

O Estado Constitucional tem por fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), como escopos principais prevalentes, a liberdade

* Juiz de Direito do Rio Grande do Sul. Especialista em Ciências Criminais. Especialista em Direitos Fundamentais e Direito do Consumidor. Mestre em Direito pela UFRGS. Doutorado em Direito pela UFRGS.

e a igualdade. Em nível institucional, ou melhor, em termos de tutela jurisdicional, a primazia desses valores deve ser garantida por um processo justo, o que subentende um modelo colaborativo (das partes para com o judiciário), e atendida uma previsibilidade-confiabilidade (não surpresa e garantia da influência nas decisões) na qual está inserida a questão da verdade e da segurança jurídica.

A questão da previsibilidade reúne os *meios* para o atingimento de decisões justas: normas + fatos. Agora, a justiça do processo – enquanto um ideal e uma função, acaba por implicar uma estrutura coordenada (funcional-estruturalismo) – estipula que a experiência jurídica se sirva das mesmas normas para os casos análogos, e compreenda os fatos com a serenidade de que as contingências fazem repetir comportamentos parecidos em diversas situações. Se a verdade ou a totalidade é inatingível, diversos fatores pressupõem graus de uma maior precisão na tomada da decisão.

A verdade se trata de um valor-meio para o alvitre dos escopos, daí que, antes de uma rele preocupação de entender que o juízo sobre o fato é de ordenação cartesiana, a compreensão sobre o fato atende a diretrizes não raramente tendentes ao universal, o que obrigatoriamente faz sopesar uma visão holística (coerência do contexto) e analítica (verossimilhança e credibilidade) da prova. Evidente que particularismos existem; porém, a dedução ou os axiomas positivistas também deixaram de serem as únicas diretrizes metodicas a organizarem a valoração da prova.

Ao contrário do formalismo ortodoxo, hoje, fala-se em um arsenal que aproxima o conceito da realidade para chegar à parcial conclusão – a funcionalização da verdade é valor encerrado no sistema constitucional, estado de coisas alvitado por intermédio de meios de provas consistentes, inclusive, atípicas, mas, sobretudo, verticalizadas por novas modalidades de visualizar o mundo real. Nessa linha, o ensaio elabora a prova como uma *atividade* dinâmica por antonomásia (porque trata sobre fatos), e comenta alguns *meios* de prova que atendem ao modelo aberto predisposto no Código de Processo Civil. Aberto à atipicidade das provas, móvel ao contexto holístico pelo qual elas devem ser examinadas.

1 A prova como posição jurídica de concretização argumentativa

O processo justo é preenchido por uma série de valores que convivem na busca de uma solução justa a um problema. Trata-se de método de trabalho que se desdobra pelo intermédio de uma série de normas jurídicas, onde uma norma é pressuposta da seguinte, daí formando uma totalidade proce-

dimental padronizada. Ocorre uma conexão de normas, atos e posições jurídicas, para que os atores processuais se movimentem organizadamente, tudo verticalizado na busca da decisão.

Embora os atos processuais sejam os elementos visíveis do procedimento, nessa cadeia estruturada, a posição jurídica é figura que assegura uma situação de proeminência do sujeito em relação a um determinado objeto, implicando posição de tutela processual refletida pelos efeitos da norma jurídica¹. Vale dizer que as faculdades, os deveres, os poderes, os direitos e, inclusive, os ônus processuais, consistem em posições jurídicas como formas de exteriorização do padrão de organização processual.

O ônus processual, formalmente, consiste em uma posição jurídica.

2 O ônus da prova na perspectiva do novo processo civil

O ônus da prova consiste em uma posição jurídica na qual a norma jurídica confere uma liberdade condicionada à parte processual. A norma jurídica não estabelece uma sanção tampouco uma situação de sujeição de uma parte em relação a outra. Pelo contrário, quando se fala em ônus, confere-se uma liberdade para que a parte possa praticar determinado ato processual, no interesse dessa própria parte. Entretanto, trata-se de uma liberdade condicionada, porque, no caso da inércia, em especial, no caso da não produção da prova processual, por falta de interesse ou de conveniência, a posição de proeminência da parte – em relação ao objeto que ela pretende (provar que “p”) – pode restar prejudicado.

O ônus da prova se estrutura e se funcionaliza em duplicidade: ele possui um sentido subjetivo e outro sentido objetivo.

O sentido subjetivo da prova se trata de uma regra de instrução, ou seja, configura uma posição jurídica que desempenha uma função promocional² – preordena uma referência, para as partes processuais, pautando quem deve produzir que “está provado que p”, conforme a tutela jurisdicional postulada (demanda)³.

¹ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Da 8ª ed. por Elaine Nassif. 1ª ed. Campinas: Bookseller, p. 80/3.

² A doutrina também comenta uma função psicológica e uma função jurídica, respectivamente, para o aspecto subjetivo e objetivo do ônus da prova. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. *Temas de direito processual: segunda série*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 75.

³ Na medida em que defende o ônus da prova como um “dever”, ainda mais, considerando os poderes instrutórios do juiz, respeitável doutrina dispensa uma maior preocupação com

De outro lado, o sentido objetivo da prova se trata de uma regra julgamento, ou seja, assume uma finalidade resolutória, como um critério para extinguir o processo, ainda que as partes não tenham produzido prova suficiente⁴.

A estrutura e a função da prova estão previstas em norma do CPC:

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.

Essa discriminação é denominada “distribuição estática do ônus da prova”. Talvez, porque leva em conta a posição dos sujeitos parciais do processo e a relação deles para com as afirmações sobre os fatos; também, porque a previsão vem desde dentro do sistema do processo, como se a argumentação fosse regulamentada para resolver qualquer tipo de objeto a ser decidido.

Aqui, um ponto de inflexão: em primeiro lugar, pensar em processo é refletir sobre *movimento*, vale dizer, um mecanismo antípoda à inércia; em segundo lugar, a prova processual assinala uma posição concretizadora da argumentação que se pretende conferir validade, quer dizer, a prova ilustra e aparelha a demanda, em um sentido que o ônus da prova é posição jurídica diretamente ligada à causa que implica os efeitos do pedido.

A parte formula um pedido para gerar efeitos. Tais efeitos dependem de uma causa, de uma base jurídica (na qual existem fatos e normas). Por antonomásia, então, ônus da prova é dinâmico porque ligado à norma que embasa a causa de pedir e o pedido. Eduardo Cambi resume que “no ônus da prova em sentido subjetivo, percebe-se a relativização do binômio *substan-*

a natureza subjetiva do ônus da prova. Ver RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil*: do ônus ao dever de provar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, passim. De outro lado, parece majoritária a tendência que os poderes instrutórios do juiz não apoucam a função promocional do sentido subjetivo do ônus da prova, pelo contrário, a função de pacificação social, e o caráter publicístico do processo estabelece uma comunidade de trabalho, no qual “il confine tra potere dispositivo delle parti e poteri d’ufficio del giudice finisce così per presentarsi come mobili, per risultare necessitata per l’accertamento della verità materiale”. Ver VIDIRI, Guido. Giusto processo, accertamento della verità materiale e <imparzialità> del giudice. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXVII, n. 6, nov/dic 2012, p. 1157.

⁴ MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 78, n. 1, jan./mar 2012, *passim*.

ce-procedure, pela íntima correlação entre a dimensão processual e a substancial, porque os fatos constitutivos da demanda e os fatos que fundam as exceções são definidos em função da configuração substancial da *fattispecie* que vem deduzida em juízo. Com efeito somente pelas normas de direito substancial é que se podem estabelecer quais são os fatos juridicamente relevantes, mas também é pelas normas de direito e processo que se atribui ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos da sua pretensão e ao réu, os fatos em que se fundam a exceção”⁵.

O compromisso do juiz, refere Dall’Agnol Júnior⁶, é com o caso concreto. Daí que o juiz está comprometido com o caso concreto, na coexistência entre as afirmações sobre os fatos (narrativas) na perspectiva da norma jurídica que se pretende fazer valer os efeitos.

Considerado o caráter constitucional do direito probatório, enfim, a divisão estrutural-funcional do ônus da prova acaba sendo contingencial. O que importa, na questão, é a comunidade de trabalho que o contraditório material deve pautar entre o juiz e as partes, um eixo de previsibilidade funcionalidade ao melhor ou ao ótimo grau de confirmação da cognição. Assim, resulta que o processo não trabalha para o mero atingimento de uma decisão, tampouco se trata de uma máquina hermética que não se comunica com o direito material.

Pelo contrário, assim como grandes processualistas dialogaram sobre o perfil monista, dualista, ou transcendente-constitucional da posição jurídica de evolução progressiva – denominada *ação* processual –, parece evidente que a prova, assim como a tutela jurisdicional, determina o encontro entre o direito e o processo, na medida em que todo o processo está impregnado do direito material⁷. Com efeito, as narrativas processuais alegam fatos, mas que não são qualquer episódio da vida, antes se tratam de fatos protegidos por determinada norma jurídica, encerrando-se um esquema fato-norma a

⁵ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 323.

⁶ DALL’AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. *Distribuição dinâmica do ônus probatórios*. Revista dos Tribunais, vol. 788, jun/2001, *passim*.

⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O problema da eficácia da sentença. In MACHADO, Fabio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. (org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 46.

partir do qual o ônus da prova é mera decorrência, obviamente, uma decorrência dinâmica.

Portanto, a dinamização do ônus da prova é devolver – ao direito probatório – uma transição que lhe é peculiar, porque isso está na natureza das coisas: o direito existe para regular o “mundo lá fora”, as necessidades sociais, e a cada caso concreto diferente, é ou seria aconselhável que o direito predispusesse técnicas adequadas (flexíveis) para otimamente chegar a resultados justos.

Fazzalari arremata: “il rapporto col diritto sostanziale non riguarda soltanto la domanda, ma tutti gli atti della serie procedurale: vuoi quelli in cui si concreta l’azione, cioè la situazione soggettiva (composita) dell’attore; vuoi quelli in cui si concreta la situazione processuale del convenuto; vuoi quelli in cui si traduce la *funzione* dell’ufficio”⁸. O direito material é considerado ao largo do processo. O processo justo, ainda mais, porque reclama um modelo colaborativo onde o direito probatório encerra um mecanismo cujo eixo teleológico é a verdade, o direito material, de antemão, acaba por “dinamizar” a inteligência do operador do processo civil.

Pensar o processo civil “desde dentro”, por intermédio de estruturas ou regras estáticas, consiste em retornar a uma perspectiva metodológica superada há séculos de história do formalismo. Justamente por isso, na Alemanha, uma regra de distribuição “estática” do ônus da prova (art. 373 do CPC) sequer existe, porque, no mecanismo tedesco, compreende-se naturalmente a “*normentheorie*”⁹ – vale dizer que, se a causa de pedir e o pedido (demanda) estão aparelhados em narrativas sobre fatos e variações argumentativas sobre normas jurídicas, parece evidente que o ônus de provar depende dos pressupostos da demanda, ou seja, as fontes da prova, questões metaprocessuais ou que exprimem (“desde fora” do processo) aquilo que encarrega cada uma das partes, em termos de posição jurídica argumentativa concretizadora do ônus¹⁰.

⁸ FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957, p. 159.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 194.

¹⁰ A motivação do juiz deve explicar porque os fatos que ele reputou relevantes, para a decisão, foram compreendidos daquela maneira. Porque isso explicita o mecanismo da própria enunciação normativa, base do esquema do direito continental – “quem instaura processo

A pretensão ou o ato de pretender algo, em prejuízo de outrem, subentende a necessidade de comprovar as alegações que ilustram e conferem verossimilhança à narrativa da parte. Assim, as clássicas discussões sobre a teoria concreta *versus* a teoria abstrata da ação também podem ser trazidas para o plano do ônus da prova – porque o ônus da prova, tanto quanto a ação (seja concreta ou abstrata), trata-se de instituto que, atualmente, deve ser compreendido na perspectiva do formalismo-valorativo, do neoprocessualismo, do neoconcretismo, do neoconstitucionalismo, enfim, na perspectiva metódica que elabora um diálogo entre as fontes de direito material e processo, para, nesse diapasão, concluir-se: existem fatores pré-processuais que embasam a demanda¹¹, ainda, a narrativa processual está implicada por alegações de fatos nos termos enunciados pelas normas do direito (material), daí que, “desde fora”, ocorre uma dinamização do ônus da prova como algo natural, porque inerente ao polo metodológico do processo civil (a tutela jurisdicional através de um processo justo).

Existe um critério externo que decide a questão de fato – a busca da verdade, enquanto um standard almejado, um grau de confirmação de 100%, ou tendente a essa evolução.

A dinamização do ônus da prova não significa uma novidade em termos operacionais. Em realidade, observada a distinção entre “fonte” de prova e “meio” de prova, na prática, o diálogo entre as normas de direito e processo já acabam resolvendo – *ope legis* –, enquanto um sistema integrado, a questão do ônus da prova conforme o objeto a ser decidido. Aliás, Calamandrei alertava que “según el diferente grado de probabilidad que a su juicio hubiera que atribuir a las afirmaciones en contraste. Bastaría, en otras palabras, que la afirmación de la parte fuera verosímil, para que el juez hubiera

de cognição pleiteia o reconhecimento ou a produção de determinado efeito jurídico. Ao órgão competente para julgar a causa incumbe pronunciar-se acerca do efeito pretendido. Como todo efeito resulta da incidência de uma norma jurídica sobre um fato (ou conjunto de fatos), para julgar necessita o juiz, de um lado, reconstituir o fato (ou o conjunto de fatos) e, de outro, identificar a norma aplicável”. Ver MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. *Temas de direito processual*: segunda série. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 73. A *normentheorie* consiste no reconhecimento explícito do diálogo explícito entre direito e processo, um está impregnado no outro.

¹¹ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Objeto del processo y cosa juzgada em el processo civil. Espanha: Civitas, 2005, p. 51.

de investir em sua vantagem a carga de a prova, fazendo gravar sobre a contraparte a carga de provar o contrário”¹².

Quer dizer que o ônus de provar está diretamente relacionado ao risco de não apresentar uma prova suficiente para convencer o juiz. O problema é definir o que significa essa “suficiência” da prova, para que seja utilizada a regra do ônus da prova como critério de julgamento, o ou qual o grau de “suficiência” que o contexto probatório merece para ser afastado, da conclusão decisória, uma solução com base no sentido objetivo do ônus da prova.

Cabe somente ao juiz decidir sobre o decidir?

Em outras palavras, além de se reputar convencido, o juiz dispõe de um poder absoluto sobre que a definição referente à suficiência da prova?

Nesse ponto, o ônus da prova implica-se à questão do standard da prova, que consiste em uma questão prévia à decisão, através da qual o juiz define se a prova é suficiente, e qual o “grau” de prova para ser reputada suficiente. Tal suficiência não é medida taxativa ou imperativo estático, tampouco advém de uma metodologia meramente analítico-classificatória – já que comumente se atribui a standardização como de utilização unicamente saxônica –, pelo contrário, no direito continental, o sistema jurídico, avistado “desde” o diálogo das fontes, “desde o direito material”, afirma a força normativa da standardização da prova, ou afirma uma graduação sobre os modelos de constatação referentes a uma decisão sobre matéria de fato.

Vale dizer que ônus da prova e standard da prova convergem para a definição do sentido de suficiência da prova, e da própria adequação da prova ao processo. Não se trata de reles adequação e admissibilidade, antes o caso é de verificar a conformação da estrutura – o processo – ao objeto que o verticaliza.

De qualquer maneira, ônus e standardização, uma posição jurídica influencia a outra constatação, e também, é por ela influenciada. Daí que o risco de uma decisão com base no critério do ônus da prova objetivo perpassa pela aferição do standard da prova. Por isso que Marinoni¹³ critica o

¹² CALAMANDREI, Piero. Verdad y verosimilitud em el proceso civil. Trad. Santiago Sentis Melendo. *Derecho Processal Civil*, III. Buenos Aires: Ejea, p. 337.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*. www.abdpc.org.br, passim. Inclusive, a questão da “inesclarecibilidade”, suscitada por Mari-

julgamento com base na “lógica da melhor verossimilhança”, porque refere que o estado de dúvida do juiz deve ser resolvido com aquilo que o sistema jurídico afirma ser compatível com a natureza do caso concreto, e não deve ser resolvido com base na possibilidade do juiz pender para uma ou para outra narrativa – a mais verossímil –, quando a gravidade do caso reclama uma maior atenção.

A posição jurídica do ônus, portanto, é um risco modulado pelo standard da prova.

Ambos compõem valores móveis do sistema jurídico processual – quando o grau da necessidade argumentativa aumenta (standard), o critério do ônus como regra de julgamento é mais facilmente aplicável. A prova e a leitura da prova, no desenrolar do contraditório, assim, é multifuncional, ainda segundo Nicola Picardi¹⁴. O juiz exercita tanto um modo de optar entre as várias alternativas que surgem em um sentido vertical, o sentido da constante imediação que ele vai descobrindo ao largo do processo (limites processuais e modelo demonstrativo), como o juiz também deve levar em seu raciocínio total os critérios horizontais que pautam as suas escolhas (limites substanciais e modelo persuasivo da prova). Essa horizontalidade reflete na questão do convencimento judicial em direito probatório, e estabelece a standardização do convencimento, pois o próprio sistema jurídico aponta para direções, o que Nicola Picardi denomina *limitações*, porque jamais existe uma liberdade

noni, é conclusão que reporta a estrutura do processo justo ao objeto de análise – daí se leva em conta a vulnerabilidade, a posição da parte, a melhor possibilidade de provar algo, a natureza do fato, dentre outros fatores. O importante é perceber que tudo isso é proveniente da natureza das coisas, do direito material, “desde fora” do processo, uma peculiaridade que remonta o diálogo entre as fontes, e Marinoni – com propriedade – é repetitivo em lembrar. Em outra época, até porque os “modelos de comprovação” eram culturalmente mais limitados, o sopesamento de verossimilhança era facilmente aceitável – ainda hoje o podem ser, ocorre que, no presente, em época de internet, câmeras por todos os lados, gravações e amplificações de escutas e telefonias, parece que o confronto entre verossimilhanças mais se aproxima de um critério resolvido com base no ônus da prova no sentido objetivo. Ver WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Trad. da edição de 1979 por Tomás Banzhaf. Bogotá: Editorial Temis, 1985, p. 193 e seguintes.

¹⁴ PICARDI, Nicola. A vocação de nosso tempo para a jurisdição. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. In PICARDI, Nicola. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (organizador e revisor técnico da tradução). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 19.

absoluta para formar um juízo, sendo que o julgador se movimenta por entre normas, precedentes, tradições, pesquisas técnicas, cânones interpretativos, dentre outras percepções que ao longo do tempo vão povoando as práticas dos julgamentos como instrumentos de regularidade cultural.

A despeito de posições extremas – realistas ou dogmáticas¹⁵ –, fácil concluir que elas não resolvem o problema de elaborar critérios para controle da questão de fato, e que os julgamentos com exames inferenciais ao quadrado ou até em terceira potência (por exemplo, *hearsay testimony*¹⁶) merecem um controle de classificação ou de cotejo desse julgamento em relação à totalidade das normas que imperam em cada sistema jurídico. O direito é um subsistema cultural, um sistema aberto e móvel, e as palavras utilizadas pelas normas e pelo direito probatório oferecem códigos ou esquemas que assinalam contextos ou cenários maiores, logo, não adianta decidir e não justificar perante um cenário que apresente a imediação do juiz para com a prova e da prova e do juiz perante uma totalidade normativa maior, que daí afirma as soluções ou escopos que corresponde a cada realidade social pautada pelo direito material.

Não interessa, ao jurisdicionado, enfim, que o juiz entregue uma decisão formalmente técnica, e com ela chegue a conclusões de surpresa, sen-

¹⁵ Todas as classificações ou definições ombreiam um paradigma, é inerente à condição humana, o que desde o início é salientado. A tendência científica ou a incessante busca é identificar e trazer à tona os critérios definitórios e classificatórios e concluir com a polarização da pretensão de correção. A opção de reputar uma postura doutrinária como mais ou menos formalista, ou mais ou menos realista, ou mais ou menos moderada, não quer dizer que está acolhida absolutamente tal ou qual postura doutrinária, mas que de alguma forma estão sendo conjugados esforços no sentido de compreender o que esses textos transmitem quando internalizados à nossa cultura. Hart fora reputado de “realista moderado” no presente trabalho, o que não afasta o eventual predicado de “positivista” que podem lhe emprestar, assim como também não está afastada a possibilidade de se reputar Taruffo como um “formalista”, apesar dele, aparentemente, ter a predileção por escrever sobre fatos, embora fatos que estejam minimamente controlados por normas, o que não o afasta do paradigma hartiano, somente em épocas com meio século de diferença, mas sobretudo com um requinte linguístico cujas balizas possuem o mesmo ou semelhante epicentro jusfilosófico. A grande questão de qualquer abordagem científica é identificar as tendências jurídicas contemporâneas e, a partir desse caldo de cultura aplicável ou não à realidade brasileira, extrair disso tudo alguma sorte de justificativas estruturantes da presente pretensão de regularidade ou, com isso, afirmar o que é possível elaborar para irradiar uma melhor regularidade ao direito nacional, em especial, ao conjunto das decisões judiciais.

¹⁶ Testemunha por *ouvir dizer*.

do necessário e democraticamente válido que figuras racionais e, sobretudo, normativas, componham esse instrumental que conecta o direito ao processo. O juízo de fato implica uma redobrada atenção do julgador, primeiro, porque o leigo também pode emitir juízos de razoabilidade sobre os fatos, e na era do politicamente correto, todos se tornaram julgadores; segundo, porque as inferências realizadas pelo juiz demonstrarão uma racionalidade¹⁷ em sua ponderação.

Ocorre que os modelos de constatação da experiência sobre a questão de fato, ou seja, os denominados standards probatórios ou standards do convencimento judicial acabam por sistematizar padrões de decidibilidade, porque preordenam fatores cujo fio condutor é uma melhor reconstrução da realidade que está colocada em juízo, “desde fora” do processo. Daí a importância da natureza do direito material que se disputa em causa, na medida em que, “desde fora” do processo, o sistema está aberto a uma sorte escalonada de critérios que definem ou ajudam a definir o estado de dúvida do juiz – isso vai tangenciar o risco sobre a utilização, ou não, da regra de julgamento conforme o ônus da prova.

Se tiver prova suficiente, o juiz decide conforme o confronto das narrativas; se não houve prova suficiente, o critério será a regra de julgamento do ônus da prova. Assim, os standards complementam o ônus da prova, pois lhe implica um realismo metodológico. Consoante Danilo Knijnik¹⁸, os standards do convencimento judicial funcionam como critérios que devem ser postos em discussão para que as opções valorativas do juiz e das partes sejam conhecidas e, como um *continuum*¹⁹ para a reconstrução dos fatos da causa, podem ser debatidas em contraditório e, eventualmente, corrigidas ou contestadas através das alternativas recursais ou cassacionais.

¹⁷ KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um direito probatório. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 25.

¹⁸ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 18.

¹⁹ A instrução e reconstrução dos fatos não é um *unicuum*, mas um continuum que repercute a metodologia do contraditório e se categoriza juridicamente na solução da decisão judicial. Ver Michele Taruffo, *A verdade...*, *op. cit.*, p. 206.

O que define a chamada suficiência²⁰ da prova, para preencher o convencimento e afastar o julgamento com base no critério do ônus da prova, é a densidade normativa do direito debatido, é o caso concreto. Logo, a importância da demanda e a caracterização do ônus da prova como um organismo propulsor de um sistema aberto passa a definir – em decorrência – o grau de prova para preencher um standard probatório. Armado pela força que o direito material atribui a determinados fatos, o sistema de valoração da prova, “desde fora” do processo, pré-condiciona o convencimento do juiz, para que, assim, ele possa concluir que uma prova é mais difícil para uma parte do que para a outra parte, e concluir sobre a questão da suficiência da prova e sobre o próprio pragmatismo do ônus da prova.

Tudo sopesado, a divisão do ônus da prova não parece estática (art. 373 do CPC). Apenas quando observada somente em um paradigma “desde dentro” do processo, como os clássicos teóricos da ação concreta ou da ação abstrata o faziam, por séculos, pode-se falar em ônus estático da prova, vale dizer, a partir da posição processual da parte e do fato, em abstrato, que se pretende provar. Agora, desde o momento em que o processo é analisado na perspectiva da tutela jurisdicional, portanto, “desde fora”, e na perspectiva das narrativas do caso concreto, parece que a natureza do ônus da prova é tendencialmente dinâmica.

A tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF) como polo metodológico do processo resulta em que o processo justo resolve conflitos jurídicos necessariamente *merit-based* – trata-se do caráter transcendental do objeto, o que ratifica na verdade como uma referência, como um critério externo que afirma a previsibilidade da decisão judicial²¹.

²⁰ A formação do convencimento judicial versus a utilização do critério do ônus da prova para o julgamento é um autêntico dilema. “Nei casi in cui il giudice, pur constatando che le prove prodotte spingono in una certa direzione, non perviene al convincimento della <verità>, compie per così dire un passo indietro, ripartendo da zero ed applicando la regola sull’onere della prova. Conseguentemente, ad esempio, l’attore che purê aveva prodotto alcune prove in grado di dimostrare la verossimiglianza del fatto, ma non tali da vincere ogni possibile dubbio del giudice, vede respinta la sua domanda”. PATTI, Salvatore. Libero convincimento e valutazione delle prove. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, n. 40, 1985, p. 497.

²¹ RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 31.

A dinamicidade é a regra. Agora, trata-se de uma dinâmica que está colocada desde a demanda, desde a distinção entre fontes e meios de prova, naquilo que a causa de pedir implica ao pedido. Uma cultura jurídica cujo sentido está na abertura do sistema de valoração da prova e, sobretudo, na *mobilidade* das normas encerradas e comunicadas no pluralismo desse sistema – a inteligência do ônus da prova na conjugação ao caso concreto e à respectiva standardização que disso está emanado.

3 A dinamização do ônus dinâmico da prova

A própria legislação pode estipular, de maneira diversa àquele sistema proposto pelo CPC, a distribuição do ônus da prova. Quer dizer, *ope legis*, um outro sistema de normas pode redistribuir a questão do ônus de provar, daí sequer se falar em “inversão do ônus” da prova, mas em “nova versão” do que estava vertido de outra maneira. Para tanto, o legislador se vale de presunções legais e técnicas que preordenam uma convergência decisional em outro regime de normas. A dificuldade é entender que existem sistemas de normas que encerram diferentes nichos de casos, que reúnem normas tanto de processo como de direito material e, assim, que o legicentrismo ou o unitarismo codificado é moeda vencida no milênio passado. No atual quadrante constitucional, as leis não são abstratas e genéricas, elas não são completas e unitarizantes do sistema jurídico – como um triângulo fechado –, bem ao contrário, ocorre uma dogmática fluida²², com um pluralismo de fontes que dialogam, complementam-se sistematicamente, e eventualmente apresentam solução de continuidade por subsidiariedade.

Quando a própria lei distribui o ônus da prova, algo diverso da regra geral prevista no Código de Processo Civil (que é a regra geral do ordenamento), em realidade, não ocorre uma inversão do ônus da prova, por operação do juiz, antes ocorre uma mera atribuição do ônus da prova com fundamento no direito material, que é pré-ponderado, pelo legislador que, por exemplo, elaborou o CDC. No Código de Defesa do Consumidor pode-se observar, facilmente, que no caso de a parte (fornecedor) não se desincumbir na desconstrução da presunção elaborada pela norma, o julgamento será ancorado nos termos previstos pela lei – ou seja, conforme a posição jurídica privilegiada do consumidor.

²² ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 9ª ed. Torino: Trotta, 2009, p. 17.

Isso reflete a ascensão da pessoa no sistema jurídico, ao invés da vetusta prevalência do objeto sobre a pessoa. Logo, constata-se que o direito do consumidor brasileiro é estruturado por intermédio de tipos presuntivos que melhor ou otimamente privilegiam a defesa da posição jurídica do consumidor e que, por decorrência, reservam ao fornecedor, o encargo de afastar as presunções legalmente antecipadas, e que estão em benefício do consumidor.

A leitura do texto de algumas normas infere essa valoração.

Por exemplo, na responsabilidade pelo fato do produto, previsto no art. 12, §3º do Código de Defesa do Consumidor, está estabelecido que “o fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.” Na responsabilidade pelo fato do serviço, o art. 14, §3º do CDC estabelece que “o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”. Vale dizer que os danos decorrentes do acidente de consumo somente não serão ressarcidos ao consumidor quando, e somente quando, o fornecedor excepcionar a presunção tipificada nas regras legais²³.

Isso não significa inversão do ônus da prova.

Pelo contrário, o CDC consiste em um sistema diverso do CPC, no qual as normas sobre a distribuição do ônus da prova estão previstas (vertidas) de maneira especialiforme, de maneira peculiar. Logo, na grande maioria das demandas embasadas no CDC, é até desnecessário falar em inversão do ônus da prova, porque o próprio legislador já inverteu o que estava vertido no CPC. Ou verteu de maneira diversa do CPC, com base em um siste-

²³ Outro exemplo: o art. 23 do CDC refere que “a ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade”. O elemento normativo da culpa não permite afastar a consequência jurídica que tutela o consumidor em face dos vícios dos produtos e dos serviços, a culpa não pode ser alegada como justificativa. Deveras, o sistema de defesa do consumidor enaltece a proteção da confiança como uma base do ordenamento, tanto que a definição de vício que compromete o dever de adequação do produto ou serviço é a segurança (arts. 12, §1º e 14, §1º) ou a finalidade (arts. 18 e 20, §2º), aspectos decorrenciais ou derivativos de um estado de coisas que o próprio legislador regulamentou como padrão.

ma peculiar – onde direito material e processo dialogam com uma naturalidade típica do formalismo-valorativo.

O espaço para a inversão judicial (“*ope judicis*”) do ônus da prova, no CDC, é para os casos onde não existe esse tipo de presunção legal, já na fase de instrução²⁴. Em especial, para o caso da responsabilidade civil do profissional liberal – onde o próprio sistema do CDC estipula que se trata de responsabilidade subjetiva (art. 14, §4º, do CDC).

Quer dizer, existem diferentes sistemas de normas, e cada qual reclama maneiras de compreensão peculiares aos casos em que o próprio direito material predispõe diretrizes preponderantes, desde para a abertura como para a mobilidade do direito probatório – o que se reflete na valoração da prova.

Em outras palavras: os diferentes sistemas de normas, o próprio ordenamento jurídico, antecipa – como uma questão prévia – como o juiz deve reputar suficiente determinada prova. Isso não é estatística, não se trata de confronto de provas técnicas, mas resume um apanhado cultural que está fundado em uma experiência jurídica e que, com o passar do tempo, pen-dulariza-se para a proteção de uma ou de outra categoria de casos jurídicos.

Cansativamente, a doutrina cita o art. 6, VIII, do CDC, como um exemplo de inversão do ônus da prova.

O problema é o seguinte: inverte-se o ônus da prova em relação a quê?

Ora, essa inversão remete à verossimilhança ou à hipossuficiência do consumidor, vale dizer, remete à categoria jurídica do consumidor. Daí que tal inversão possui um endereço no sistema de proteção que está diretamente relacionado ao conjunto de normas de direito material cujo standard são diferentes da vasta gama de standards de confirmação com as quais o CPC pode se deparar.

No processo civil, a decisão pode envolver improbidade administrativa, questão empresarial, direito de família, responsabilidade civil, direito previdenciário, e assim por diante. Portanto, a regra do CDC não é universal, pelo contrário, ela possui um endereço de subsidiariedade – presta-se ao CDC.

Em geral das hipóteses do CPC, o standard da prova, o grau de confirmação para a convicção judicial, deve dialogar com a totalidade do ordena-

²⁴ CARPES, Artur Thompsen. Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório. In KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária*: Estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 27 e seguintes.

mento jurídico – e não ficar arraigada a uma novidade do art. 6, VIII, do CDC, que já não é novidade alguma. Em realidade, é uma norma que deve ser pouco aplicada porque, afinal, quase todo o CDC já traz presunções suficientes para colocar o consumidor em posição de prestígio, em relação ao ônus e ao standard da prova.

Basta comprovar que é consumidor²⁵, o que denota a vulnerabilidade desse sujeito (afinal, o sistema do CDC foi predisposto para tutelar essa vulnerabilidade), então, o ônus de provar encarga o fornecedor – salvo em particularismos, como no caso do profissional liberal.

Portanto, em termos sistemáticos, embora a dogmática do novo CPC apresente uma “inovação”, parece que a dinamização do ônus da prova apenas consagra uma realidade já batida nas instituições:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo 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.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Não se cogita de uma subsidiariedade pragmática. A norma apresenta procedimentos, pauta a necessidade do contraditório, o momento da inversão do ônus da prova e, sobretudo, define quem melhor deve ser onerado com o peso da posição jurídica de provar.

²⁵ “Il progressivo passaggio dei diritti umani dall’ordine sociale all’ordine (anche) statuale, può essere descritto come ascesa della <persona> rispetto al <soggetto>; ma è anche ascesa dello stesso soggetto, da una condizione di soggezione a una condizione sempre più di centralità nell’ordine giuridico. Um <declínio> è quindi configurabile solo come riduzione di una posizione di prevalenza della nozione e della realtà giuridica del soggetto rispetto alla nozione e alla realtà della persona, non come perdita di sostanziale giuridicità”. OPPO, Giorgio. Declinio del soggetto e ascesa della persona. *Rivista di Diritto Civile*, anno XLVIII, n. 6, nov/dic 2002, p. 835.

A “subsidiariedade” que ora se comenta é para ressaltar o atraso operativo do sistema brasileiro – no Brasil, não se acredita na norma do texto, somente tem valor o texto da norma.

Tudo sopesado, a aproximação entre direito material e processo fica dramática, porque desde o momento em que a tutela jurisdicional é colocada como polo metodológico da teoria do processo (art. 5º, XXXV), o direito, “desde fora”, já deveria estar pautando as diretrizes para nortear o ônus da prova, a standardização do convencimento judicial, e a própria decorrente motivação da decisão.

O direito fundamental à prova, em síntese, é dinâmico desde o nascimento da demanda, deve ser analisado desde antes do processo, na perspectiva das fontes (metaprocessuais) até o desfecho da decisão. Porém, não está cravado no texto, o que parece invisível ao operador brasileiro.

Isso posto, o juiz não possui total liberdade para redistribuir ou para valorar a prova, como parece, quando analisado um sistema fechado e estático. Pelo contrário, em um sistema aberto e movediço, o convencimento judicial está abalizado por tendências conflitantes que, porém, respectivamente se coordenam entre si. Daí que o problema da valoração da prova remete a um novo modelo de relação entre prova e verdade – um modelo cuja perspectiva cultural pré-dispõe algumas diretrizes, mas está em diuturna reconstrução, trata-se de uma empresa em eterno refazimento.

4 Os conceitos compromissados com os pressupostos metodológicos do processo civil

A ascensão da pessoa como pedra de toque do sistema jurídica, ainda mais, levando-se em conta a formação de novos núcleos institucionais de poder, com a decorrente corrosão da soberania e com o legicentrismo e o justestatalismo absolutos, resultaram em um sistema por intermédio do qual as categorias jurídicas deixaram de serem axiomas ou dogmas imbatíveis, a espera de uma dedução unívoca e incontestável. Pelo contrário, a experiência jurídica contemporânea é de coalizão em termos de fontes, no sentido de organizar diretrizes basilares porque inarredáveis, mas, também, no sentido de pautar soluções a serem implicadas por módulos, por modelos funcionais, porque o direito não é somente um “dado” objetivo cravado em uma regra, antes o direito é um constante “fazer-se”²⁶.

²⁶ Gustavo Zagrebelsky, *idem*, p. 123.

O direito é uma empresa em construção.

A dignidade da pessoa humana se trata de núcleo duro do sistema. Se a liberdade e a igualdade são valores materiais a serem alcançados, justamente, o *link* que pode garantir de sustentabilidade sustentação desse diagrama jurídico é a metodologia de trabalho, daí que tal metodologia deve ser previsível, na medida em que prevista em normas e em critérios que aproximem o direito da realidade – a verdade é um critério externo processo, porque a decisão é *merit-based*, mas a verdade se conecta com o processo por intermédio da prova (que está dentro do processo).

Do contrário, o direito consagraria um sistema hermético, sem referenciais, e correndo o risco de uma autopoiese manipulável sem o cumprimento dos escopos precípuos já consagrados secularmente: a justiça, a pacificação social, a efetividade e a segurança.

Inúmeras discussões conceituais foram travadas na teoria do processo, em termos de verdade e prova. Entretanto, chama a atenção que os “pontos de inflexão”, os núcleos das discussões estão compromissados, cada qual, à perspectiva metódica que vigorava em seu tempo.

Desde Calamandrei, verificou-se que a atividade de investigação processual da verdade não era totalmente livre, ela deveria atender a um método de trabalho. Levando-se em conta mais garantias que direitos fundamentais em oscilação axiológica, naquela época, já se comentava que o juiz não seria um mero historiador, pois devia se pautar pela imparcialidade²⁷. O interessante é que o mesmo doutrinador formulou a clássica escala da “possibilidade, verossimilhança e probabilidade”, que foi campo fértil para inúmeras discussões dentre os processualistas.

Independente das correntes ou distinções alinhavadas, é perceptível que tais conceitos olhavam, apenas, para dentro do processo, para os aspectos nucleares da ciência processual, justamente, porque estavam comprometidos com fatores cujos pressupostos metodológicos remetiam ao norte da teoria da ação e da teoria da jurisdição. Quer dizer, para Calamandrei e seus epígonos, o processo consistia em um sistema hermético que fincava balizas normativas a serem resolvidas dentro do próprio processo, daí que as distinções – chame-se de escalas, graus, ou progressões referentes à prova – aca-

²⁷ CALAMANDREI, Piero. El juez y el historiador. *Estudios sobre el proceso civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1045, 112.

bavam por pautar conceitos técnicos, porém, desligados da realidade maior que os circundavam.

Em outras palavras, falar em possibilidade, em verossimilhança, em probabilidade, enfim, atribuir críticas às regras de experiências, ou tentar tarifar percentuais estatísticos em termos de probabilidade, acabam sendo retratos de uma época em que se valorava a prova sem, contudo, realmente observar o “mundo lá fora”. O sistema do processo civil estava “fechado” para os demais campos do direito, daí que qualquer norma elaborada parecia recebida como uma revolução – como o art. 6, VIII, do CDC. Ainda quando se cogita de cognição ou de certeza, ao invés desses conceitos, a reaproximação prática é mais aparente que real, porque tudo indica voltar a decisão – e a formação da certeza (cognição) – para dentro do processo: por isso que, por tanto tempo, o juízo de cognição ficava em suspenso, somente podendo ser decidido ao final, sem juízos sumários, porque os conceitos estanques não permitiam uma flexibilização e uma mobilidade entre os seus próprios congêneres.

Verossimilhança em relação a quê? Probabilidade em relação a quê?

Conceitos cujos conteúdos eram investigados dentro do processo, mesmo, o que ensejava um círculo situacional de novas investidas de fechamento operativo.

A questão do erro também possui endereço similar. Em geral, fala-se que a análise da prova deve se precaver contra o erro. A valoração da prova, atualmente, travaClha com uma metodologia comparativa, ou classificatória-analítica, onde se pautam standards que poderiam evitar o erro. Nesse “ponto de inflexão”, evidencia-se que a jurisdição está ancorando as diretrizes de toda uma formulação, que se reporta ao *common law*. De fato, é possível comparar julgamentos, olhar para “o lado” e verificar como determinada questão foi julgada. Até na velha discussão entre verdade formal e verdade material se efetuou tal comparação – valendo-se de outro critério de distinção (a atuação do juiz na produção da prova).

De qualquer maneira, a problemática de evitação do erro não é invenção ou sequer apanágio adstrito ao direito dos precedentes. Com efeito, o erro não chega a ser uma contingência das atividades culturais. O erro está presente em todas as ciências. Daí que as teorias formulam hipóteses de trabalho para que o erro não se torne sistemático, mas isso deve ocorrer sem que uma sobrecarga de trabalho remeta toda a responsabilidade para apenas um agente das relações.

A questão do erro judicial não é apenas judicial. Nesse caso, a temática se compromete com a perspectiva metodológica na qual a jurisdição é

colocada no núcleo do processo. Assim, tanto o erro como o “conserto” do erro são tarefas – unicamente – do juiz, porque se tratam de formular balizas standardizadas com supedâneo em precedentes onde a própria jurisdição diz tudo, ou melhor, *ela mesma diz o que pode dizer*.

No atual quadrante constitucional, os conceitos não são estáticos. Para tanto, eles devem se aproximar da realidade, daí que a utilização de ferramentas como os “modelos de prova” otimiza a relação entre a prova e a verdade. Na cultura presente, falar em possibilidade, verossimilhança, em probabilidade, e colorir esses conceitos com regras inferenciais de experiência ou de estatística, acabam “trazendo o processo para dentro do processo”. Na cultura presente, falar na evitação do erro com uma matriz kantiana²⁸ – comparativo-formal – também resulta em estancar o processo em uma figura estática, do tempo em que a jurisdição era dizer o direito do texto da lei.

Aliás, parece que os processualistas importaram os conceitos kantianos e os promiscuíram à questão da certeza, o que resultou em uma indevida promiscuidade entre a questão da verdade e a questão da correção da decisão. Sem aprofundar complexidades, na filosofia, a lógica se trata de uma teoria formal, uma teoria do conhecimento, que trata a não contradição e com a razão suficiente, enfim, que trata com as regras do pensamento (assentimento), daí se falar em “conhecimento” correto ou errado. De outro norte, a teoria do conhecimento (gnosilogia) trabalha com objetos materiais, portanto, humanamente impossível se formular um padrão genérico sobre o que é verdadeiro ou é falso, na medida em que os objetos são aceleradamente mutáveis.

Isso se reflete na atualidade – no confronto entre teoria procedimentalista e teoria estruturalista do direito. Elas não são excludentes, elas se complementam, porém, tudo indica que os clássicos conceitos processualistas colocaram, no mesmo patamar, conceitos que seriam melhormente diagramados quando identificados desde a própria origem.

Além de respeitar a relevância dos conceitos afirmados, o que importa é indicar que a nova ordem constitucional, hoje melhor refletida no Código de Processo Civil, apresenta uma perspectiva que não fica atarracada aos velhos pressupostos metódicos do processo. A sociedade atual está liquefeita, as relações são dinâmicas, portanto, os conceitos devem se aproximar dessa realidade, sempre considerando a conexão teleológica dos institutos.

²⁸ Lógica, p. 58.

4.1 O modelo compartilhado de prova

Tudo sopesado, o polo metodológico do processo civil atual é a tutela jurisdicional²⁹.

A Constituição estabelece, no art. 5º, XXXV:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

As grandes discussões teóricas sobre a ação e a jurisdição perderam algum sentido, embora mantenham aquela supervivência típica dos mais ortodoxos positivistas. Agora, o importante é constatar que não adianta mudar um código, não adianta mudar a constituição, se os conceitos – se a experiência jurídica – continuar sendo guiada por uma maneira hermética de observar a natureza das coisas jurídicas.

A colocação da tutela jurisdicional como polo metodológico do processo civil implica a um modelo compartilhado da prova. O velho pêndulo do modelo demonstrativo para o modelo persuasivo da prova ganha novas influências, seja no tocante à teoria das normas, seja no tocante à prática encerrada no formalismo processual, seja no tocante ao desenlace da técnica do processo, que elabora uma síntese entre o sistema e a forma.

A verdade, enquanto critério externo de referência da decisão, é um “valor-meio” ao processo. Trata-se de um guia ou um vértice que polariza a decisão. Segundo Michele Taruffo, a verdade “si tratta di un valore vallo-re ‘regolativo’ che orienta l’atteggiamento che si deve avere nei confronti dei fatti, ma questa sua natura di ‘punto di riferimento’ non ne fa venir meno l’importanza, ed anzi consente di configurarlo come valore di rilevanza generale”³⁰.

²⁹ A Escola de Processo Civil da UFRGS, pelo menos, enquanto capitaneada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, parece adotar a teoria de Fazzalari²⁹, para quem o “processo” consiste no polo metodológico do processo civil. De qualquer maneira, ele ressalta que está superada a ideia de um juiz superpartes, de uma assimetrização absoluta do processo, no sentido da jurisdição estar no centro de todas as tomadas de decisões sobre o juízo de fato. Inclusive, em termos filosóficos, o transcendentalismo entre prova e verdade não reflete, somente, a apreensão dogmática do objeto pelo sujeito, antes repercute a viragem linguística na qual o sentido das coisas – do objeto da prova – é adquirida pela intersubjetividade, é produto de um compartilhamento que interlocuciona os atores processuais.

³⁰ TARUFFO, Michele. Verità e probatilità nella prova dei fatti. *Revista de Processo*, ano 32, n. 154, dez/2007, p. 214.

O modelo compartilhado da prova está embasado em três premissas.

A sociedade atual é líquida. Os fatos e as próprias normas jurídicas são dinâmicas, e refletem autênticos pontos de abertura ou de coalizão de um sistema jurídico aberto e móvel. Como refere Erik Jayme³¹, a pós-modernidade vive de antinomias, de pares contrapostos: “ela se define justamente através da modernidade, que ela não quer ser”. Daí que a tal pós-modernidade – os nossos tempos líquidos – não procura encontrar o que é comum ou o que é parecido com o outro, pelo contrário, na atualidade, o “normal é ser diferente”, porque as medidas de tempo-espaço já não permitem uma segmentação pontualista.

Ora, tudo é passageiro. As pessoas já não vivem o momento presente, a sociedade está num museu, está numa aula, mas permanece viajando pelo celular. Até os crimes cibernéticos assumiram novas formas, e a própria figura da família está fragmentada – assim como uma raridade de museu que era denominada “sexo com amor”.

Nesse panorama emaranhado de valores e ideias divergentes, o valor preponderante é o “pluralismo”. A partir dele, e consagrado o núcleo da dignidade da pessoa humana, podem ser tensionados outros valores em convivência normativa, o que reclama uma coordenação dos sistemas, através da comunicação das normas, e por intermédio de metodologias ponderativas e associativas que somente possuem algo em comum – os problemas humanos são solucionados através de múltiplas metodologias, sem aquela conversa positivista o dedutivismo versus indutivismo ou analogia.

A regra é a diferença, o particularismo, daí ser importante considerar, como pedra de toque ou como valor de reunião desses diversos valores, o retorno dos sentimentos – a releitura dos que nos faz sermos humanos, a autêntica essência ou motivo para existir uma ciência cultural como o direito. Em síntese, a lei não conduz, ela apenas administra fatores em constante tensão³².

O pluralismo e o respeito às diferenças, o particularismo e o retorno dos sentimentos, enfim, conformam a base social da premissa de um novo modelo que implica o compartilhamento da prova.

Em decorrência desses reflexos da pós-modernidade, no direito positi-

³¹ JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, ano 88, vol. 759, jan/99, p. 25.

³² Idem, *ibidem*, p. 30.

vo, a leitura dos textos dos direitos fundamentais deixa expresso que fatores morais, políticos, jurídicos e éticos colocam a verdade como um “valor-meio” para que o Estado Constitucional chegue aos objetivos normativamente vigentes. Afinal, o processo justo reúne não apenas um somatório de valores, mas uma ordenação axiológica móvel, que atribui uma visão holística do sistema jurídico.

Isso é básico, está na supremacia da Constituição. O que importa, em realidade, é que os direitos fundamentais densificam os elementos que mais necessitam de tutela. Aqui o ponto – a tutela.

O novo processo civil trabalha com a tutela “desde fora” do processo, daí não se falar mais em condenação, execução, declaração, mandamento, ou constituição, é necessário pensar na efetividade para proteger as pessoas contra a lesão ou a ameaça aos direitos. Logo, as necessidades do direito material, outrora fincadas na figura do “dano”, hoje também se preocupam com a figura do “ilícito”, para formular uma estrutura voltada à proteção dos casos e necessidades que mais interessam à vida civilizada³³.

No talvegue da pós-modernidade, portanto, a premissa decorrencial é proteger o diferente, é tutelar o particularismo, por intermédio de um modelo probatório não meramente dicotômico – ora demonstrativo, ora persuasivo. Com efeito, os velhos modelos da dogmática privilegiavam a estática processual. Conferiam uma aparente segurança, porque eram apenas duas ideias como versos de uma moeda, porém, a segurança era aparente, porque a metodologia de trabalho acabava sendo homologada por uma motivação que valia como uma espécie de “warrant fake” – dava uma certa aparência de certeza de background, enquanto, em realidade, ocorria uma solução axiomática onde um indício poderia virar prova, e uma evidência poderia ser contingenciada e esquecida em um contraditório formal.

A maneira dicotômica dos modelos de prova remeteria o processo, novamente, a discutir a diferença hermética entre verossimilhança e probabilidade, e questionar a evitação do erro com o juiz Hércules. Ou seja, trocavam os atores, mexia-se nos conceitos, todavia, eles continuavam distantes da realidade. Daí que ficavam como meras denominações, sequer conceitos reais, porque distantes do “mundo lá fora”.

³³ Marinoni, Arenhart, Mitidiero, idem, p. 67.

Nesse diapasão, evitar lesão ou ameaça de lesão – a tutela no centro da experiência – a abre um leque de possibilidades de atuação ao processo que, na perspectiva densificadora dos direitos fundamentais, são concretizados pela técnica processual, uma técnica³⁴ que efetua a síntese entre o sistema e a forma de tratamento para, assim, os operadores atingirem os objetivos plurais conviventes.

A terceira premissa toca o formalismo, porque implica uma adequação da técnica processual ao retorno dos sentimentos, à supremacia da Constituição, e ao dever da tutela dos direitos que vem “desde fora” do processo. O processo, então, vale-se de uma pluralidade de métodos de trabalho para elaborar uma decisão judicial funcionalizada à verdade. No exame da prova, as premissas codependentes não são meramente dogmáticas (relação sujeito-objeto) ou o ceticismo, antes transfiguram uma intersubjetividade que remete a um realismo metodológico.

Realismo metódico quer dizer que as narrativas processuais apresentam problemas contrapostos. Para desvendar a questão, “o terceiro imparcial se garante pelo esforço argumentativo das partes, que será a base para se construir a decisão expressa pela fundamentação. A fundamentação das decisões, por sua vez, é indissociável, do contraditório, é a fiscalização das partes para se alcançar uma decisão racional, não permitindo que seja ela ato isolado do juiz, fruto da sua subjetividade. Pela ampla argumentação, tem-se o direito à prova e assistência de advogado. É uma garantia das partes para que se possa ter o tempo processual apto para reconstruir o caso concreto e discutir quais normas jurídicas serão adequadas”³⁵.

Agora, não remanesce um espaço para uma convicção – tanto de suficiência como de valoração da prova – absolutamente livre, porque o julgador está ligado àquilo que “desde fora” as narrativas trazem para dentro do processo: a questão da tutela dos direitos. Recupera-se o caráter problemático do direito, mas com uma participação ativa do juiz, que não se trata de um “árbitro de futebol”, daqueles que pode tudo.

³⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 17

³⁵ TEODORO, Warlen Soares; MIGUEL JR., Waldir. O processo constitucional democrático e a condução da prova pelo juiz na busca da verdade real. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, ano 9, n. 9/10, jan/dez/11. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 197.

Pelo contrário, o juiz do processo deve atender à tutela dos direitos. Daí a importância dessa premissa metodológica, porque ela envolve o contraditório no sentido material, entre as partes, com a garantia de influência e a garantia de não surpresa, nas decisões. O monólogo apouca o litígio e afasta a prova da verdade. Para relativizar essa tendência, para além dos esforços das teorias procedimentais – que predispõem argumentos e escalonam fatores de coalizão validatórios –, o ideal é que a experiência jurídica exclua contradições.

Minimamente, um circuito entre normas e fatos que deve refletir dois aspectos, quando o juiz elabora uma decisão:

a) Ele deve se referir à categoria ou à natureza do problema a ser decidido, porque daí é que se extrai um conjunto de normas (presunções, regras de experiência, técnicas normativas de tendência, políticas públicas) que expressam o “grau” de prova suficiente para que o julgamento seja efetuado; atingido esse “grau” de suficiência, o juiz não pode se valer do critério subsidiário do ônus da prova³⁶;

b) O legislador não chega a atribuir “graus” de probabilidade dos fatos, não confere uma escala predeterminada de provas que devem prevalecer; contudo, na pós-modernidade, a supremacia constitucional chega a predispor algumas alternativas que se sobrepõem aos demais valores, portanto, o próprio ordenamento jurídico – se observado na tensão dos valores, e com o *revival* dos sentimentos –, apresenta uma margem de prejudicialidade onde categorias podem ser privilegiadas, ou determinadas provas podem ser peremptórias, a depender da ponderação ou da multimetodologia aplicada ao caso concreto, pelo julgador.

Não se trata de uma resposta pronta. Não se trata de uma receita ou regra de bolso. Justamente, porque reflete aquilo que a pós-modernidade não quer ser – a pós-modernidade não quer ser moderna.

Chega de modernismos e dicotomias. Logo, o processo justo está comprometido com desígnios sociais e políticos³⁷ que organizam formalismo pro-

³⁶ Salvatore Patti, *idem*, p. 502.

³⁷ THEODORO JR., Humberto. A importância da prova pericial no devido processo legal. *Revista IOB de Direito Civil e Direito Processual Civil*, v. 11, n. 62, nov/dez/2009, p. 65.

cessual participativo e ativista em dinamicidade, mas, que, sobretudo, reclama uma redistribuição dos institutos consoante a força da Constituição e das necessidades prementes da tutela.

A técnica deve ser adaptada a essa maneira de observar o processo. Portanto, o compartilhar a prova é a participar ativamente na feitura da prova; é trazer, “desde fora” do processo, o regime jurídico que regulamenta a espécie de cognição; é ter presente que os direitos fundamentais tratam de pluralismos, e que o juiz pode errar, mas não a evitação do erro não se conforma a uma mecânica dedutivista, antes depende de arrolar tendências – o que é mais tendente na promoção dos valores basilares em nosso ordenamento: a liberdade e a igualdade.

Por entre o princípio dispositivo e o inquisitivo, remontando o liberalismo e a socialização do processo, na classe das teorias procedimentais ou estruturalistas, o que se compromete, no modelo compartilhado da prova, é confiar que o processo reclama um critério externo – uma tutela que advém “desde fora”, portanto, uma tutela em constante mutação.

4.2 O adensamento da tipificação das provas

A experiência jurídica se vale de provas atípicas para trazer, ao processo, o mundo dos fatos. Com a reiteração de novos casos concretos, a jurisprudência consolida entendimentos que, pela utilidade prática, acabam sendo afirmados na legislação. Nesse momento, algumas provas que outrora eram atípicas, assumiram o caráter de provas típicas, porque estão textualizadas no Código de Processo Civil (sem prejuízo de outras fontes versarem sobre a questão).

4.2.1 A ata notarial

A credibilidade dos carimbos, certificações, registros correspondenciais, verificações de autenticidade são questões inversamente proporcionais à civilidade (leia-se: boa-fé e colaboração) de uma sociedade. Em realidade, o crédito que esse tipo de prova pode assumir, provavelmente, advém dos diminutos limites geográficos da metrópole portuguesa.

De qualquer maneira, a legislação brasileira mantém simpatia pela burocracia dos cartórios extrajudiciais. Inclusive, argumentos que evitariam o *overload* da jurisdição – e não evitaram, na prática – são utilizados para incrementar a burocracia, para aumentar o número de demandas que são creditadas aos cartórios extrajudiciais. Chega a ser um legado monárquico em pleno terceiro milênio.

O Código de Processo Civil estabelece:

Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.

Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.

Tudo indica que a ata notarial é mecanismo de imediação e atestação entre a feitura de ato eletrônico – pela internet, em especial, rede social via computador ou celular – e a constatação da mensagem digitalmente formulada. Com efeito, o agente público meramente atesta que observou determinada mensagem ou imagem. A partir disso, a ata notarial pode ser apresentada no processo.

O vigor da ata notarial está diretamente relacionado à instantaneidade da atestação que ela efetua, na medida em que é notória a dinâmica das mensagens veiculadas, digitalmente, pela internet. O meio se presta, portanto, para dizer que tal ou qual mensagem ou imagem, em determinado momento, foi observada, e a distância entre o envio da mensagem e a lavratura da ata³⁸.

Agora, isso não eleva tal atestação (pela ata notarial) a uma presunção de verdade do conteúdo do documento abalizado-carimbado como “autêntico”, porque avistado no celular ou no notebook de alguém. Evidente que mensagens eletrônicas podem ser manipuladas, e a velocidade do *hackeamento* deveras maior que a possibilidade do “andamento da fila” que existe em qualquer cartório de certidão de ata notariais.

O direito é fenômeno cultural. Logo, certo que a ata notarial merece uma singela observação de plausível autenticidade, e isso quando não violado um dever que ela deve encerrar – a indivisibilidade da prova (art. 342, § único do CPC); porque é muito comum que se tente lavrar uma ata do pedaço da conversa que favorece à parte – em conversas de *whats app*, por exemplo – sem, contudo, que se apresente a integralidade da conversa.

Nesse sentido, a autenticidade deve trafegar ao encontro da integridade da prova, do contrário, não merece uma valoração significativa. Apenas fenecerá como ato burocrático sem maior envergadura prática, na formação do convencimento judicial.

³⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. 2ª tiragem. Vol. Único. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 355.

Finalmente, o desencontro estrutural entre a ata notarial e a certificação de imagens ou documentos digitais remete esse tipo de prova a uma figura-tampão, de pouca força de convencimento. Pensar que um carimbo ou uma assinatura de agente público pode conferir certeza ou avantajá-la a verossimilhança de documento digital, consiste em comparar os meios de comunicação da cultura do terceiro milênio às escritas do direito romano. Ora, para que uma ata notarial tenha vigor efetivamente valorativo ela deve estar na mesma linguagem³⁹ daquilo que ela analisa – ou seja, a ata notarial, os cartórios, enfim, devem estar interligados ao sistema de criptografias e de protocolos de internet para, daí sim, conferirem velocidade e autenticidade indiscutível à prova.

Do contrário, a “novidade” da ata notarial não passa de um arremedo de “hearsay testimony” escrito, e muito aquém daquilo que ela presente demonstrar, porque jamais assegura a inalterabilidade⁴⁰ do documento a ser atestado. Ainda mais, quando é praxe, no Brasil, as atas ou documentos aparecem entrecortados, manipulados, violando a indivisibilidade. O dever da apresentação de documento indivisível⁴¹ não é sinônimo de autoincriminação, mas, sobremaneira dificulta a possibilidade da mentira – tática odiosa e repudiada pelo ordenamento.

4.2.2 A prova técnica simplificada (“expert witness” ou “consulenza testimoniale”)

A metodologia processual orientada pela sincera colaboração e pela boa-fé processual se trata de um esquema em que as provas podem ser an-

³⁹ PEREIRA NETO, Miguel. Os documentos eletrônicos utilizados como meio de prova para a constituição de título executivo extrajudicial e judicial. In SCHOUERI, Luís Eduardo (org.). *Internet: o direito na era virtual*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 18.

⁴⁰ Idem, ibidem, p. 21.

⁴¹ CARRATA, Antonio. Dovere di verità e completezza nel processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LXVIII, n. 1, marzo 2014, p. 76. A parte não é obrigada a dizer a verdade substancial, daí se falar em boa-fé subjetiva, quando da manifestação da parte em termos de princípio dispositivo. O dever da completude ou da indivisão da prova não remete a uma verdade substancial, porém, ajuda a evitar a mentira: “si vuole solo evitare che la ricostruzione dela fattispecie storica dedotta in giudizio sai in qualche modo falsata o alterata e perciò si impone alla parte di non essere consapevolmente reticente o scorretta, omettendo fraudolentemente alcuni elementi o particolari che as bene essere rilevanti nel contesto della domanda o dell’eccezione avanzata”.

tecipadas, agilizadas, inclusive, para o próprio reforço do contraditório. A tática brasileira, tradicionalmente, é esconder as provas, e surpreender o adversário; de outro lado, em países evoluídos (civilizados, em todos os sentidos do termo), a surpresa não remete à racionalidade da vitória, porque vence quem tem razão, ao invés de ter razão – a qualquer custo – quem vence.

Independente da triste realidade enfrentada na realidade dos foros, a legislação brasileira parece encorpar técnicas probatórias que se aproximam do clássico “discovery”, da common law, onde o aparato probatório até poderia prevenir litígios. De fato, em algumas contendas, ao invés da esperteza de alguns, prevalece o bom senso e o vigor do processo justo – o processo previsível, onde as provas mais diretas e efetivas devem ser manuseadas para a aproximação da decisão ao vértice da verdade.

No direito brasileiro, a prova técnica ou a perícia assume um privilégio que exaspera a impossível onisciência do juiz. A perícia, em certos casos, é o único remédio plausível (ver art. 375 do CPC).

Agora, o conhecimento humano tem sido amplificado, daí o que antes estava restrito a uma perícia, talvez, pode ser explicado por um testemunho técnico, por algum experto que possui qualificação na área, técnica que confere efetividade e celeridade à operação judicial. No Brasil, não chega a ser uma total novidade, porque já havia uma incipiente previsão na Lei 9.099/95:

Art. 35. Quando a prova do fato exigir, o Juiz poderá inquirir técnicos de sua confiança, permitida às partes a apresentação de parecer técnico.

Considerada a “informalidade” e a “simplicidade” dos Juizados Especiais, evidente que os técnicos da confiança do juiz não caracterizam um substituto do perito, uma “expert witness”. Porém, a ideia não deixa de ser análoga, no sentido de antecipar o conhecimento da questão de fato, por intermédio da abreviação da gestão da linguagem na coleta da prova: um sujeito que está acostumado a trabalhar em determinado ramo tem mais condições de examinar a previsibilidade das coisas que um juiz, que é um técnico das normas jurídicas.

A “expert witness” é prova semelhante, porém, deveras mais formal que a oitiva do técnico, que está previsto pelo Juizado Especial. Com efeito, a “expert witness” se trata de um movimento cultural semelhante, mas cujo

formalismo acresce em termos de credibilidade quanto em termos de possibilidade de controle daquilo que a testemunha pronuncia⁴².

A questão é identificar qual o tema adstrito ao técnico, ou seja, o que seria admitido, segundo o objeto da prova, a ser explicado pela técnica da “expert witness”. De fato, parece se cuidar de um meio termo entre a perícia e a prova testemunhal, porque tal modalidade aparecerá quando as partes puderem apresentar especialistas que expliquem – direta ou indiretamente – como funciona determinado exame sobre o estado de fatos ou de pessoas. A “consulenza tecnica” trabalho nos espaços não facilmente inteligíveis, vale dizer, naquilo que exaspera o senso comum ou o senso de conhecimento especial do juiz e das partes, mas não chega a ser algo significativamente complexo, a justificar uma perícia mais formal.

Tanto que o próprio CPC confere um caráter subsidiário a tal prova:

Art. 464. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.

§ 1º O juiz indeferirá a perícia quando:

I - a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico;

II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas;

III - a verificação for impraticável.

§ 2º De ofício ou a requerimento das partes, o juiz poderá, em substituição à perícia, determinar a produção de prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade.

§ 3º A prova técnica simplificada consistirá apenas na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico.

§ 4º Durante a arguição, o especialista, que deverá ter formação acadêmica específica na área objeto de seu depoimento, poderá valer-se de qualquer recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens com o fim de esclarecer os pontos controvertidos da causa.

⁴² ANSANELLI, Vincenzo. Comparazione e ricomparazione in tema di *expert witness testimony*. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXIV, n. 3, mag/jun 2009, p. 722.

A nova legislação denomina de “prova técnica simplificada” o trabalho do substituto do perito, isso quando o ponto controvertido for de menor complexidade. A técnica pode conferir mais agilidade ao processo – “il problema è che la consulenza diviene, di fronte ad un giudice non specializzato, una vera e propria prova legale; e assai poco servono le perizie di parte, che soffriranno, dal punto di vista del giudice, della medesima strutturale inintelligibilità”⁴³. Em outras palavras: não importa que o juiz tenha formação técnica em determinada área⁴⁴ (como a engenharia ou a medicina), o ponto de flexão é que o juiz deve ter o bom senso para nomear a testemunha técnica para assuntos tangentes entre a experiência comum *versus* a perícia, do contrário, o julgador estaria cumulando, indevidamente, especialidades que o sistema jurídico – por eticidade – não permite que sejam cumuladas.

O problema da prova técnica simplificada retorna ao fundamento do próprio novo ordenamento processual – será, mesmo, que o brasileiro dispõe da civilidade e da boa-fé objetiva para apresentar técnicos comprometidos com a “razão da prova”? Ou continuará prevalecendo, como se verifica, facilmente, na prática, o ceticismo de uma inescrupulosa “prova da razão”?

Pode-se dizer que o tempo responderá a eficácia prática desse meio de prova. De outro lado, refletindo sobre alguns séculos da cultura processual brasileira, talvez, o sujeito não precisa ser um profeta para imaginar a utilização meramente pontual que o instituto assumirá.

4.2.3 A prova emprestada

Os fundamentos lógicos da prova emprestada consistem na economia processual e na unidade da jurisdição. Com efeito, se uma prova já foi produzida perante a jurisdição, não haveria motivos evidente para que ela fosse repetida, em outro processo, se o objeto da prova é análogo ou o mesmo objeto que se pretende provar.

A prova emprestada se trata de uma prova documental⁴⁵. Embora, no processo originário, ela pudesse ter sido uma de outra natureza (prova pe-

⁴³ LOTARIO, Dittrich. La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza técnica e fatto notorio. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXVI, n. 1, gen/feb 2011, p. 117.

⁴⁴ THEODORO JR., Humberto. A importância da prova pericial no devido processo legal. *Revista IOB de Direito Civil e Direito Processual Civil*, v. 11, n. 62, nov/dez/2009, p. 78.

⁴⁵ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 53.

ricial ou testemunhal, por exemplo), considera-se prova emprestada aquela que já foi produzida outrora, em outro processo, para nele gerar efeitos. Entretanto, na medida em que a essência do objeto da prova pode ser reaproveitado, agora, em outro processo, daí se fala em prova emprestada: de um processo para o outro.

O CPC apresenta regulamentação típica sobre a matéria:

Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

O ideal é que a prova originária tenha sido produzida entre as mesmas partes, porque o ponto de inflexão do empréstimo de provas, entre processos, trata-se da questão do contraditório. Sendo preservado o contraditório, desde a feitura da prova, até o transporte da documentação para outro processo, garante-se o processo justo, e toda a sorte de valores que ponderam o ambiente dialético.

A partir da preservação do contraditório – tanto na origem (formação da prova originária) quando no destino (processo no qual a prova será documentada) – assumem um caráter mais pragmático que, propriamente, teórico. Trata-se da utilidade da prova produzida.

Ora, se a prova não pode ser reproduzida (porque faleceu a testemunha ou porque pereceu o objeto da perícia), a prova emprestada assume maior credibilidade. Ainda no sentido do crédito da prova, evidente que princípios como o juiz natural e a oralidade são relativizados, tendo em vista a sobreposição pontual da efetividade sobre a segurança jurídica. Do contrário, o formalismo exacerbado não contribuiria para o andamento dos processos, o que acaba sobrecarregando todos os desdobramentos das esferas de poder estatal e social.

Segundo Eduardo Cambi⁴⁶, a prova produzida em procedimento administrativo, onde garantido contraditório, também pode ser transportado para o processo civil, e vice-versa. Vale dizer que a metodologia, desde a admissão até o debate sobre a prova, enfim, a observação formal da produção da prova enquanto atividade de compartilhamento de informações, torna-se o eixo de validação da prova emprestada. Garantidos os direitos fundamentais,

⁴⁶ Idem, *ibidem*, p. 59.

o processo administrativo (embora aqueles de cunho punitivo) não se distanciam, em termos de standardização, do processo civil, onde os reflexos da prova emprestada geram efeitos análogos – indenização, sequestro de bens, demissão, dentre outros aspectos.

Finalmente, a interceptação telefônica ou a gravação clandestina – em regra geral –, meios de prova admitidos mediante previsão legal para questões criminais (Lei 9.296/96), elas não consistem em um meio de prova tipicamente utilizado no processo civil. Em questões de eminência civil, o juiz não está autorizado a decretar interceptação telefônica. De qualquer maneira, na medida em que essa prova seja produzida, regularmente, mediante ordem de juiz criminal, ela pode ser emprestada ou transportada para o processo civil ou, inclusive, para o processo administrativo disciplinar.

Observada a lei que autoriza a interceptação telefônica, o juízo natural que decretou a interceptação, e observado o contraditório e a proporcionalidade da medida, portanto, trata-se de prova que pode ser emprestada a processo não criminal⁴⁷. Quer dizer, se a interceptação telefônica ou a gravação foram regularmente produzidas na origem – em juízo competente –, tal prova pode ser emprestada ao processo civil.

Inclusive, porque o maior rigorismo formal do processo penal (standardização em grau máximo: prova acima da dúvida razoável) implica uma prova mais cuidadosa, desde a formação até a valoração. Logo, a prova produzida em processo penal suficiente, enquanto documento degravado, para ser emprestada ao processo civil, chegando a se falar em “utilização ou compartilhamento de dados”⁴⁸ colhidos pela jurisdição de outra competência, em razão da matéria.

4.3 A prova atípica e a confusão referenciada

O Código de Processo Civil não é taxativo no referente às provas. Inclusive, deixa em aberto a possibilidade de surgirem outras modalidades que sejam funcionais à verdade.

O art. 369 do Código de Processo Civil estabelece:

⁴⁷ LAZARI, Rafael José Nadim. Sobre a validade da interceptação telefônica como prova emprestada em processo não penal. *Revista Bonijuris*, julho/2011, ano XXIII, n. 572, v. 23, n. 7, p. 81.

⁴⁸ BRILHANTE, Tércio Aragão. Gravações telefônicas e de imagens como provas no processo administrativo disciplinar. *Repertório de Jurisprudência IOB*, vol. I, n. 24, 2010, p. 849.

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.

O dispositivo ratifica a multifuncionalidade da prova, e projeta abertura do sistema do CPC em relação aos demais regimes jurídicos. O problema que consiste no critério que referencia a abertura operativa – o moralmente legítimo.

A questão da moralidade é algo que não depende, apenas, da especificidade dos casos concretos. Ainda mais, tratando-se de Brasil.

Como produto cultural, o direito atende a fluxos e contrafluxos. Logo, vale lembrar que, quando se discutiu sobre o modelo demonstrativo ou sobre o modelo persuasivo da prova, fatores sociais, ideológicos ou políticos foram sustentáculos de “fundamentos morais” ou de “racionalidade”. Vale dizer que o moral, no Brasil, depende muito do partido político imperante, depende do nicho de vulnerabilidade que tem lobby no congresso, ou até depende da ajuda que se propõe a uma campanha política ou para trazer a copa do mundo para o país.

A abertura da moralidade é deveras relativizável em estruturas sociais que ainda estão no divã evolutivo. Portanto, esse fator tem causado um estrago significativo em termos de desencontro de soluções jurisprudenciais.

Mais abaixo, cita-se um exemplo.

4.3.1 A inspeção ou constatação efetuada por oficial de justiça

A inspeção judicial é meio típico de prova. Contudo, notório que o magistrado não dispõe de tempo para se deslocar até os locais dos fatos, para observar e constatar, in loco, a situação de pessoas e coisas.

Na medida em que é inerente à atividade do oficial de justiça a mobilidade, o deslocamento, natural que algumas diligências possam ser facialmente desempenhadas por tal agente público, mediante determinação judicial. O CPC chegou a conferir, ao oficial de justiça, a possibilidade de avaliar determinados objetos.

Além disso, intuitivo que o juiz pode determinar que o oficial de justiça efetue outras diligências compatíveis com a função desempenhada no tra-

balho de rua, tanto por medida de economia processual como por questão de efetividade da jurisdição.

O CPC estabelece:

Art. 154. Incumbe ao oficial de justiça:

II - executar as ordens do juiz a que estiver subordinado;

Logo, o oficial de justiça desempenha um meio atípico de provar determinados fatos, desde que sejam fatos compatíveis à simplicidade da observação que ele dispõe, e na medida de tempo que o *overload* jurisdicional lhe propicia.

4.3.2 O comportamento da parte como prova

Na razão especificada no número 17 do Código de Processo Civil de 1973, Buzaid já divulgava que “Posto que o processo civil seja, de sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele, faltando ao dever da verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos; porque tal conduta não se compadece com a dignidade de um instrumento que o Estado põe à disposição dos contendores para atuação do direito e realização da justiça. Tendo em conta estas razões ético-jurídicas, definiu o projeto como dever às partes: a) expor os fatos em juízo conforme a verdade; b) proceder com lealdade e boa-fé; c) não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; d) não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários àq declaração ou defesa do direito”.

No Código de Processo Civil de 2015, a questão da boa-fé atingiu um patamar não meramente cognitivo, antes comportamental, porque se trata de boa-fé objetiva, momento em que a posição jurídica dos atores do processo é analisada de maneira não poder refletir situações sem lógica, ou sem que haja um compromisso de civilidade litigatória. O CPC estabelece a boa-fé como elemento necessário ao comportamento das partes (art. 5º), o que é reforçado pelo modelo colaborativo de processo civil (art. 6º).

Daí que a boa-fé é uma obrigação processual, até um dever processual, e chega a caracterizar, em termos probatórios, um ônus processual. Em termos de obrigação (ou dever – no presente, utilizados como análogos), a força normativa do comando estabelece o dever da não contradição, a proibição do abuso do poder processual, a perda de poder processual em face desse abuso, ou mesmo a vinculação decisória

a uma expectativa legítima implicada à contraparte, pelo fato do comportamento processual⁴⁹.

Os exemplos se multiplicam esparsamente, pelo CPC, e chamam a atenção pela imperatividade no sentido de uma obrigação da parte:

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:

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 jurisdicionais, 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 qualquer modificação temporária ou definitiva;

VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

A boa-fé processual, que caracteriza o comportamento leal e conforme o direito, trata-se da boa-fé objetiva⁵⁰. Com efeito, pelas circunstâncias de fato, praticadas dentro do processo (comportamento propriamente dito), o juiz está legitimado a avaliar a situação como desconforme àquilo que seria esperado pela lealdade entre as partes e para com a jurisdição, àquilo que caracteriza uma litigância civilizada.

O comportamento da parte, no processo, é multifuncional.

Para além de uma obrigação legal, que pode gerar consequências indenizatórias (perdas e danos, multa), ou consequências expurgatórias (riscar

⁴⁹ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 107.

⁵⁰ RIBEIRO, Darci Guimarães. O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. *Revista da Ajuris*, n. 95, ano XXXI, set/2004, p. 85.

palavras, ou pena referente ao atentado), o comportamento da parte em juízo auxilia na formação do convencimento do juiz. Nesses casos, o comportamento processual da parte consiste em um ônus – a depender do que a parte faz, ela perde uma posição processual, em termos de fortalecer um convencimento que não lhe é favorável.

O ônus processual é um encargo da parte, ele é uma condição para que a parte alcance uma posição jurídica de vantagem (ou não). Portanto, o comportamento processual desleal, contraditório, não colaborativo, ou contracivilizatório, acaba implicando um prejuízo à parte que violenta a boa-fé objetiva.

O ordenamento jurídico brasileiro acolheu tal solução, que já vinha consagrada na jurisprudência (vide Código Civil):

Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.

Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

O comportamento processual da parte, no Brasil, trata-se de prova atípica (art. 369 do CPC). Em outros ordenamentos, configura prova típica.

O Código Civil Italiano estabelece:

Art.116. (Valutazione delle prove)

Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti. Il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell'articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo.

O comportamento da parte, talvez, afete a admissão ou a relevância da prova requerida. Aparentemente, questão mais ligada à questão da realidade do direito material discutida como demanda. De qualquer maneira, em termos de processo civil, para que o processo justo alcance a decisão judicial tendencialmente verticalizada em direção à verdade, o comportamento processual se trata de documentação, de contexto, de um fechamento da gestalt operativa que o magistrado deve levar em conta – seja para conferir credibilidade à determinada prova, seja para formar o convencimento, no casos em que a verossimilitude possível do processo não permite maior precisão probatória.

Uma solução hermenêutica, sobretudo, argumentativa, no escopo do *continuum* autoimplicar-se do processo, no Estado Constitucional.

4.2.3 O frenesi da rede social como alterego de uma civilização imediatista

A prova mais utilizada, processos de família, trata-se de conversas de *whats app*. Uma prova atípica, assim como o seria uma conversa por email ou por rede social. De qualquer maneira, a questão da “moralidade” que o CPC comenta (art. Art. 369) deve ser convergente às implicações constitucionais.

O art. 5º da Constituição garante a privacidade e a intimidade do sujeito:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Ainda que sejam travadas conversas digitais, e embora o interlocutor disponha de um documento que foi produzido em suas mãos, alguns limites devem ser observados.

A eticidade ou a moralidade da prova atípica é critério referenciador da prova atípica. Daí que o caso concreto é que fornece dados, com base na proporcionalidade, para que a utilização seja liberada – em hipóteses não criminais.

Por exemplo:

a) falta de credibilidade de um dos interlocutores, por ocasião do comportamento processual desleal, pode retirar a força dessa prova;

b) a violação frontal ao postulado constitucional da proporcionalidade, na vertente da “necessidade”, pode refutar a utilização dessa conversação, porque, de qualquer maneira, a conversa digital expõe

a intimidade de um dos sujeitos, contra a vontade dele, sem falar na possibilidade da manipulação de dados, o que é facilmente perceptível no whats app; ainda mais, determinados programas utilizados por hackers, cujo tutorial está no próprio youtube;

c) o tempo de duração das conversações ou das gravações não pode ser desarrazoado, e tal elemento pode ser extraído do ordenamento, porque, em questões criminais, permite-se interceptações telefônicas por prazos exíguos (15 ou 30 dias, prorrogáveis); se passar desse prazo, a conversa passa a ser uma devassa, o que contraria ditame da privacidade.

d) a relação de equilíbrio entre as partes é fator que demonstra eventual deslealdade; ou seja, se não existe evidente abuso, ou se não existe algum fato específico a ser demonstrado, a prova da conversação não é eticamente aprovada

e) inclusive, em situações isonômicas, a gravação ou print de conversação pode ser produto de quebra de confiança como “leading questions”, ou seja, diálogos onde um interlocutor conduz o outro a dizer o que não queria; isso retira a veracidade, porque configura uma prova de arapuca, moralmente ilegítima.

f) quando um dos interlocutores prepara ou efetua um ardiloso cenário para o debate, a prova torna-se imprestável, porque violenta a ética da reciprocidade na confiança entre os sujeitos.

A doutrina⁵¹ refere que é prova imoral aquela que consiste em:

Gravação unilateral de conversa (gravação clandestina ou ambiental) em que o autor da

⁵¹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Gravações clandestinas e ambientais no processo civil: as provas imorais. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, vol. 4, ano 2011, p. 8.

gravação dirige ao interlocutor perguntas capciosas para lograr respostas induzidas, que, num falso contexto, poderiam fornecer-lhe versão dos fatos favorável aos seus intentos. São as chamadas “leading questions”.

Nenhum direito é absoluto, no atual quadrante constitucional. Se o interlocutor pode gravar algumas conversas, evidente que ele não pode efetuar uma devassa na vida da outra pessoa. Pelo contrário, uma devassa caracteriza uma ação delitiva, porque atenta contra o direito público de intimidade do interlocutor.

No caso concreto, por intermédio da proporcionalidade no sentido estrito, a tensão entre os valores é que definirão a eticidade da prova atípica. No confronto entre esses valores, prepondera a liberdade, prepondera a proteção da intimidade, a não ser que situações excepcionais tirem da curva aquilo que normalmente acontece.

Diálogos ou gravações intermináveis se denomina perseguição – STALKING. Luis Alberto Reichelt⁵² comenta:

O respeito a critérios de racionalidade e de justiça exige que se pense a ordenação do processo como uma forma de permitir o acompanhamento, passo a passo, da dinâmica de formação do convencimento jurisdicional. Ao mesmo tempo, essa mesma ordenação pressupõe a obediência a valores que transcendem o mundo do meramente jurídico, os quais permeiam o conteúdo dos comandos que compõem o sistema normativo de maneira a pautar a conduta dos sujeitos processuais em uma dimensão cultural. Nessa perspectiva, razão e valor são dimensões que se entrelaçam na dinâmica de interpretação da realidade com vistas à construção de decisões, permeando o raciocínio judicial de maneira a garantir sua orientação no que se refere à forma e ao conteúdo.

⁵² REICHELTL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 88.

Isso posto, o caso concreto deve ser ponderado, os valores plurais devem ser tensionados, para que a atipicidade não se transforme em anti-ética ou imoralidade institucionalizada.

Conclusão

O problema sobre a decisão da questão de fato no processo civil não apresenta fórmulas ou esquemas mais contábeis que jurídicos. A questão é ressaltar que não se resolve o problema ao remeter soluções para a motivação da sentença. A prova, a questão da relação prova-verdade deve ser enfrentada desde a origem – ou seja, desde as necessidades do direito material até ao largo das técnicas abertas e moveções que o CPC predispôs.

O compromisso dinâmico da prova não se trata de um conceito pronto. Justamente, tudo o que ele não quer ser é algo pronto e acabado, nos moldes cartesianos do positivismo. As soluções e técnicas surpreendem propostas que, na circularidade em relação ao caso concreto, pode auferir resultados que elaborem uma concordância prática entre a visão de contexto (holística) e particularista (analítica) dos meios de prova. Daí se tratar de uma atividade em diuturno aperfeiçoamento e, sobretudo, dinamicidade.

O mito da codificação, do jusestatalismo, do legicentrismo, e do formalismo interpretativo cede espaços a um diálogo entre as fontes, cujo fundamento é a dignidade da pessoa humana, e cujos objetivos são a garantia da liberdade e da igualdade. A verdade, bom, a possível verdade, trata-se de um “valor-meio” que encerra previsibilidade à metodologia processual.

Tudo sopesado, fala-se em modelo compartilhado de prova, firmado em três premissas: (a) pluralismo e particularismos, um mundo líquido, que deve ser objeto de diuturna atualização pelo saber jurídico; (b) o regime das provas processuais não são adstritas às regras do processo, a questão da standardização ou dos modelos de constatação não são adstritos ao direito saxônico, pelo contrário, na medida em que a tutela jurisdicional elabora uma conturbação de direito + processo, as provas reclamam tutela “desde fora”, o que envolve as implicações dos direitos fundamentais e se reflete nas técnicas de adequação do processo às necessidades do direito material; (c) finalmente, o modelo compartilhado enseja uma participação colaborativa dos atores processuais, e se vale de múltiplas metodologias, porque somente a problematização das narrativas frente às necessidades das pessoas de carne e osso é que podem ser resolvidas por critérios racionais que empreendam razoabilidade, proporcionalidade, ponderação, enfim, humanismo quando da elaboração de uma decisão.

CASTRO, C. B. de,. The commitment to optimize the standards of proof for Civil Trials. *Justitia*, São Paulo, v. 213/214/215/216, p. 222-265, Jan./Dec. 2019-2020.

- **ABSTRACT:** The new Civil Procedure Code mirrors constitutional commands. Therefore, the proof as not only an activity, but also a technical means that aims to approach the truth must be equipped with open and mobile techniques to meet the needs of the law. This is not resolved simply in the exegesis of means of proof, even because they are atypical. It turns out that the entire probatory procedure - from standardization to the burden - must circulate as a whole in continuous construction. In fact, the entire probatory procedure - from standardization to the burden - must circulate as a whole in continuous construction. In this sense, the foundation of the constitution (the person) is preserved through a fair process.
- **KEYWORDS:** Process. Proof. Technique. Standard.

Referências

- ANSANELLI, Vincenzo. Comparazione e ricomparazione in tema di *expert witness testimony*. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXIV, n. 3, mag/jun 2009.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Gravações clandestinas e ambientais no processo civil: as provas imorais. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, vol. 4, ano 2011.
- BRILHANTE, Tércio Aragão. Gravações telefônicas e de imagens como provas no processo administrativo disciplinar. *Repertório de Jurisprudência IOB*, vol. I, n. 24, 2010.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. 2ª tiragem. Vol. Único. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CALAMANDREI, Piero. El juez y el historiador. *Estudios sobre el proceso civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945.
- _____. Verdad y verossimilitud em el processo civil. Trad. Santiago Sentis Melendo. *Derecho Processal Civil*, III. Buenos Aires: Ejea, 1959.
- CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- CARPES, Artur Thompsen. Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório. In KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária: Estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- CARRATA, Antonio. Dovere di verità e completezza nel processo civile. *Rivista*

Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, anno LXVIII, n. 1, marzo 2014.

DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. *Distribuição dinâmica do ônus probatórios*. Revista dos Tribunais, vol. 788, jun/2001.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Objeto del processo y cosa juzgada em el processo civil. Espanha: Civitas, 2005.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Da 8ª ed. por Elaine Nassif. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2006.

_____. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957.

JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, ano 88, vol. 759, jan/99.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um direito probatório. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LAZARI, Rafael José Nadim. Sobre a validade da interceptação telefônica como prova emprestada em processo não penal. *Revista Bonijuris*, julho/2011, ano XXIII, n. 572, v. 23, n. 7.

LOTARIO, Dittrich. La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza técnica e fatto notorio. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXVI, n. 1, gen/feb 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O problema da eficácia da sentença. In MACHADO, Fabio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. (org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*. www.abdpc.org.br.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Processo justo, colaboração e ônus da prova. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 78, n. 1, jan./mar 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. *Temas de direito processual: segunda série*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OPPO, Giorgio. Declínio del soggetto e ascesa della persona. *Rivista di Diritto Civile*, anno XLVIII, n. 6, nov/dic 2002.

PATTI, Salvatore. Libero convencimento e valutazione delle prove. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, n. 40, 1985.

PEREIRA NETO, Miguel. Os documentos eletrônicos utilizados como meio de prova para a constituição de título executivo extrajudicial e judicial. In SCHOUERI, Luís Eduardo (org.). *Internet: o direito na era virtual*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PICARDI, Nicola. A vocação de nosso tempo para a jurisdição. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. In PICARDI, Nicola. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (organizador e revisor técnico da tradução). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

REICHELTE, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RIBEIRO, Darci Guimarães. O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. *Revista da Ajuris*, n. 95, ano XXXI, set/2004.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a reconstrução dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

_____. Verità e probatilità nella prova dei fatti. *Revista de Processo*, ano 32, n. 154, dez/2007.

TEODORO, Warlen Soares; MIGUEL JR., Waldir. O processo constitucional democrático e a condução da prova pelo juiz na busca da verdade real. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, ano 9, n. 9/10, jan/dez/11. Belo Horizonte: Forum, 2012.

THEODORO JR., Humberto. A importância da prova pericial no devido processo legal. *Revista IOB de Direito Civil e Direito Processual Civil*, v. 11, n. 62, nov/dez/2009.

VIDIRI, Guido. Giusto processo, accertamento della verità materiale e <imparzialità> del giudice. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXVII, n. 6, nov/dic 2012.

WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Trad. da edição de 1979 por Tomás Banzhaf. Bogotá: Editorial Temis, 1985.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 9ª ed. Torino: Trotta, 2009.

O Ministério Público nas Ações de Família: Intervenção na Tutela dos Interesses da Mulher Vítima de Violência Doméstica

Mario Moraes MARQUES JUNIOR*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Fundamento constitucional da intervenção e consonância com o perfil institucional do Ministério Público. 2 Natureza, obrigatoriedade, momento, extensão e limites da intervenção ministerial. 3 Nova hipótese de hipossuficiência. 4 Competência do domicílio da mulher vítima de violência doméstica para as ações de família. Conclusões. Referências.
- **RESUMO:** O escopo do presente trabalho é elucidar algumas questões relativas à intervenção do Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica, na tutela dos interesses da mulher vítima de violência doméstica em ações de família, após a entrada em vigor da Lei 13.894/2019. Através da análise dos princípios constitucionais e do perfil institucional do Ministério Público, não há dúvidas de que a nova atribuição está em consonância com os artigos 127 e 129 da Constituição Federal, que definem a natureza da instituição e suas principais funções. A intervenção do Ministério Público é estudada em detalhes, sob vários aspectos, considerando a sua natureza, extensão, momento e outras questões como a nulidade, na hipótese de ausência de participação no feito. É parte do trabalho, também, um capítulo devotado à análise da nova regra de competência que estabelece o foro do domicílio da mulher vítima de violência doméstica como competente para as ações de família.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Ministério Público. Processo Civil. Ações de Família. Lei Maria da Penha. Constituição Federal.

Introdução

Com a entrada em vigor da Lei 13.894 de 29 de outubro de 2019, diversos dispositivos legais do Código de Processo Civil e da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha) foram alterados.

* Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Titular da 6ª Promotoria de Família da Capital.

O presente trabalho tem por foco a análise do parágrafo único acrescentado ao artigo 698 do Código de Processo Civil, que determina a intervenção do Ministério Público nas ações de família em que figure como parte vítima de violência doméstica e familiar, nos termos da Lei Maria da Penha.

Também é objeto deste artigo a nova regra de competência instituída pelo acréscimo da alínea “d” ao inciso I do artigo 53 do CPC, que estabeleceu o foro do domicílio da vítima de violência doméstica como competente para as ações de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável.

A redação sintética destes dispositivos legais com certeza suscitará fundadas dúvidas de interpretação, que demandam uma análise doutrinária que facilite esta hermenêutica.

O presente estudo pretende, através da análise doutrinária tradicional bem como de pesquisa jurisprudencial acerca do tema da intervenção ministerial no processo civil, traçar os rumos para a melhor interpretação e alcance das novas normas processuais, através de metodologia que privilegiou a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

No primeiro capítulo buscou-se os fundamentos constitucionais para a intervenção da instituição do Ministério Público na aplicação dos novos dispositivos legais, em consonância com a natureza e perfil traçados pela Constituição Federal, seguindo-se capítulo em que são abordados os diversos aspectos desta atividade ministerial no processo civil, delimitando-se a sua natureza, extensão, obrigatoriedade e consequências jurídicas do descumprimento da norma.

No quarto capítulo é abordado o tema da hipossuficiência, que, em última análise, dita a intervenção ministerial, desta feita não associada à incapacidade ou menoridade da parte, mas sim à especial situação de vulnerabilidade da mulher vítima de violência doméstica.

Por fim, no quinto capítulo do presente trabalho são tecidas breves considerações sobre a nova regra de competência instituída pela Lei 13.894 de 2019, que acrescentou a alínea “d” ao inciso I do art. 53 do Código de Processo Civil, estabelecendo o domicílio da mulher vítima de violência doméstica como o competente para a propositura de ações de família.

1 Fundamento constitucional da intervenção e consonância com o perfil institucional do Ministério Público

Ab initio, vale ressaltar que o parágrafo único do art. 698 do CPC, ao determinar a intervenção do Ministério Público nas ações de família, na tu-

tela dos interesses da mulher vítima de violência doméstica ou familiar, encontra eco no próprio perfil institucional do *Parquet*, insculpido no art. 127, *caput* da Constituição da República, que lhe dá o caráter de 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.

É neste contexto, na defesa da ordem jurídica e dos interesses individuais indisponíveis, conforme a previsão constitucional, que se legitima a intervenção ministerial na tutela da mulher em situação de vulnerabilidade, vítima de violência.

Esta nova atribuição está em consonância com a natureza da instituição do Ministério Público, sendo certo que o rol de funções institucionais previsto no art. 129 da Constituição Federal não é exaustivo, comportando ampliação, desde que compatível com sua finalidade constitucional.

Neste entendimento, manifesta-se a doutrina de Alexandre de Moraes:

Importante ressaltar, novamente, que o rol constitucional é exemplificativo, possibilitando ao Ministério Público exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade constitucional, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. A própria Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93) em seu art. 25 estabelece outras funções ministeriais de grande relevância. (MORAES, 2019, p. 665).

Assim, o novo dispositivo legal estatuído pelo parágrafo único do art. 698 do CPC encontra-se em perfeita consonância com o perfil constitucional do Ministério Público, sendo certo que, ao determinar a sua intervenção nas ações de família na hipótese mencionada, reforça a tutela estatal de interesses reputados relevantes e indisponíveis em proteção da família em sentido amplo (art. 226, *caput* da Constituição).

Neste diapasão, valiosa a doutrina de Hugo Nigro Mazzilli:

Estando em jogo um interesse assim qualificado, o Ministério Público estará legitimado a defendê-lo; em alguns casos, ele o fará como órgão agente, em outros, como órgão interveniente. Sob esse enfoque, é possível identificar a essencialidade de sua atuação para o advento de uma prestação jurisdicional do Estado: não pode haver função jurisdicional em matéria social ou indisponível, sem a presença do Ministério Público. Havendo violação

da ordem jurídica que envolva um interesse social ou individual indisponível, não pode haver prestação jurisdicional sem a presença do Ministério Público.(MAZZILLI, 2011, p.02)

Estabelece, ainda, o art. 226, parágrafo 8º da Constituição Federal, o dever do Estado de assegurar assistência à família, na pessoa de cada um dos seus membros, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito das suas relações, de modo que o novel dispositivo legal previsto no parágrafo único do art. 698 do CPC tem o condão de ampliar a participação do Estado nas ações de família em que se vislumbre situação de vulnerabilidade da mulher em razão de violência doméstica ou familiar, através da intervenção do Ministério Público, que irá atuar na tutela jurídica dos interesses da vítima, zelando pela correta aplicação da lei no caso concreto.

2 Natureza, obrigatoriedade, momento, extensão e limites da intervenção ministerial

O Ministério Público, na tutela dos interesses da mulher vítima de violência doméstica ou familiar, atuará nas ações de família, nos termos do parágrafo único do art. 698 do Código de Processo Civil, como *custos legis*, ou seja, como órgão interveniente, fiscal da ordem jurídica.

A intervenção se dá em razão da qualidade da parte, a mulher vítima de violência doméstica ou familiar, vez que presumido o seu estado de vulnerabilidade.

Sua intimação para atuar no feito é obrigatória, sob pena de nulidade processual, devendo o Juiz, ao verificar a hipótese descrita no dispositivo legal em comento, determinar a abertura de vista ao órgão do Ministério Público com atribuição para officiar nos autos.

Nos termos do art. 279, *caput* do CPC, é nulo o processo quando o membro do Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir, sendo certo que, se o processo tiver tramitado sem a obrigatória intervenção ministerial, serão invalidados os atos processuais a partir do momento em que o órgão com atribuição deveria ter sido intimado, conforme disposto no parágrafo 1º do mesmo dispositivo legal.

A necessidade de intervenção do Ministério Público deverá ser verificada de ofício pelo Juiz tão logo examine a petição inicial, quando a vítima for autora, ou a defesa, quando ela for ré.

A intimação do órgão ministerial se dará tão logo possível e necessária, porém o momento da intimação variará dependendo do rito processual.

Assim, por exemplo, em havendo pedido de tutela de urgência formulado pela mulher como parte autora, o órgão do Ministério Público deverá ser intimado antes da decisão, possibilitando-se a sua manifestação prévia.

Nas ações de alimentos, diferentemente, a intimação do Ministério Público para intervir se dará logo após a decisão que fixar os alimentos provisórios pelo órgão judicial (art. 4º, *caput* da Lei 5.478/1968).

A pronta intimação do órgão do Ministério Público com atribuição para oficiar no feito permitirá o pleno exercício da atividade fiscalizatória, tanto da regularidade processual quanto do cumprimento da lei, na tutela dos interesses da mulher.

A destinatária da tutela jurídica, na hipótese, é a mulher maior e capaz, vítima de violência doméstica perpetrada por qualquer membro do núcleo familiar ou doméstico, havendo jurisprudência firmada no sentido de que para a aplicação da Lei Maria da Penha não há necessidade de coabitação entre vítima e agressor. Há julgados, inclusive, admitindo a aplicação da mesma legislação em casos de violência entre irmãos ou envolvendo outros membros da família, não se limitando às hipóteses de agressão entre cônjuges ou companheiros.

Encontra-se em estado de vulnerabilidade a mulher que tenha sofrido qualquer violência física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral, nos termos do art. 7º, incisos I a V da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto, independentemente de coabitação com o agressor, nos termos do art. 5º da mesma lei.

O dispositivo legal contido no parágrafo único do art. 698 do CPC visa ampliar a rede de proteção jurídica destinada à mulher em situação de violência doméstica ou familiar, sendo um desdobramento e uma ampliação da norma contida no art. 25 da Lei Maria da Penha¹.

A intimação do órgão do Ministério Público independe de requerimento da parte, devendo ser determinada pelo Juiz tão logo constate a ocorrência da situação fática descrita na norma processual em comento.

Bastará que haja fundado relato na inicial ou na contestação de que a parte tenha sido vítima de violência doméstica, em qualquer das suas formas,

¹ Art. 25. O Ministério Público intervirá, quando não for parte, nas causas cíveis e criminais decorrentes da violência doméstica e familiar contra a mulher.

para que seja determinada a intimação do Ministério Público para atuar no feito, presumindo-se o estado de vulnerabilidade da mulher.

Não é necessário que a petição inicial ou a contestação esteja instruída com boletim de ocorrência ou peças processuais de eventual procedimento em trâmite no Juizado de Violência Doméstica para que se imponha a intimação do Ministério Público, bastando a existência nos autos de relato verossímil quanto à ocorrência de episódio de violência doméstica vitimando a mulher, autora ou ré, que possa colocá-la em situação de desvantagem processual em relação à outra parte.

Naturalmente, não é qualquer relato de desentendimento entre as partes, próprio de casal em vias de término de relacionamento afetivo, que ensejará a intervenção do Ministério Público. É necessário que a caracterização do estado de vulnerabilidade da mulher esteja patenteada de modo significativo, capaz de alterar a paridade de forças entre as partes no processo.

Caberá ao órgão ministerial, uma vez intimado, verificar discricionariamente quanto à existência ou não do estado de vulnerabilidade da mulher, que determina a sua intervenção, nos termos do dispositivo analisado.

Considerando o princípio da independência funcional, que rege a instituição, terá o Promotor de Família ampla liberdade para valorar os fatos, tanto para deliberar pela necessidade quanto pela desnecessidade de sua intervenção no caso concreto, uma vez intimado.

A intervenção do Ministério Público poderá ocorrer em qualquer fase do processo, sendo certo que a causa de sua interveniência pode ser posterior ao ajuizamento da ação, como quando, por exemplo, a violência física ou as ameaças à mulher se iniciarem no curso do processo.

Ocorrendo tal situação, será determinada a intimação do órgão ministerial, que deverá verificar se não há vício de consentimento ou de vontade em qualquer manifestação da parte vitimada, anterior à sua entrada no feito, bem como prosseguir na tutela dos seus interesses a partir daquele momento processual até o trânsito em julgado da sentença.

A intervenção ministerial eventualmente pode ocorrer somente após a sentença, se a agressão ou ameaça tiver lugar após a sua prolação. Havendo recurso, caberá, nesta hipótese, ao Desembargador Relator do apelo determinar a intimação do órgão do Ministério Público com atribuição no segundo grau de jurisdição, que intervirá nos mesmos moldes já analisados.

Impende salientar, ademais, que em caso de discordância pelo Juiz da causa quanto às razões invocadas pelo órgão do Ministério Público que conclua pela desnecessidade de sua intervenção, a solução será a aplicação, por

analogia, do disposto no art. 28 do CPP, remetendo-se a questão para ser dirimida pelo Procurador-Geral de Justiça, que decidirá em caráter definitivo.

Ao revés, tomando o Promotor de Família conhecimento do trâmite de processo em que deva atuar por força do art. 698, parágrafo único do CPC, deve de ofício intervir, pugnando para que seja intimado pessoalmente de todos os atos processuais, sob pena de nulidade do feito.

Se a parte requerer a intervenção do Ministério Público, em qualquer momento processual, e for indeferido o requerimento pelo Juiz, poderá valer-se das vias impugnativas processuais normais para a reforma da decisão, podendo também levar diretamente o fato ao Promotor de Justiça com atribuição, para as providências cabíveis.

Cabível o recurso de agravo de instrumento da decisão que não acolher o requerimento de intervenção do Ministério Público formulado pela parte, considerando-se a necessidade de imediata reforma da decisão, que não pode aguardar a prolação da sentença, devendo ser submetida de imediato à instância revisora. De fato, já tendo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assentado que o rol do art. 1015 do Código de Processo Civil é de taxatividade mitigada, admitindo hipóteses não contempladas em razão da urgência, é cabível o agravo, evitando-se que sejam fulminados pela nulidade os atos processuais posteriores, que demandassem a intervenção do *Parquet*.

Outra questão importante, no que concerne à atuação ministerial na hipótese em comento, diz respeito ao seu limite temporal e objetivo, vez que a atribuição do órgão do *Parquet* está sujeita à permanência da causa justificadora da intervenção. Assim, uma vez cessado o presumido estado de vulnerabilidade da parte no curso do processo, como, por exemplo, quando a mulher contrai novas núpcias ou ingressa em nova união estável e muda seu domicílio para outra cidade ou país, não vemos justificativa para perdurar a intervenção do órgão do Ministério Público, vez que a presunção de vulnerabilidade não é absoluta, devendo ser valorada e aferida caso a caso.

De fato, é mister que a parte continue sob a esfera de influência do agressor, que deve estar no polo contrário da relação processual, para que se justifique a atuação do órgão ministerial, em razão de situações em que a mulher possa estar em situação de medo, temor, ameaça ou coação.

Incumbe ao agente ministerial, em sua intervenção, velar para que a mulher não sofra qualquer prejuízo processual e que seja justa a composição final da lide, devendo necessariamente recorrer tanto em caso de *error in iudicando* quanto de *error in procedendo*, como fiscal da ordem jurídica.

O Ministério Público não está, no entanto, vinculado ao êxito da parte que motivou a sua intervenção no feito, podendo opinar, na condição de *custos legis*, com total liberdade, até mesmo contrariamente à sua pretensão caso não esteja amparada pelo ordenamento jurídico.

Neste sentido, é o escólio de Emerson Garcia:

Em sua atuação, o membro do Ministério Público estará amparado pelo princípio da independência funcional, não havendo óbice, inclusive, a que se posicione de modo contrário à parte ou ao interesse que motivou a sua intervenção no feito. Enfrentando a questão, o Superior Tribunal de Justiça decidiu “que não está obrigado o representante do Ministério Público a manifestar-se, sempre, em favor do litigante incapaz. Estando convencido de que a postulação do menor não apresenta nenhum fomento de juridicidade, é-lhe possível opinar pela sua improcedência. (GARCIA, 2017, p.500)

Na sua atuação como órgão interveniente, o Ministério Público, atuando na tutela do interesse da mulher vítima de violência doméstica, como fiscal da ordem jurídica, terá vista dos autos após as partes, sendo intimado de todos os atos do processo, poderá produzir provas, requerer medidas processuais e recorrer (art. 179, incisos I e II do CPC), devendo ser previamente ouvido à homologação de eventual acordo celebrado pelas partes.

Esta nova função institucional cometida ao Ministério Público tem alcance e expressão social amplos, vez que de interesse de toda a sociedade o combate à violência doméstica sob todas as formas, devendo o Estado, por todos os meios, atento ao comando constitucional (art. 226, parágrafo 8º da Constituição Federal), amparar e dar suporte às vítimas deste tipo de violência, que afeta o núcleo social mais sensível, a família.

3 Nova hipótese de hipossuficiência

A mulher vítima de violência doméstica e familiar faz jus ao reconhecimento de sua hipossuficiência, uma vez que carente de uma maior proteção processual.

De fato, reconhecido o seu estado de vulnerabilidade, corolário lógico é a necessidade de ser resguardada a igualdade jurídico-processual em relação à parte contrária, seu suposto agressor no âmbito das relações familiares, evitando-se que ela sofra qualquer tipo de constrangimento ou coação

que lhe cause prejuízo ao longo do processo.

Esta a preocupação do legislador, ao prever a intervenção do Ministério Público como órgão responsável pela tutela dos interesses da parte hipossuficiente, nos termos do art. 698, parágrafo único do CPC.

A situação de desvantagem processual se presume, diante do quadro de violência doméstica, impondo-se que o Estado, desta feita através da instituição do Ministério Público, atue efetivamente para que sejam resguardados os direitos da vítima nas ações de família, estando ou não em curso ação penal no Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher em face do suposto agressor.

No desempenho desta relevante função, o Promotor de Família deverá velar para que a parte possa livremente se expressar nos autos, sem qualquer tipo de vício de consentimento ou de vontade, além de assegurar que lhe sejam garantidos o respeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, opinando sobre todas as questões incidentes e no mérito da causa, bem como recorrendo da sentença, caso não dê justa solução à lide.

Em que pese a destinatária da norma ser a mulher maior e capaz, mesmo devidamente assistida por advogado, quis o ordenamento, em razão da excepcional situação de vulnerabilidade resultante da violência, tenham os processos de família a intervenção do Ministério Público, quando em um dos polos da relação processual figurar vítima de qualquer das formas de violência elencadas no art. 7º e incisos da Lei Maria da Penha.

No desempenho da sua atividade como *custos legis*, o Ministério Público deverá assegurar que inexista prejuízo processual para a vítima, o que não se confunde com a representação da parte, vedada à instituição.

Como órgão interveniente, o Ministério Público poderá requerer diligências úteis ao deslinde do processo, bem como a produção de prova pericial, como estudos sociais e avaliações psicológicas frequentemente necessárias para a comprovação de quadros de alienação parental e outras disfunções familiares, além de fornecerem importantes subsídios técnicos em ações de guarda e regulamentação de convívio parental.

Por se tratar de norma de natureza cogente, não pode a parte dispensar a intervenção do Ministério Público, quando presente a situação fática descrita no art. 698, parágrafo único, sendo imperiosa a atuação do órgão ministerial, a quem incumbe a análise da presença ou não de interesse na sua intervenção.

Quanto à provocação da intervenção do Ministério Público, que pode e deve ser determinada de ofício pelo Juiz ou requerida pela parte, salientamos a doutrina de Alexandre Amaral Gavronski no entendimento de que o requerimento de qualquer das partes deve ser atendido pelo Juiz:

Havendo requerimento especificamente fundamentado de qualquer parte para intimação do Ministério Público a intervir em hipótese prevista em lei (por exemplo, sustentando a presença de interesse público ou social na causa), deve ela ser providenciada, não cabendo ao juiz aferir se cabível ou não a intervenção, visto que cabe à Instituição, e não ao Poder Judiciário, a aferição em concreto. (GAVRONSKI, 2016, p. 64)

Assim, uma vez requerida a intervenção ministerial pela parte, cabe ao Juiz determinar a intimação do Ministério Público, que avaliará a necessidade e extensão da intervenção, em favor da parte, em cumprimento à norma legal em comento.

4 Competência do domicílio da mulher vítima de violência doméstica para as ações de família

Interessante inovação legislativa foi a inclusão de nova regra de competência trazida pela Lei 13.894/2019, ao acrescentar a alínea “d” ao inciso I do art. 53 do Código de Processo Civil, estabelecendo o domicílio da vítima de violência doméstica e familiar, nos termos da Lei Maria da Penha como foro competente para a propositura das ações de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável.

Igualmente se aplicará a mesma regra de competência para as ações de alimentos propostas pela mulher nas mesmas condições, incidindo na hipótese a mesma *ratio legis*, a fim de se assegurar à mulher o exercício do direito a alimentos, muitas vezes emergencial diante do estado de vulnerabilidade decorrente da violência doméstica.

Trata-se de regra de competência instituída em favor da mulher vitimada, facilitando o seu acesso à Justiça, especialmente naqueles casos em que ela se viu afastada do lar conjugal justamente em razão das agressões sofridas, sendo previsão normativa de importante alcance social, de especial relevância na ampliação do arcabouço jurídico de proteção à mulher.

Estamos diante de caso de foro especial, instituído na busca de melhor tutela a interesse da parte, que o legislador entendeu estar em posição de

merecer tratamento diferenciado, sendo hipótese de competência relativa e não absoluta, de modo que admite prorrogação, podendo optar a mulher vítima de violência doméstica e familiar por propor a ação no foro do domicílio do réu.

A incompetência relativa pode ser arguída pelo Ministério Público, caso tal providência atenda ao melhor interesse da mulher, na hipótese do art. 698, parágrafo único do CPC, conforme previsão do art. 65, parágrafo único do mesmo diploma legal.

As ações de família na hipótese de uma das partes ser vítima de violência doméstica e familiar, nos termos de novo dispositivo legal (inciso III acrescido ao art. 1048 do CPC), terão prioridade de tramitação, o que também deve ser observado pelo Ministério Público no exercício de suas atribuições como órgão interveniente.

Conclusões

Podemos concluir, pela análise das novas normas legais, que o legislador buscou ampliar o arcabouço jurídico já existente de proteção à mulher, o que já vem sendo reforçado ao longo dos anos pela edição de diversas leis, como a própria Lei Maria da Penha e a Lei 13.104/2015, que alterou o art. 121 do Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio e o art. 1º da Lei 8.072/1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.

A intervenção do Ministério Público nas ações de família em que for parte mulher vítima de violência doméstica é mais uma forma de tutela estatal, com o escopo bem definido de salvaguardar os interesses jurídicos das vítimas, também no campo dos processos de família, devendo tal atribuição ser exercida pelos Promotores de Família com absoluta independência funcional, inclusive no que tange à necessidade, duração, limites e extensão da intervenção.

Para tanto, inafastável será a intimação pessoal do órgão do Ministério Público com atribuição, sob pena de nulidade, devendo a intervenção ter lugar em todas as fases e atos dos processos de família em que figurem como parte (autora ou ré) mulher no estado de vulnerabilidade prevista no parágrafo único do art. 698 do CPC.

É preciso salientar que a nova intervenção do Ministério Público vem na contramão de uma tendência de valorização da atuação ministerial como órgão agente, em detrimento da atividade como fiscal da ordem jurídica (*cus-*

tos legis), cabendo aos órgãos com atribuição na área de família assumir uma postura mais ativa e resolutiva, contribuindo de modo eficaz para a celeridade processual e para uma prestação jurisdicional mais justa, dando relevância social ao exercício desta nova função institucional.

MARQUES JUNIOR, M. M., State Prosecution Service in Family Law Causes: Women's Rights Protection in Case of Domestic Violence. *Justitia*, São Paulo, v. 213/214/215/216, p. 266-277, Jan./Dec. 2019-2020.

- **ABSTRACT:** The purpose of this paper is to elucidate questions related to the Public Prosecution's Office as the inspector of law enforcement in preserving the rights of women who are victims of domestic violence, in family law cases, since Federal Law No 13.894/2019 came into force. Throughout the analysis of the Constitution principles and the institutional profile, it seems that the new assignment is in accord with articles 127 and 129 of the Federal Constitution, which establish the nature of State Prosecution Service and its main institutional duties. The intervention of the Public Prosecutor's Office has been fully studied, by taking several aspects into account, and considering not only its nature, extension, and moment, but also other topics such as the invalidity of the judicial proceedings, when its participation is not ensured. A chapter devoted to the analysis of a new jurisdiction rule which establishes the victim domicile place as the court for the family law cases is also part of this paper.
- **KEYWORDS:** State Prosecution Service. Civil Lawsuit. Family law causes. Maria da Penha Law. Federal Constitution.

Referências

- MAZZILLI, Hugo Nigri. **A atuação do Ministério Público no Processo Civil**. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/mpnopc2.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2019.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 35.ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GAVRONSKI, Alexandre Amaral. A Intervenção do Ministério Público no novo Código de Processo Civil. In: RODRIGUES, G.; ANJOS FILHO, R. (org.). **Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil**. Brasília: ESMPU, 2016, p. 64

Recepção, Repristinação, Desconstitucionalização e Mutação Constitucional

Reis FRIEDE*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Recepção. 2 Repristinação. 3 Desconstitucionalização. 4 Mutação Constitucional. Referências
- **RESUMO:** O presente artigo discorre sobre o conceito e a classificação das normas constitucionais, analisando, ainda, os fenômenos da recepção, repristinação, desconstitucionalização e mutação constitucional.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Norma constitucional. Direito intertemporal. Recepção. Repristinação. Mutação.

Introdução

Em decorrência do passar do tempo e do advento de uma nova ordem constitucional, alguns importantes fenômenos podem ocorrer, ensejando, por consequência, três teorias a eles associadas, a saber: a recepção, a repristinação e a desconstitucionalização.

1 Recepção

Nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), a lei nova (em seu sentido amplo) revoga a anterior quando expressamente o declare (revogação expressa), quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (revogação tácita), o que pode ocorrer total (ab-rogação) ou parcialmente (derrogação).

Nesse contexto, a questão central consiste em saber quando o advento de um novo Texto Constitucional acarreta a revogação de uma norma infraconstitucional anterior. Em resposta, cumpre ter em vista que a nova ordem constitucional inaugurada sempre recebe a normatividade infraconstitucional

* Reis Friede é Desembargador Federal. Mestre e Doutor em Direito e Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM). É autor do Livro *Teoria do Direito*.

que lhe é perfeitamente compatível, ainda que tal acolhimento possa ocorrer a partir de uma nova “roupagem normativa”, originando, pois, o fenômeno da recepção, segundo o qual a legislação infraconstitucional produzida antes da instalação de uma nova Constituição será considerada acolhida pelo novo Texto Magno, continuando, por princípio de economia e segurança legislativa, a vigor no âmbito próprio de sua atuação ordinária.

“Assim, com o propósito de evitar-se o infindável trabalho de reiniciar a construção do sistema de normas ordinárias, apercebeu-se que muito mais apropriado e coerente seria fazer com que as leis inferiores à Constituição pudessem ser aproveitadas quando compatíveis com as normas constitucionais, originando, desse modo, o fenômeno chamado de *recepção constitucional*.

Com isso, no Brasil, aplica-se o *princípio da continuidade da Ordem Jurídica*, que significa o aproveitamento dos atos legislativos anteriores quando compatíveis com a nova Constituição.” (NETO, 2009, p. 145)

De qualquer modo, importante frisar que, excepcionalmente, a lei anterior poderá adquirir um novo “rótulo normativo” (dentro do espectro legislativo infraconstitucional), exatamente o que se sucedeu, por exemplo, com o Código Penal de 1940, editado sob a vigência da Carta de 1937, ocasião em que era perfeitamente possível tratar de matéria penal por meio de decreto-lei (Decreto-Lei nº 2.848/40), o que não mais se admite na presente quadra, tendo em vista que, de acordo com o art. 22, inciso I, da Constituição de 1988, cabe ao Congresso Nacional legislador sobre Direito Penal. Com efeito, diante da incidência do fenômeno em epígrafe, é possível concluir que o Código Penal de 1940 restou recepcionado como lei ordinária pelo Texto Constitucional atual.

2 Repristinação

Por outro lado, pode ocorrer que uma determinada lei ordinária (X) tenha sido tacitamente revogada (vale dizer, não recepcionada) por uma Constituição posterior (Y), a qual, em um momento seguinte, deixa de vigorar ante o advento de uma nova Carta Fundamental (Z). Verifica-se, ademais, que a referida lei ordinária (X), isto é, aquela que não havia sido recepcionada pela Constituição (Y), revela-se, agora, perfeitamente compatível com a nova Lei Maior (Z), donde surge a seguinte dúvida: tal quadro permitiria a restauração da vigência da lei ordinária (X)?

Em resposta, cumpre registrar que, por questão de segurança jurídica, tal fenômeno, denominado de *repristinação*, somente é admitido, em nossa legislação, quando expressamente previsto e autorizado, conforme preconiza, inclusive, o art. 2º, parágrafo 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), segundo o qual “salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”. Sem embargo desta possibilidade excepcional, e conforme bem adverte NETO, não nos parece conveniente proceder à *repristinação* de lei já revogada, tendo em vista a possibilidade de se instaurar um quadro de insegurança jurídica.

“No que concerne à *repristinação*, ou seja, a possibilidade de restauração da eficácia da norma revogada pela perda de vigência da norma revogadora, não nos parece que o mero advento de um novo texto constitucional tenha o condão de restaurar a eficácia de lei ordinária revogada pela Constituição anterior.

E por quê? Basicamente em virtude do fato de tal procedimento instilar grande insegurança nas relações jurídicas, cujos efeitos já se consolidaram, tornando, portanto, impróprio o retorno à situação antecedente”. (NETO, 2009, p. 146)

Destarte, no cenário hipotético examinado, a edição da Constituição (Z) por si só não restauraria, de modo automático, a vigência da lei ordinária (X).

3 Desconstitucionalização

Por desconstitucionalização entende-se o “fenômeno pelo qual as normas da Constituição anterior, desde que compatíveis com a nova ordem, permanecem em vigor, mas com o *status* de lei infraconstitucional. Ou seja, as normas da Constituição anterior são recepcionadas com o *status* de norma infraconstitucional pela nova ordem” (LENZA, 2012, p. 202-203).

Sem embargo de sua admissão por alguns autores nacionais e estrangeiros, fato é que tal fenômeno não tem se verificado no âmbito das Constituições Federais, não obstante ser possível sob o prisma teórico, desde que a nova Constituição expressamente autorize a manutenção, enquanto legislação infraconstitucional, de dispositivos integrantes da Carta anterior. Até mesmo porque, conforme cediço, “o Poder Constituinte Originário é ilimitado e autônomo, podendo tudo, inclusive prever o aludido fenôme-

no, mas desde que o faça, como visto, de maneira inequívoca e expressa” (LENZA, 2012, p. 203).

“A ordem constitucional nova, por ser tal, é incompatível com a ordem constitucional antiga. Aquela revoga esta.

Entretanto, não há necessidade de nova produção legislativa infraconstitucional.

A Constituição nova recebe a ordem normativa que surgiu sob o império de Constituições anteriores se com ela forem compatíveis.

É o fenômeno da *recepção* que se destina a dar continuidade às relações sociais sem necessidade de nova, custosa, difícil e quase impossível manifestação legislativa ordinária.

Ressalte-se, porém, que a nova ordem constitucional recepciona os instrumentos normativos anteriores dando-lhes novo fundamento de validade e, muitas vezes, nova roupagem.

Explica-se: com o advento de nova Constituição, a ordem normativa anterior, comum, perde seu antigo fundamento de validade para, em face da recepção, ganhar novo suporte. Da mesma forma, aquela legislação, ao ser recebida, ganha a natureza que a Constituição nova atribui a atos regentes de certas matérias. Assim, leis anteriores tidas por *ordinárias* podem passar a *complementares*; decretos-leis podem passar a ter a natureza de *leis ordinárias*.

Se isto ocorre com a legislação imediatamente anterior, pergunta-se: A Constituição nova recebe, também, a legislação nascida sob o império de Constituições revogadas pela que a antecedeu e que, em face desta, perderam sua eficácia? A nova Constituição restaura, automaticamente, a legislação aludida? A resposta é negativa.

A legislação infraconstitucional que perdeu sua eficácia diante de um texto constitucional não se restaura pelo surgimento de nova Constituição.

Essa restauração de eficácia é categorizável como *represtinação*, inadmitida em nome do princípio da segurança e da estabilidade das relações sociais. O permanente fluxo e refluxo de legislação geraria dificul-

dades insuperáveis ao aplicador da lei, circunstância não desejada pelo Constituinte.

Uma hipótese de repristinação, entretanto, é possível, lembra CELSO BASTOS: a de sua previsão expressa.

Outra preocupação é a que se refere à possibilidade de recepção, pela nova ordem constitucional, como leis ordinárias, de disposições da Constituição anterior. É a chamada teoria da *desconstitucionalização*.

No particular, ficamos com CELSO BASTOS, para quem a tese da desconstitucionalização não é de ser aceita, em nosso entender, uma vez que as antigas leis constitucionais não encontram explicação para serem rebaixadas à categoria de leis ordinárias sem disposições nesse sentido na nova Constituição.” (TEMER, 1989, p. 39-40)

4 Mutação Constitucional

Cabe analisar, em particular, a questão inerente à interpretação judicial como mecanismo para promover a chamada mutação constitucional, fenômeno que BULOS (1997, p. 54) descreve como sendo “o processo informal de mudanças da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *lex legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais”.

A origem da figura jurídica em tela, segundo leciona KUBLISCKAS (2009, p. 70) teria surgido pela lavra de PAUL LABAND (*Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, de 1895), particularmente ao estabelecer a distinção entre reforma constitucional (*Verfassungänderung*) e mutação constitucional (*Verfassungswandlung*). Concordando com a mesma origem histórica, assevera o Ministro EROS GRAU:

“Impõe-se neste ponto, parenteticamente, brevíssima digressão a propósito da mutação constitucional, fenômeno discernido por LABAND, mas do qual terá sido GEORG JELLINEK o primeiro a tratar no plano teórico. A nova doutrina do direito político, recusando explicações ancoradas em perspectiva formalista, caracteriza-a, qual anota HSÜ DAU-LIN, como desvalorização e corrosão das normas jurídicas constitucionais por

ela afetadas. A mutação constitucional decorre de uma incongruência existente entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, entre a Constituição formal e a Constituição material.”

(STF, Tribunal Pleno, Reclamação nº 4.335/AC, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgamento em 20.03.2014, trecho do voto proferido pelo Min. EROS GRAU)

Ainda sob uma perspectiva histórica, recorda BOTELHO (2011, p. 19): “buscando fundamentação no princípio do *stare decisis* e na história constitucional norte-americana, a Suprema Corte considerou que a superação de precedentes é apropriada quando ocorrem mudanças nas circunstâncias fáticas ou na compreensão desses fatos, lançando dúvidas sobre verdades atemporais, paradigmas ou princípios supostamente neutros, que não mais são capazes de solucionar questões constitucionais”.

Segundo o Ministro EROS GRAU (STF, Tribunal Pleno, Reclamação nº 4.335/AC, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgamento em 20.03.2014), a mutação constitucional consiste em se promover uma transformação no sentido do enunciado da Constituição, sem que se empreenda, para tanto, qualquer alteração na redação do próprio texto, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual.

“Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro.

Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado.”

(STF, Tribunal Pleno, Reclamação nº 4.335/AC, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgamento em 20.03.2014, trecho do voto proferido pelo Min. EROS GRAU)

Em uma nítida referência ao fenômeno em epígrafe, cumpre registrar que o Ministro CELSO DE MELLO (STF, Segunda Turma), quando do julgamento, em 23.09.2008, do *Habeas Corpus* nº 91.361/SP, destacou a relevância da “interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição”, bem como “a legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea”. Em outra ocasião, CELSO DE MELLO, também atento às mudanças sociais que demandam uma nova leitura do Texto Magno, aptas a ensejar o fenômeno em comento, explica que “o exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder”, concluindo, então, que “no poder de interpretar a Lei Fundamental reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que ‘a Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la’. Por conseguinte, conclui o Ministro que “a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da *última palavra* em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental” (STF, Tribunal Pleno, Mandado de Segurança nº 26.603/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgamento em 04.10.2007).

Em outro julgado em que se debateu sobre o mesmo tema, anotou o Ministro LUIZ FUX que “o hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções juriscênticas no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes”. Assim, segundo o Ministro

FUX, o “princípio fundamental da separação de poderes, enquanto cânone constitucional interpretativo, reclama a pluralização dos intérpretes da Constituição, mediante a atuação coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes *players* contribua, com suas capacidades específicas, no embate dialógico, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional e no aperfeiçoamento das instituições democráticas, sem se arvorarem como intérpretes únicos e exclusivos da Carta da República”. Com efeito, para LUIZ FUX, “o desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como *última palavra provisória*, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional” (STF, Tribunal Pleno, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, julgamento em 01.10.2015).

Na mesma linha de pensamento, o Ministro GILMAR MENDES registrou que, “com base na alegação de afronta a determinada decisão do STF, o Tribunal poderá reapreciar e redefinir o conteúdo e o alcance de sua própria decisão”, podendo, inclusive superar (total ou parcialmente) “a decisão-parâmetro da reclamação, se entender que, em virtude de evolução hermenêutica, tal decisão não se coaduna mais com a interpretação atual da Constituição” (STF, Tribunal Pleno, Reclamação nº 4.374/PE, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgamento em 18.04.2013).

Não obstante, quando do julgamento da Reclamação nº 4.335/AC, o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, ao proferir o seu voto, advertiu que “os próprios teóricos da mutação constitucional reconhecem que esse fenômeno possui limites”, sob pena de redundar em “mutações inconstitucionais”.

Da dicção levada a efeito pelos referidos Ministros extrai-se uma afirmação comum: a possibilidade de a Suprema Corte, motivada pelas atuais demandas da sociedade, proceder a uma nova exegese do Texto Constitucional, ainda que a redação do dispositivo sobre o qual recai a tarefa interpretativa permaneça o mesmo, proceder que, no entanto, encontra limites, conforme registrado pelo Ministro RICARDO LEWANDOWSKI.

FRIEDE, R., Reception, Repristination, Deconstitution and Constitutional Mutation. *Justitia*, São Paulo, v. 213/214/215/216, p.278-286, Jan./Dec. 2019-2020.

- **ABSTRACT:** The current article deals with the concept and the classification of the constitutional norms, by analyzing, the phenomena of reception, repristination, deconstitutionalization and constitutional mutation.
- **KEYWORDS:** Constitutional norm. Intertemporal law. Reception. Repristination. Mutation.

Referências

BOTELHO, Nadja Machado. *Mutação Constitucional: a Constituição Viva de 1988*, Rio de Janeiro, *Lumen Juris*, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1997.

BRASIL. STF. Mandado de Segurança nº 26.603/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4 out. 2007.

_____. STF. *Habeas Corpus* nº 91.361/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23 set. 2008.

_____. STF. Reclamação nº 4.374/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 18 abr. 2013.

_____. STF. Reclamação nº 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 20 mar. 2014.

_____. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 1 out. 2015.

KUBLISCKAS, Wellington. *Emendas e Mutações Constitucionais: Análise dos Mecanismos de Alteração Formal e Informal da Constituição Federal de 1988*, São Paulo, Atlas, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

NETO, Manoel Jorge e Silva. *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., Rio de Janeiro, *Lumen Juris*, 2009.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989.

Reflexões Sobre a Competência no Processo Coletivo

Daniel Francisco Nagao MENEZES*

Matheus Rodrigues OLIVEIRA**

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Competência adequada nas ações coletivas. 2 As regras de competência para as ações coletivas. 3 A competência da Justiça Federal em ações coletivas. Conclusão. Referências.
- **RESUMO:** O presente artigo se propõe a analisar os principais pontos relacionados à definição da competência no processo coletivo brasileiro. Pretende-se verificar a questão da competência adequada para processar e julgar as ações coletivas, bem como analisar criticamente a extensão dos conceitos jurídicos estabelecidos no microsistema processual coletivo para definição da competência jurisdicional.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Processo Coletivo. Competência. Processo civil. Forum shopping. Ministério Público.

Introdução

A compreensão a respeito das normas de distribuição da competência, definidoras do órgão jurisdicional a que deverá ser distribuída uma demanda, é de notória relevância em qualquer área do direito.

É certo que todo juiz é revestido de jurisdição. Vale dizer: todo juiz manifesta a função jurisdicional do Estado, função típica do Poder Judiciário,

* Graduação em Direito (PUC-Campinas), Especializações em Direito Constitucional e Direito Processual Civil (PUC-Campinas), em Didática e Prática Pedagógica no Ensino Superior (Centro Universitário Padre Anchieta), Mestre e Doutor em Direito Político e Econômico (Universidade Presbiteriana Mackenzie-SP), Pós-Doutor em Direito (FADUSP). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do CIRIEC-Brasil

** Mestrando do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, vinculado à linha de pesquisa "O Poder Econômico e seus Limites Jurídicos". Pós-graduado em Direito Constitucional e Administrativo pela Escola Paulista de Direito. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, com 1º lugar no "Prêmio TGI". Professor colaborador na Escola Superior do Ministério Público da União. Servidor do Ministério Público Federal.

para resolver litígios que são levados à sua apreciação. Ocorre que o próprio sistema processual estabelece normas e critérios para que, para cada litígio, um determinado órgão jurisdicional esteja apto a julgá-lo. A isso se dá o nome de juiz natural. A competência, então, é concebida como forma de determinar o juiz natural para cada demanda. Ou seja: todo juiz tem jurisdição – que é uma –, mas, para o caso concreto, é determinado órgão jurisdicional que detém competência, em detrimento dos demais, para apreciá-lo, processá-lo e julgá-lo.

No processo civil individual, as regras gerais de competência estão estabelecidas entre os artigos 42 e 53 do Código de Processo Civil, sem prejuízo da aplicação de normas específicas relacionadas a determinados tipos de demanda. É o caso da competência no processo coletivo. A aplicação das normas gerais de processo civil não seria suficiente a determinar a competência adequada para o processo coletivo. Há peculiaridades que devem ser consideradas, tendo em vista que o dano a um bem jurídico transindividual não encontra limites geográficos para sua caracterização. Assim, há de se verificar qual seria a competência adequada para processar e julgar uma demanda coletiva que versa a respeito de um dano local, regional ou nacional. Para isso, há normas específicas no microssistema processual coletivo – especialmente na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor (Leis n. 7.347/1985 e 8.078/1990).

O presente trabalho, para além da análise do texto legal, se propõe a analisar as principais questões levantadas pela doutrina e resolvidas no âmbito jurisprudencial, relacionadas à competência no processo coletivo.

1 Competência adequada nas ações coletivas.

O estudo da competência é basilar no estudo do Direito Processual, seja em que área for. Se o objeto de análise é o processo judicial e a estrutura do Estado-juiz para resolver as demandas levadas à sua apreciação, é fundamental conhecer o órgão jurisdicional que, efetivamente, pode conduzir o processo e decidir no caso concreto.

Todo juiz está investido de jurisdição, entendido como o poder estatal de “dizer o direito”. A jurisdição, enquanto poder, é una. Entretanto, a organização judiciária determina que sejam definidas regras para que, dentro da estrutura do Poder Judiciário, seja possível identificar para qual juízo deve ser destinado cada processo. É uma questão lógica supor que não possa caber a cada jurisdicionado a escolha livre e desimpedida do juiz que julgará sua causa, sob risco de colapso do próprio sistema judiciário. Assim, embora todo juiz

exerça a jurisdição, não pode fazê-lo em qualquer caso, mas somente naqueles em que, previamente, as regras de organização judiciária estabeleceram sua atribuição. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes esclarece¹:

A jurisdição está presente em todos os órgãos do Poder Judiciário, tendo em vista que o juiz, com a investidura no cargo, dotado está do poder de dizer o direito, ou seja, da função judicante. Na medida em que a prestação jurisdicional é um serviço público e, como tal, deve ser realizado a contento, não obstante todas as carências, há uma necessidade prática de divisão do trabalho e das tarefas, a fim de otimizar ou, quando menos, viabilizar o exercício da função como um todo. Essa razão de ordem prática norteia, em geral, a fixação da competência dos órgãos judiciais. Sob o prisma teórico, a jurisdição pode ser entendida como o poder, enquanto a competência é o exercício delimitado daquele. Tecnicamente, portanto, a jurisdição estará sempre presente para o juiz, podendo faltar-lhe, entretanto, a competência. (...)

Assim, tem-se que todo juiz possui jurisdição, embora não possua competência para processar e julgar demandas estranhas à sua esfera de atribuição previamente estabelecida. A competência se apresenta, portanto, como uma limitação ao exercício do poder jurisdicional (e não propriamente à jurisdição, enquanto poder uno e soberano, frise-se).

A competência deve ser, deste modo, prévia ao fato. Não é possível estabelecer *a posteriori* a qual juízo competirá apreciar e julgar um conflito decorrente de uma lesão ou ameaça de direito já existente (*ex post factum*). Constituem direitos fundamentais o de que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” e de que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”. Essas são as expressas dicções dos incisos LIII e XXXVII da Constituição Federal, e constituem a garantia do juiz natural – que, inclusive, já era prevista na histórica Magna Carta de João Sem Terra, na Inglaterra de 1215. Também a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), no item 1 de seu art. 8, estabelece a garantia judicial de que “[t]oda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei (...)”. Portanto, “[j]uiz

¹ CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 233-234.

natural é juiz imparcial, competente e aleatório. É o juiz a que é constitucionalmente atribuído o dever de prestar a tutela jurisdicional e conduzir o processo de forma justa”².

Um dos elementos do juiz natural é, portanto, a competência. Como esclarece a doutrina de Marinoni, Arenhart e Mitidiero³:

Juiz natural é juiz competente. A competência para a prestação da tutela jurisdicional tem de estar estabelecida constitucionalmente antes da propositura da ação. Tal é o significado da proibição a juízos ou tribunais de exceção (art. 5.º, XXXVII, da CF/1988) – é vedada ao Estado a criação de órgãos jurisdicionais *ex post factum*. Trata-se daquilo que a doutrina enxerga como cláusula de irretroatividade ínsita ao juiz natural.

Marcelo Abelha complementa, sustentando que “[a]o se conhecer previamente quais as regras de determinação e competência de um órgão jurisdicional, que, com base no ordenamento jurídico, identifica-se como a autoridade jurisdicional competente para processar e julgar uma causa, tem-se aí um importante instrumento de efetivação do processo como método democrático de resolução de conflitos”⁴.

Feita esta recapitulação a respeito dos aspectos gerais relacionados ao estudo da competência, é necessário aprofundar o estudo em relação às características, natureza e formas de identificação da competência no âmbito do processo coletivo. Antes, entretanto, é necessário que se faça uma ressalva, bem pontuada por Didier e Zaneti⁵:

A competência para a ação coletiva é um dos seus aspectos mais sensíveis, e quanto a isso não parece haver objeção doutrinária. Exatamente em razão da natureza do direito tutelado (cujo titular é um agrupamento humano composto por pessoas que podem estar em diversos lugares), é muito difícil identificar qual deve ser o juízo competente para julgar a causa.

² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de Processo Civil, vol. 1: teoria do Processo Civil**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 185.

³ *Idem*.

⁴ ABELHA, Marcelo. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 162.

⁵ DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil, v. 4: Processo Coletivo**. 10. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 101.

Por essa razão, embora haja regras no microssistema processual coletivo para determinar, ou ao menos limitar, a liberdade para o ajuizamento de ações coletivas em múltiplos foros formalmente competentes, é certo que, em determinados casos – sobretudo quando o dano ao direito transindividual tutelado não é local, mas regional ou até nacional –, um deles terá condições de, materialmente, melhor processar e julgar a causa, seja em prestígio ao contraditório, seja por maior facilidade de produção probatória ou, ainda, por uma maior proximidade com o evento danoso em si. Essa proposta objetiva a busca pela competência adequada, de modo que se admita, na existência de mais de um juízo concorrentemente competente, que a jurisdição seja exercida por aquele que, concretamente, se mostre mais apto a apreciar a causa, a partir das características fáticas do litígio (maior proximidade em relação ao local do dano, maior garantia do exercício da defesa pelo réu, entre outros exemplos possíveis⁶.

É cediço que a competência territorial é de natureza relativa. As hipóteses em que a parte tem a opção de escolher entre um foro e outro, no plano formal ambos igualmente competentes, em que a parte tem a prerrogativa, a priori, de escolher livremente o foro do ajuizamento, dá-se o nome de *forum shopping*. Ocorre que, não raro, a plena liberdade conferida à parte para escolha do foro, entre múltiplos competentes, deixa de observar a lealdade e a boa-fé processual, como explica Luiz Cláudio Moura de Almeida,⁷:

Ou seja, ao se adotar o entendimento pela ampla liberdade do autor da ação para escolha do foro competente para sua demanda, este acabará por consultar seus interesses, analisando a proximidade do escritório de advocacia que constituiu para atuar na demanda ou o foro que possua histórico de decisões favoráveis em causas semelhantes à sua, antes de escolher onde quer litigar. A essa análise de interesses antes da escolha do foro dá-se o nome de *forum shopping*.

A situação pode se tornar ainda mais dramática se o autor da ação optar pelo foro com o objetivo de dificultar a defesa do réu como, por exemplo, um foro distante de sua sede, em absoluto distanciamento do princípio da boa-fé e lealdade processual. Nesse contexto surge o princípio da competência adequada

⁶ BRAGA, Paula Sarno. **Competência adequada**. Revista de Processo, São Paulo, n. 219, p. 13-41, maio/2013.

⁷ ALMEIDA, Luiz Cláudio Moura de. **Apontamentos sobre a competência concorrente nas ações coletivas**. Revista de Processo, São Paulo, n. 240, p. 243-263, fev./2015.

da, segundo o qual deve ser identificado, dentre os foros concorrentes, aquele mais adequado, tanto pelos fatos narrados, pelo direito material envolvido como pela dificuldade de defesa do réu.

Por essa razão, embora haja regras no microsistema para determinar, ou ao menos limitar, a liberdade para o ajuizamento de ações coletivas em múltiplos foros formalmente competentes, é certo que, em determinados casos – sobretudo quando o dano ao direito transindividual tutelado não é local, mas regional ou até nacional –, um deles terá condições de prolatar o provimento jurisdicional mais adequado ao caso concreto. Isso decorre do poder do juiz de controlar sua própria competência (princípio da *kompetenz-kompetenz*⁸), bem como do próprio princípio do juiz natural, como explica Paula Braga⁹:

O que ora se propõe não é violação, mas, sim, uma mais profunda concretização do juiz natural. Advoga-se a tese de que é necessário compreender-se que não basta que o órgão (ou Estado) seja previamente constituído e individualizado como aquele objetiva e abstratamente competente para a causa. Deve ser, também, concretamente competente, i.e., o mais conveniente e apropriado para assegurar a boa realização e administração da justiça.

A proposta é partir-se de Estados ou juízos abstrata e concorrentemente competentes (em conjunto e simultaneidade), a única exigência que se acresce é que, na eleição daquele que atuará em concreto, atente-se para o que seja mais propício e que esteja em melhores condições de dar adequado prosseguimento ao processo. Daí falar-se na busca de algo que corresponderia a um *appropriate or natural forum* (foro natural ou adequado).

Assim, na definição do juízo competente em ações coletivas, é necessário ter em vista a busca pela competência adequada.

2 As regras de competência para as ações coletivas

A ponderação feita por Fredie Didier e Hermes Zaneti a respeito da identificação das regras de competência para as ações coletivas é de pertinente transcrição¹⁰:

⁸ Embora o nome tenha sido importado do direito alemão, é certo que, antes de assim reconhecido no ordenamento jurídico pátrio, sempre houve, em maior ou menor medida, controle do juiz em relação a sua própria competência.

⁹ BRAGA, *op. cit.*

¹⁰ DIDIER Jr. E ZANETI Jr., *op. cit.*, p. 101.

A competência é um dos elementos básicos do devido processo. Como a ação coletiva atinge direitos que pertencem a coletividades, muitas delas compostas por pessoas que não possuem qualquer vínculo entre si, além de estarem espalhadas por todo território nacional, é preciso ter muito cuidado na identificação das regras de competência, principalmente competência territorial.

A regra geral de competência para as ações coletivas está estabelecida no art. 2º da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), ao dispor que “[a]s ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”.

É primeiro necessário compreender o que pretendeu o legislador ao dispor que a competência do juízo do local do dano é “funcional”. A competência funcional é contemplada na concepção de Chiovenda, e se refere – como sugere o próprio nome – ao exercício da função jurisdicional. “Assim, na competência funcional, o que se faz é discriminar os atos ou conjuntos de atos que, numa determinada causa, ou em mais de uma causa, diversos órgãos judiciários podem praticar”¹¹. O critério funcional, assim, se opera quando mais de um juízo é competente para processar e julgar uma demanda ou parte dela. Por exemplo: quando um processo tramita no juízo “A” e o juízo “B” é competente para produzir uma determinada prova (testemunhal, v.g.), diz-se que esta competência é funcional. Há ainda competência funcional em razão da hierarquia judiciária, quando um Tribunal é competente para apreciar e julgar um recurso.

Diz-se ainda da competência funcional quando, entre diversos juízos igualmente competentes, um ou mais deles é especializado em determinada matéria. Nos dizeres de Monnerat¹²:

Nesse contexto, por exemplo, é muito comum que o Judiciário crie varas especializadas em execuções fiscais, onde o critério é exatamente o funcional, assim como é do presidente do respectivo tribunal a competência para apreciar e julgar o pedido de suspensão da segurança, sendo este outro exemplo em que a função exercida pelo órgão jurisdicional no processo é o fator determinante para o estabelecimento da competência.

¹¹ ABELHA, *op. cit.*, p. 177.

¹² MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Introdução ao estudo do Direito Processual Civil**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 501.

Ocorre que a disposição do art. 2º da LACP, que classifica a natureza jurídica da competência nas ações coletivas como de natureza funcional, é objeto de diversas críticas pela doutrina especializada. Isso porque, em verdade, o que todos os dispositivos do microssistema estabelecem é um critério absoluto para a competência territorial (que nas ações individuais, em regra, é relativa, o que justifica a confusão). Se o dispositivo fala que o foro competente é o do local do dano, estabelece-se o critério territorial, e não funcional propriamente.

Certo é que, tendo natureza territorial ou funcional, a competência em ações coletivas é absoluta, e não pode ser objeto de livre escolha pelas partes – como poderia ser a competência territorial relativa em ações individuais sobre direitos disponíveis. Mazzilli, embora sustente a terminologia da LACP (competência funcional), esclarece¹³ que, “[c]omo não foram sequer instituídos juízos com competência funcional para a defesa de interesses difusos ou coletivos, a nosso ver, quis a lei desde já assegurar que a competência nessas ações, embora fixada em razão do local do dano, é absoluta, e, portanto, inderrogável e improrrogável por vontade das partes”.

Além disso, é da própria essência do processo coletivo que haja situações em que o dano não ocorre em mais de uma localidade, o que daria ensejo, pelo exclusivo critério do art. 2º da LACP, a uma multiplicidade de juízos igualmente competentes para apreciar e julgar uma mesma demanda. Imagine-se um dano de impacto nacional: qualquer juízo, estadual ou federal a depender da matéria, estaria apto a apreciar o processo coletivo dele advindo, permitindo ao legitimado-autor a livre escolha do foro de distribuição, que ficaria prevento.

O Código de Defesa do Consumidor, em 1990, buscou mitigar o problema, ao dispor da seguinte maneira em seu art. 93:

Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I – no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II – no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

¹³ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 28. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 319.

Recorde-se que a LACP e o CDC são dois dos principais diplomas integrantes do “microssistema”, motivo pelo qual há de ser feita leitura sistêmica para a adequada compreensão das regras de competência. A propósito, é assente a jurisprudência a respeito da aplicação conjunta das normas do microssistema para definição de competência em ações coletivas¹⁴.

Observe-se que são dois os critérios estabelecidos pelo CDC para a definição da competência no processo coletivo. O primeiro é do local do dano – repetição do art. 2º da LACP –, apenas quando de natureza local. Já o segundo refere-se aos danos regionais ou nacionais, estabelecendo-se o foro da capital da unidade federativa respectiva (em caso de dano regional), ou o juízo de qualquer capital ou do Distrito Federal para os danos de âmbito nacional.

Há aqui, entretanto, conceitos jurídicos indeterminados. Não estabeleceu o legislador critérios para delimitar o momento onde o dano deixa de ser local e passa a ser regional, ou quando um dano havido em múltiplas unidades federativas passa a ter âmbito nacional. Essas questões são objeto de grave controvérsia doutrinária¹⁵:

Figura indisputavelmente entre as mais tormentosas questões emergentes da disciplina do processo coletivo a definição dos conceitos de danos local, regional e nacional, insertos no art. 93 da Lei 8.078/1990. Mais do que de puro interesse acadêmico, a palpitante discussão é de enorme alcance prático, uma vez que das respostas dela surgidas dependerá a fixação da competência para o julgamento das ações civis públicas e coletivas, e, por conseguinte, também a divisão das atribuições para a condução dos inquéritos civis de que possa resultar a propositura dessas ações pelo Ministério Público, que desponta como o mais atuante entre os legitimados dos artigos 5º da Lei 7.347/1985 e 82 do CDC. O apropriado manejo desses conceitos é, assim, de curial importância para conferir, a um só tempo, rapidez, segurança e efetividade às ações de tutela de direitos transindividuais.

A redação equívoca da disposição do art. 93 do CDC mantém acesa a polêmica, em que chama a atenção o tratamento casuístico, receoso na enun-

¹⁴ Nesse sentido, por todos, referencia-se o seguinte julgado: STJ. Terceira Turma. Recurso Especial n. 1.101.057/MT. Relatora Ministra Nancy Andrigli. Julgado em 7 abr. 2011; publicado em 15 abr. 2011. Decisão unânime.

¹⁵ PEREIRA, Juliana Hörll; STÜRMER, Gilberto. **Apontamentos sobre a competência nas ações coletivas**. Revista de Processo, São Paulo, n. 237, p. 253-284, nov./2014.

ciação de critérios objetivos gerais para qualificação das lesões, e, por decorrência, a determinação da competência.

O dano local é o de mais fácil conceituação, embora não esteja isento de divergências. Se o fato que causa lesão a direitos transindividuais tiver ocorrido em apenas uma ou poucas cidades, por exemplo, entende-se que se trata de dano local.

O limite máximo para considerar um dano local, antes que passe a ser considerado dano regional, é que pode ser objeto de controvérsia. Supondo que o âmbito territorial de jurisdição de mais de uma Comarca ou Subseção Judiciária seja atingido, será prevento o juízo do foro que primeiro tiver conhecimento da ação coletiva. Há parcela da doutrina, entretanto, que considera que, nessas situações, já deverá ser considerado o dano como regional. Hermes Zaneti e Leonardo Garcia apontam o equívoco desse entendimento¹⁶:

Parcela da doutrina entende que se o dano atingir mais de uma comarca será regional, isso implicaria na utilização analógica do art. 93, II em praticamente todos os casos de lesão ambiental de maior amplitude, com deslocamento para a capital do estado, mesmo que não incluíssem a comarca da capital. A regra precisa ser ponderada por que *[sic]* o princípio geral da tutela coletiva ambiental é: julga o juiz mais próximo da prova. Na verdade o CDC não definiu claramente o que é dano regional, cabendo a jurisprudência preencher o conteúdo do conceito jurídico.

Fredie Didier e Hermes Zaneti também demonstram as os problemas para definição dos limites máximos de caracterização do dano regional, e quando ele passa a ser nacional, e também a competência adequada¹⁷:

Veja o caso de um dano que ocorra na Região da Estrada Real, que envolve a Bahia e Minas. Seria um dano nacional? Pode-se argumentar que sim, pois se trata de um importante registro da história brasileira. Seria um dano regional? Também se pode argumentar que sim, pois atinge pedaço significativo do território nacional, envolvendo cidades em dois Estados. Qual seria, então, o foro competente para processar e julgar uma ação coletiva que tivesse por objeto o tombamento de imóveis nessa região? Se se entendesse como dano nacional, qualquer capital do país? Amapá? Porto Velho? Se se en-

¹⁶ ZANETI Jr. Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direitos Difusos e Coletivos**. 9. Ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 106.

¹⁷ DIDIER Jr. E ZANETI Jr., *op. cit.*, p. 129.

tendesse como dano regional, qualquer capital dos Estados envolvidos? Belo Horizonte? Salvador? Ora, não nos parece que a melhor solução seja essa. Muito mais adequada é a competência de um dos juízos das comarcas envolvidas. Os juízos das capitais ficam muito distantes das localidades, teriam dificuldade na produção de provas (inspeção judicial, por exemplo), além de não estarem vinculados à história dos locais a serem tombados.

À parte a indeterminabilidade, ao menos pelo texto legal, a respeito dos limites que separam um dano local de um dano regional, e este de um dano nacional – a doutrina e a jurisprudência tentam estabelecer normas para essa definição –, certo é que, nos termos do inciso II do art. 93 do CDC, o litígio coletivo que versar sobre dano regional deverá ser processado e julgado no foro da capital da unidade federativa atingida (ou de qualquer das capitais dos estados afetados ou do DF, se o dano ultrapassar o âmbito estadual ou distrital).

Esta solução não é isenta de críticas. Por princípio, não há superioridade hierárquica entre o juízo da capital do estado e os juízos do interior em primeiro grau de jurisdição. O dispositivo legal, de certa forma, estabelece esta hierarquia, ao determinar que o foro da capital forme um “super-juízo”, ou suponha que seja mais adequadamente competente para apreciar o caso. Além disso, há outra questão a ser levantada: há situações em que o dano a um direito transindividual extrapola os limites territoriais de um município, caracterizando sua natureza regional, mas não chega a ser geograficamente próximo da capital. Imagine-se, nesse sentido, um desastre ambiental que ocorra no extremo oeste do estado de São Paulo, e atinja a região fronteira com o estado do Mato Grosso do Sul, distante quase quinhentos quilômetros da capital; não é razoável supor que, nessa situação, a competência adequada para processar e julgar a demanda coletiva decorrente do caso seja o da Comarca de São Paulo, capital¹⁸.

3 A competência da Justiça Federal em ações coletivas.

Há, por fim, uma última questão a considerar quanto à competência funcional da Justiça Federal.

A competência da Justiça Federal para ações coletivas pauta-se por critério *ratione personae*, de modo que, caso qualquer das entidades públicas

¹⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 160.

indicadas no inciso I do art. 109 da Constituição Federal seja interessada no litígio, em qualquer polo da relação jurídico-processual, a competência será da Seção (ou Subseção) Judiciária respectiva:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; (...)

Assim, não sendo qualquer das entidades mencionadas no dispositivo supramencionado interessadas no litígio coletivo, a competência será residual da Justiça Estadual.

Ainda é de se dizer que, segundo o entendimento prevalecente, a mera presença do Ministério Público Federal na lide é suficiente para deslocar a competência para a Justiça Federal. Nesse sentido é a jurisprudência tanto do STF quanto do STJ. Veja-se a *ratio decidendi* do voto proferido pelo Ministro Teori Zavascki em julgamento de recurso extraordinário, tido por paradigma: “O Ministério Público Federal, como autor, é um órgão da União e isso por si só determina a competência federal. O juiz federal vai dizer se ele podia ou não podia propor a ação”¹⁹. O próprio Ministro sustentou esse entendimento em sua obra²⁰:

(...) Com efeito, para fixar a competência da Justiça Federal, basta que a ação civil pública seja proposta pelo Ministério Público Federal. É que, assim ocorrendo, bem ou mal, figurará como autor um órgão da União, o que é suficiente para atrair a incidência do art. 109, I, da Constituição. Embora sem personalidade jurídica própria, o Ministério Público está investido de personalidade processual, e sua condição de personalidade processual federal é por si só bastante para determinar a competência da Justiça Federal. (...)

Figurando o Ministério Público Federal, órgão da União, como parte na relação processual, a um juiz federal caberá apreciar a demanda, ainda que seja para dizer que não é ele, e sim o Ministério Público Estadual, o que tem legitimação ativa para a causa. Para efeito de competência, portanto, pou-

¹⁹ STF. Segunda Turma. Agravo em Recurso Extraordinário n. 822.816/DF. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 8 mar. 2016; publicado em 14 jun. 2016. Decisão unânime.

²⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 139-140.

co importa que a parte seja legítima ou não. Essa, a da legitimidade, é uma questão logicamente posterior à da fixação de competência. A existência ou não da legitimação ativa deve ser apreciada e decidida pelo juiz considerado competente para tanto, o que significa que a questão competencial antecede à da legitimidade ativa.

Embora seja esse o entendimento prevalecente, há divergência doutrinária a respeito. Por todos, cita-se a doutrina de Didier e Zaneti, que enunciam em sua obra seis fundamentos para sustentar o entendimento que segue²¹:

(...) O Ministério Público, qualquer que seja ele, poderá exercer as suas funções em qualquer Justiça. O que importa, realmente, é saber se é da sua atribuição constitucional a causa que venha a demandar (art. 177, CPC). Se for, poderá fazê-lo perante qualquer órgão do Poder Judiciário.

(...) [esta] corrente é a que mais bem resolve uma série de problemas que surgem da existência de diversos Ministérios Públicos.

Conclusão

Em suma, e ressalvadas todas as dificuldades acima narradas para definição dos limites de caracterização de danos locais, regionais ou nacionais, no que diz respeito à definição da competência em ações coletivas, tem-se que:

a) se o dano transindividual for local, a competência para processar e julgar o litígio coletivo é do foro do local do dano é absoluta;

b) se o dano transindividual for regional, a competência para processar e julgar o litígio coletivo é da capital de qualquer das unidades federativas envolvidas;

c) se o dano transindividual for nacional, a competência para processar e julgar o litígio coletivo é de qualquer capital de estado ou do Distrito Federal; e

d) figurando o Ministério Público Federal no polo ativo da ação coletiva, compete à Justiça Federal apreciar e julgar a demanda, ainda que para extinguir o processo por ilegitimidade da parte autora, em razão do extrapolação das atribuições do *Parquet* federal. Não cabe, assim, declínio de competência federal, ante a natureza *ratione personae* da norma estabelecida no art. 109 da Constituição Federal.

MENEZES, D. F. N. e OLIVEIRA, M. R., Reflections on collective process competence. *Justitia*, São Paulo, v. 213/214/215/216, p. 287-300, Jan./Dec. 2019-2020.

²¹ DIDIER Jr. E ZANETI Jr., *op. cit.*, p. 361.

- **ABSTRACT:** This paper aims to analyze the main points related to the definition of competence in the Brazilian collective process. It is intended to verify the question of the adequate competence to process and to judge the class actions, as well as to critically analyze the extension of the legal concepts established in the collective procedural microsystem to define the jurisdictional one.
- **KEYWORDS:** Collective Process. Competence. Civil Procedure. Forum shopping. Public Prosecutor's Office.

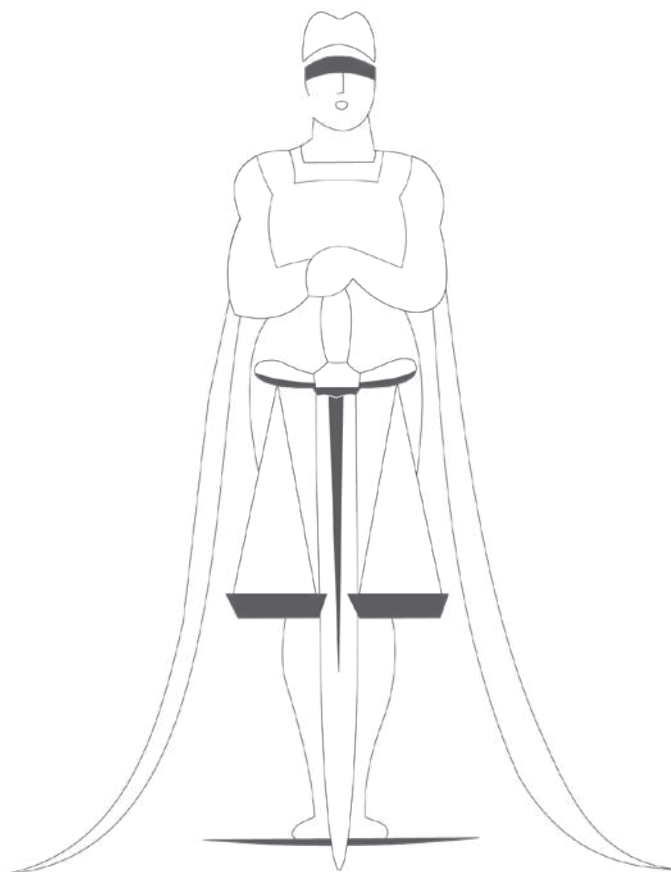
Referências

- ABELHA, Marcelo. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ALMEIDA, Luiz Cláudio Moura de. Apontamentos sobre a competência concorrente nas ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 240, p. 243-263, fev./2015.
- BRAGA, Paula Sarno. **Competência adequada**. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 219, p. 13-41, maio/2013.
- CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil, v. 4: Processo Coletivo**. 10. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de Processo Civil, vol. 1: teoria do Processo Civil**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 28. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 319.
- MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Introdução ao estudo do Direito Processual Civil. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 501.
- PEREIRA, Juliana Hörlle; STÜRMER, Gilberto. **Apontamentos sobre a competência nas ações coletivas**. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 237, p. 253-284, nov./2014.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.
- ZANETI Jr. Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direitos Difusos e Coletivos**. 9. Ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 106.
- ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 139-140.

MANIFESTAÇÃO PROCESSUAL

PROCEDURAL MANIFESTATION

Cível



Acórdão
1ª Turma - 1ª Câmara
Recurso Ordinário (PJE)

Processo TRT 15ª Região n.º XXXXXXXX-XX.XXXX.X.XX.XXXX

Origem: 2ª Vara do Trabalho de Americana

Recorrente: Município de Americana

Recorrida: P.R.V.F.

Juiz Sentenciante: M.L. de S.F.

**MUNICÍPIO. CONCESSÃO DE ABONO EM
VALORES FIXOS. DISTINÇÃO DE ÍNDICES.
SISTEMA DE PRECEDENTES. CONFLITO ENTRE
SÚMULAS**

Em cumprimento ao sistema de precedentes previsto nos artigos 927 e seguintes do CPC/2015, aplicáveis por compatíveis com o processo trabalhista (arts. 15 do CPC e 769 da CLT), havendo conflito entre Súmulas a jurisprudência do STF deve prevalecer sobre entendimento uniformizado nas Súmulas 68 e 81 do Tribunal Regional. Destarte, com fundamento no inciso IV do artigo 932 do CPC/2015, deve ser mantida integralmente a r. sentença de Origem, que aplicou a Súmula Vinculante 37 do STF para rejeitar o pedido de pagamento de diferenças salariais decorrentes da concessão de abono em valor fixo, adotando como *ratio decidendi* que a remuneração dos servidores públicos só pode ser fixada ou alterada por lei específica, de iniciativa privativa do Poder Executivo, não cabendo ao Poder Judiciário estender benefício a servidores com fundamento na isonomia, sob pena de atuar como legislador positivo, em afronta à Constituição Federal de 1988.

Inconformado com a r. sentença (ID a502e3d) que julgou a ação parcialmente procedente, recorre o **reclamado** (ID acc0502). Alega a ocorrência da prescrição total. No mérito, insurge-se contra a condenação ao pagamento de diferenças salariais decorrentes do reajuste salarial, bem como reflexos em DSR, sustentando ter havido violação ao disposto nos artigos 37, *caput* e inciso X e 169, ambos da Constituição Federal, Lei Complementar 101/2000 e Súmula 339 do STF. Pretende a reforma do julgado, ainda, quanto às contribuições previdenciárias (cota parte do empregado e do empregador) e honorários advocatícios.

Contrarrazões (ID 371e34b).

Manifestação da Procuradoria do Trabalho pelo prosseguimento do feito (ID b265500).

E o relatório.

VOTO

1. Do conhecimento

Presentes os pressupostos de admissibilidade, decido conhecer do recurso voluntário interposto pelo Município de Americana.

2. Do processamento da remessa oficial

O inciso V do artigo 1º do Decreto-Lei 779/69 estabelece regras gerais sobre remessa oficial, de modo que não impede a aplicação de norma específica. estabelecida no § 3º do artigo 496 do NCPC, ao disciplinar de forma especial as causas de pequeno valor. Portanto prevalece o critério estabelecido neste preceito legal plenamente aplicável, por compatível, nos termos do artigo 769 da CLT. em relação aos créditos de pequeno valor trabalhistas, pois em consonância com os princípios reitores desta Justiça Especializada, já que confere maior celeridade na tramitação destes feitos.

Nesta esteira. é importante registrar que a EC 45 instituiu expressamente no inciso LXXVIII do artigo 5º, coma direito fundamental, a garantia de razoável duração na tramitação processual, enquanto o § 3º do artigo 100 da CF/88 afasta a necessidade de expedição de precatório para tais casos. Destarte, a interpretação sistemática dos preceitos que regem a matéria demons-

tra ser insustentável a conclusão de que o disposto no referido Decreto-Lei 779/69, de forma genérica, deva se sobrepor a lei especial e a Constituição Federal, hierarquicamente superior.

Ressalte-se, por derradeiro, que neste sentido tem se posicionado a jurisprudência majoritária desta Justiça Especializada, conforme consubstanciado na Sumula 303 do C. TST, que deve ser considerada por este Colegiado Regional, em face do disposto no artigo 896 da CLT.

Entretanto, no presente caso, há uma peculiaridade, pois o valor fixado na origem (R\$ 10.000,00 - “*valor da condenação, ora estimada, para o fim exclusivo de recurso*” — ID a502e3d — pag. 04) apenas corresponde a um arbitramento líquido da matéria controvertida, o que atrai a aplicação do entendimento constante da Súmula 490 do E STJ, que assim dispõe:

“A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas”

Destarte, a fim de evitar alegação de nulidade, decido **conhecer** da remessa oficial na forma do artigo 496, I do novo CPC e artigo 1º, incisos IV, V e VI do Decreto-Lei 779/69.

Retifique-se a autuação para fazer constar o processamento da remessa oficial.

3. Da prescrição das diferenças salariais

O reclamado argui a prescrição total do direito da autora de pleitear diferenças salariais.

Sem razão.

No caso dos autos, a autora pleiteou o pagamento de diferenças em consequência de lesão que alega decorrer de descumprimento reiterado de obrigação contratual de trato sucessivo e não ato único do empregador, se sorte que a prescrição aplicável é a parcial, pelo que decido **negar provimento**, nestes termos consignando as razões de decidir para fins de prequestionamento.

4. Das diferenças salariais e reflexos

O reclamado se insurge contra a condenação ao pagamento de diferenças salariais decorrentes do reajuste salarial, bem como reflexos em DSR, sustentando ter havido violação ao disposto nos artigos 37, *caput* e inciso X e 169, ambos da Constituição Federal, Lei Complementar 101/2000 e Súmula 339 do STF.

Pois bem.

Tenho entendido que a concessão de abono com natureza salarial, em valor fixo, a todos os empregados e servidores públicos municipais provoca achatamento das referências e configura inequívoca distinção de índices, assim violando o disposto no inciso X do artigo 37 da CF/88.

Tal posicionamento está em consonância com as Súmulas 68 e 81 deste E. TRT 15 *in verbis*:

68 - “LEI MUNICIPAL. REVISÃO SALARIAL EM VALOR FIXO. ABONOS. INCORPORAÇÃO. REAJUSTE EM PERCENTUAIS DIFERENCIADOS. O artigo 37, inciso X, da Constituição Federal prevê a revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos na mesma data e sem distinção de índices. A concessão de reajuste em valor fixo e idêntico para todos os servidores viola o referido dispositivo constitucional, pois acarreta majoração salarial diferenciada, o que acaba por gerar direito a diferenças como forma de corrigir a distorção provocada.” (RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA Nº 009/2016, de 25 de julho de 2016 - Divulgada no D.E.J.T de 27/07/2016, pág. 01; D.E.J.T de 28/07/2016, págs. 01-02; D.E.J.T de 29/07/2016, pág. 01, g.n.)”

81 - “LEI MUNICIPAL. REVISÃO SALARIAL EM VALOR FIXO. INCORPORAÇÃO. REAJUSTE EM PERCENTUAIS DIFERENCIADOS. LIMITAÇÃO AO INPC. IMPOSSIBILIDADE. ART. 37, X, DA CF/88. A revisão salarial em valor fixo acarreta a concessão de índices distintos de correção entre as faixas salariais. Devidas as diferenças, com base no maior índice de reajuste recebido pelos servidores, sem limitação ao INPC. Inteligência do art. 37, X, da CF/88.” (RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA Nº 18/2016, de 25 de outubro de 2016 - Divulgada no D.E.J.T. de 27/10/2016, pág. 02; D.E.J.T. de 28/10/2016, págs. 01-02; no D.E.J.T. de 03/11/2016, pág. 02, g.n.)

Contudo, esta Câmara decidiu rever o posicionamento anteriormente adotado sobre a matéria, em observância à recente jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, no r. acórdão proferido no Agravo Regimental na Reclamação 27.443 SP, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, a questão foi decidida pela 2ª Turma do E. STF em 01/12/2017, de forma unânime, nos seguintes termos:

“AG.REG. NA RECLAMAÇÃO 27.443 SÃO PAULO

RELATOR :MIN. DIAS TOFFOLI

AGTE.(S) :A.L.S.B.

ADV.(A/S) :J. DE L.R.M.

AGDO.(A/S) :MUNICÍPIO DE MOGI-GUACU

ADV.(A/S) :PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE MOGI GUAÇU

INTDO.(A/S) :TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

ADV.(A/S) :SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

EMENTA

Agravo regimental na reclamação. Súmula Vinculante nº 37. Leis Municipais nºs 1.000/2009 e 1.121/2011 do Município de Mogi-Guaçu. Reajustes de 17,74% e 18,33%. Ausência de previsão legal. Princípio da isonomia. Agravo regimental não provido.

1. É defeso ao Poder Judiciário, com fundamento no princípio da isonomia, conceder reajuste remuneratório sem a devida previsão legal que importe em aumento de vencimentos de servidores, sob pena de violar o conteúdo da Súmula Vinculante nº 37.

2. Agravo regimental não provido.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo regimental em reclamação constitucional interposto por A.L.S.B. com o objetivo de submeter ao crivo do colegiado do Supremo Tribunal Federal decisão monocrática mediante a qual julguei procedente a reclamação para cassar a decisão proferida no Processo nº 0010443-61.2014.5.15.0071, para que outra fosse proferida observando-se a Súmula Vinculante nº 37.

A.L.S.B. defende que não há que se falar em ofensa à Súmula Vinculante nº 37. Em suas razões, sustenta que não se trata de aumento de vencimentos com fundamento no princípio da isonomia. Argumenta que

“[o] pedido da agravante nos autos da reclamação trabalhista n. 0010443-61.2014.5.15.0071, visa tão somente a correção de

distorção provocada pelo Município agravado, que ao realizar a **revisão geral** anual de salários, o fez, determinando a incorporação de um abono em valor fixo aos salários dos servidores, **violando a garantia contida no artigo 37, inciso X da Lei Maior**.

Com efeito, é incontroverso nos presentes autos, que, o município ao determinar a integração de abono fixo de R\$ 100,00 (cem reais) aos salários de seus servidores (frise-se, através de lei municipal), independentemente da faixa salarial de cada um, **acabou por alterar a natureza jurídica da verba, que deixou de ser um mero abono, cuja característica é a provisoriedade, passando a integrar de forma definitiva o salário dos servidores, a título de revisão anual, justamente na forma do artigo 37, X, da Carta Magna**”.

Dessa perspectiva, aduz que a Administração Pública violou preceito constitucionalmente expresso no art. 37, X, da CF/88 ao realizar revisão geral anual em percentuais distintos para cada servidor, motivo pelo qual postulou, em juízo, a correção da distorção perpetrada.

Requer o provimento do recurso para que seja restabelecido o acórdão prolatado no Processo nº 0010443-61.2014.5.15.0071, negando-se seguimento à reclamação.

É o relatório.

VOTO

As alegações da agravante não se mostram suficientes para infirmar a decisão agravada, motivo pelo qual a irresignação não comporta êxito.

Conforme assentei na decisão agravada, a Súmula Vinculante nº 37 deriva de proposta de conversão da Súmula nº 339/STF em enunciado com força vinculante, a qual aprovada nos autos da PSV nº 88, por unanimidade, ante a existência de inúmeras decisões do STF, contemporâneas ao julgamento da PSV, no sentido do entendimento jurisprudencial consolidado desde o ano de 1963.

No julgamento da PSV nº 88, o Ministro Presidente **Ricardo Lewandowski** consignou o seguinte:

*“Recentemente a orientação jurisprudencial condensada na Súmula 339-STF ganhou ainda mais força, após o julgamento de mérito, sob a sistemática da repercussão geral, do RE 592.317/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, ocasião em que este Plenário, reafirmando o referido enunciado, asseverou ‘que a jurisprudência do STF seria pacífica no sentido de que **o aumento de vencimentos de servidores dependeria de lei** e não poderia ser efetuado apenas com base no princípio da isonomia’ (Informativo STF 756)” (grifei) (...)*

Prevaleceu o entendimento de que o Poder Judiciário não é competente para estender benefício a servidor com fundamento na isonomia, extrapolando a hipótese legal, sob pena de atuar como legislador positivo, em afronta à Constituição Federal.

*Ao editar a SV nº 37, o STF pretendeu **evidenciar norma exarada na primeira parte do inciso X do art. 37 da CF/88** - segundo a qual “a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso” - **para orientar a atuação do Poder Judiciário** em demandas apresentadas por servidor público com o objetivo de receber e incorporar parcelas remuneratórias.*

O direito controvertido na ação objeto da presente reclamação está amparado no art. 1º da Lei Municipal nº 1.000/2009, que assim dispõe:

“Art. 1º Ficam incorporados às referências de vencimentos e salários dos cargos e empregos públicos municipais o Abono Especial de R\$ 30,00 (trinta reais) e o Abono Especial por Assiduidade de 3% (três por cento) do respectivo salário base ou vencimento, concedidos pela Lei Complementar nº 988, de 19/01/2009, art. 1º ‘caput’ e parágrafo único”.

Também encontra-se agasalhado pelo art. 1º da Lei Municipal nº 1.121/2011, que determina:

“Art. 1º Fica incorporada, a partir de 01/04/2011, às referências de vencimentos dos cargos e empregos públicos municipais, a parcela mensal do Abono Especial concedido pela Lei Complementar nº 1.056, de 18.05.2010, no valor de R\$ 100,00 (cem reais).

Parágrafo único – Os valores dos padrões de vencimentos dos servidores públicos municipais passam a ser os constantes do Anexo único, que faz parte desta Lei Complementar.”

No caso, por se tratar de direito concedido em valor uniforme aos servidores públicos civis municipais, a parcela foi reconhecida pelo Juízo reclamado como “revisão geral anual”, cujo índice foi apurado a partir da ponderação entre os valores de R\$ 30,00 (trinta reais) e R\$ 100,00 (cem reais) e a menor remuneração devida a servidor público civil da administração municipal, a fim de se garantir a isonomia remuneratória.

Em outras palavras, sob o fundamento de assegurar a isonomia entre servidores públicos municipais, o direito foi deferido pelo Poder Judiciário como parcela calculada em percentuais de 17,74% (dezessete inteiros e setenta e quatro por cento), entre 2009 e 2011, e de 18,33% (dezoito inteiros e trinta e três por cento), a partir de 2011, sobre a remuneração do cargo público titularizado, a título de revisão geral anual; não obstante os direitos terem sido instituídos pelo legislador nos valores R\$ 30,00 (trinta reais) e R\$ 100,00 (cem reais), respectivamente, a título de “abono especial”; – resultando em uma concessão de aumento remuneratório a servidor público sem previsão legal, em afronta à SV nº 37, cuja redação transcrevo:

“Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.”

Por oportuno, ressalte-se que tanto a Primeira como a Segunda Turma do STF, em casos análogos, vem entendendo que a concessão, por decisão judicial, de diferenças salariais relativas a 13,23% a servidores públicos federais, por força do que dispõe o art. 1º da Lei nº 10.698/2003, sem o devido amparo legal, viola o teor da Súmula Vinculante nº 37. A propósito:

“Reclamação. 2. Direito Administrativo. 3. Servidores públicos. 4. Incorporação da vantagem referente aos 13,23%. Lei 10.698/2003. 5. Ações que visam à defesa do texto constitucional. O julgador não está limitado aos fundamentos jurídicos indicados pelas partes. Causa petendi aberta. 6. Órgão fracionário afastou a aplicação do dispositivo legal sem observância do art. 97 da CF (reserva de plenário). Interpretação conforme a Constituição

*configura claro juízo de controle de constitucionalidade. Violação à Súmula Vinculante n. 10. 7. É vedado ao Poder Judiciário conceder reajuste com base no princípio da isonomia. Ofensa à Súmula Vinculante 37. 8. Reclamação julgada procedente” (Rcl nº 14.872/DF, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 29/6/2016).*

(...)

*“RECLAMAÇÃO – AGRAVO INTERNO – SERVIDOR PÚBLICO – INCORPORAÇÃO DA VANTAGEM DE 13,23% – CONCESSÃO DE REAJUSTE, PELO PODER JUDICIÁRIO, COM BASE NO PRINCÍPIO DA ISONOMIA – INADMISSIBILIDADE – RESERVA DE LEI E POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES – SÚMULA VINCULANTE Nº 37/ STF – APLICABILIDADE AO CASO – PRECEDENTES – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO DA POSTULAÇÃO RECURSAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO” (Rcl nº 24.272/DF-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJe de 16/5/17).*

(...)

*Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.
É como voto.”*

Depreende-se do acórdão transcrito que o E. STF tem entendido que, nos casos em que os entes públicos concedem abonos em valor fixo, a correção desta distorção remuneratória deve ser feita pelo Executivo. Assim não cabe ao Judiciário deferir o pagamento de diferenças salariais, pois configura violação à Súmula Vinculante nº 37, **já que implica na majoração da remuneração de servidor.**

Portanto, o E. STF considera que o deferimento de diferenças salariais pelo Poder Judiciário viola preceito constitucional evidenciado pela Súmula Vinculante nº 37, com referência à primeira parte do art. 37, X, da CF, ao determinar que a remuneração dos servidores públicos só pode ser fixada ou alterada **por lei específica, observada a iniciativa privativa, que, no caso, é do Poder Executivo local,** tendo acórdão anteriormente referido adotado como *ratio decidendi* que “o Poder Judiciário não é competente para estender benefício a servidor com fundamento na isonomia, extrapolando a hipótese legal, sob pena de atuar como legislador positivo, em afronta à Constituição Federal.

Tendo em vista que o sistema de precedentes, com efeito vinculante previsto no artigo 926 e seguintes do CPC/2015 é aplicável nos termos dos

artigos 15 do CPC e 769 da CLT, por ser compatível com o processo trabalhista, deve prevalecer a jurisprudência do C. STF, a despeito do disposto nas Súmulas 68 e 81 deste Tribunal Regional.

Destarte, com ressalva de meu entendimento pessoal, com fundamento nos incisos IV e V do artigo 932 do CPC/2015, decido reformar a r. sentença de Origem para excluir a condenação ao pagamento de diferenças salariais, sob o fundamento vinculante estabelecido pelo C. STF no sentido de que a remuneração dos servidores públicos só pode ser fixada ou alterada por lei específica, de iniciativa privativa do Poder Executivo não cabendo ao Poder Judiciário estender benefício a servidores com fundamento na isonomia, sob pena de atuar como legislador positivo, em afronta à Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, já decidiu esta Câmara, em votação unânime, da qual participei, nos processos nºs 0010373-23.2017.5.15.0141, 0011428-43.2016.5.15.0141 e 0011642-98.2016.5.15.0055, de relatoria do Exmo. Desembargador Renan Ravel Rodrigues Fagundes, em sessão realizada em 08/05/2018.

Destarte, decido **dar provimento** ao recurso do reclamado para excluir da condenação o pagamento de diferenças salariais, julgando improcedente a ação, nestes termos consignando as razões de decidir para fins de prequestionamento.

5. Das contribuições previdenciárias

Dos honorários advocatícios

Revertido o decreto de parcial procedência para improcedência, não há falar no pagamento/recolhimento das verbas em epígrafe, pelo que decido **dar provimento** ao recurso do reclamado para excluir da condenação o pagamento de: **1)** diferenças salariais; **2)** honorários advocatícios e recolhimentos previdenciários, **julgando improcedente a ação**.

POR TAIS FUNDAMENTOS, decido **conhecer** e **dar provimento** ao recurso do reclamado para excluir a condenação ao pagamento de: **1)** diferenças salariais; **2)** honorários advocatícios e recolhimentos previdenciários, **julgando improcedente a ação**, tudo nos termos da fundamentação.

Custas, em reversão, calculadas sobre o valor da causa (R\$ 10.000,00), no importe de R\$ 200,00, pela reclamante, da qual fica isento nos termos da lei.

TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI
Desembargadora do Trabalho
Relatora

ÍNDICE DE ASSUNTOS

Acordo

- Ação, p. 184
- Cível, p. 184
- Improbidade administrativa, p. 184
- Não persecução, p. 184
- Reparação, p. 184

Colaboração Premiada Coletiva

- Direito Processual Penal Coletivo, p. 199

Crimes vagos

- Globalização, p. 81
- Justiça restaurativa, p. 81
- Sociedade do risco, p. 81

Direito

- Contextos, p. 155
- Ecolinguística, p. 155
- Interação, p. 155
- Linguagem, p. 155

Judicialização da política

- Análise institucional comparativa, p. 138
- Escolha racional, p. 138
- Modelo centrado na participação, p. 138
- Políticas públicas, p. 138

Ministério Público

- Ações de Família, p. 266
- Constituição Federal, p. 266
- Lei Maria da Penha, p. 266
- Processo Civil, p. 266

Município

- Concessão de abono em valores fixos, p. 302
- Conflito entre súmulas, p. 302
- Distinção de índices, p. 302
- Sistema de precedentes, p. 302

Norma constitucional

Direito intertemporal, p. 278
Muta  o, p. 278
Recep  o, p. 278
Repristinac  o, p. 278

Ordenamento jurídico

Antinomia, p. 62
Coerência, p. 62
Completude, p. 62
Unidade, p. 62

Pessoa com deficência

O papel do Ministério Público brasileiro, p. 168

PIC

BIC, p. 100
Impunidade, p. 100
Indiciamento, p. 100
Registro criminal, p. 100

Precedentes

Decisões, p. 45
Pr  nc  pio da presun  o de inocência, p. 45
Segurança Jurídica, p. 45
Supremo Tribunal Federal, p. 45

Processo

Prova, p. 222
Standard, p. 222
Técnica, p. 222

Processo Coletivo

Competência, p. 287
Forum shopping, p. 287
Ministério Público, p. 287
Processo civil, p. 287

Proposta de Emenda Constitucional n   37

Inconstitucionalidade, p. 16

Ministério Público, p. 16

Teoria dos Poderes Implícitos, p. 16

Tutela

Civil, p. 113

Constituição, p. 113

Estabilização, p. 113

Evidência, p. 113

Federal, p. 113

Novo, p. 113

Processo, p. 113

Provisória, p. 113

Urgência, p. 113

SUBJECT INDEX

Agreement

- Action, p. 199
- Administrative dishonesty, p. 199
- Civil, p. 199
- Non-persecution, p. 199
- Repair, p. 199

Collective Prize Collaboration

- Collective Criminal Procedural Law, p. 219

Collective Process

- Competence, p. 300
- Civil Procedure, p. 300
- Forum shopping, p. 300
- Public Prosecutor's Office, p. 300

Constitutional Amendment No 37

- Implied Powers Doctrine, p. 42
- Public Prosecutor's Office, p. 42
- Unconstitutionality, p. 42

Constitutional norm

- Intertemporal law, p. 286
- Mutation, p. 286
- Reception, p. 286
- Repristination, p. 286

Guardianship

- Civil, p. 136
- Constitution, p. 136
- Evidence, p. 136
- Federal, p. 136
- New, p. 136
- Process, p. 136
- Provisional, p. 136
- Stabilization, p. 136
- Urgency, p. 136

Judicialization of politics

Comparative institutional analysis, p. 152

Participation centered model, p. 152

Public policies, p. 152

Rational choice, p. 152

Law

Contexts, p. 166

Ecolinguistics, p. 166

Interaction, p. 166

Language, p. 166

Legal order

Antinomy, p. 79

Coherence, p. 79

Completeness, p. 79

Unity, p. 79

Persons with disabilities

The role of the Brazilian Ministério Público, p. 182

PIC

BIC, p. 109

Criminal record, p. 109

Impunity, p. 109

Indictment, p. 109

Precedents

Decisions, p. 59

Federal Court of Justice, p. 59

Legal security, p. 59

Principle of Innocence, p. 59

Process

Proof, p. 263

Standard, p. 263

Technique, p. 263

State Prosecution Service

Civil Lawsuit, p. 277

Family law causes, p. 277

Federal Constitution, p. 277

Maria da Penha Law, p. 277

Vague crimes

Globalization, p. 98

Restorative justice, p. 98

Society of the risk, p. 98

ÍNDICE DE AUTORES

AUTHORS INDEX

ALMEIDA, Y. D. F., p. 81

ANDRADE, T. L. S., p. 154

CASTRO, C. B. De, p. 222

CHAGAS, A. L., p. 112

FRIEDE, R., p. 62 / 278

LUPO, F. P., p. 100

MARQUES JUNIOR, M. M., p. 266

MAZZILLI, H. N., p. 168

MENEZES, D. F. N., p. 287

NELSON, R. A. R. R., p. 15

OLIVEIRA, J. R. de, p. 44

OLIVEIRA, M. R., p. 287

PAULA, M. A. J. de, p. 138

PUGLIESE, W. S., p. 44

SAMPAIO, A. de L., p. 44

SAMPAIO, J. C. de O., p. 184

SANTOS, S. Z. dos, p. 199

Projeto Gráfico



Nosso agradecimento especial à “Agência Futura!dcr Propaganda”
e ao Sr. Augusto Diegues, pelo apoio nesta empreitada.



**PROCURADORIA
GERAL DE JUSTIÇA**



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

ISSN 0101-949X

